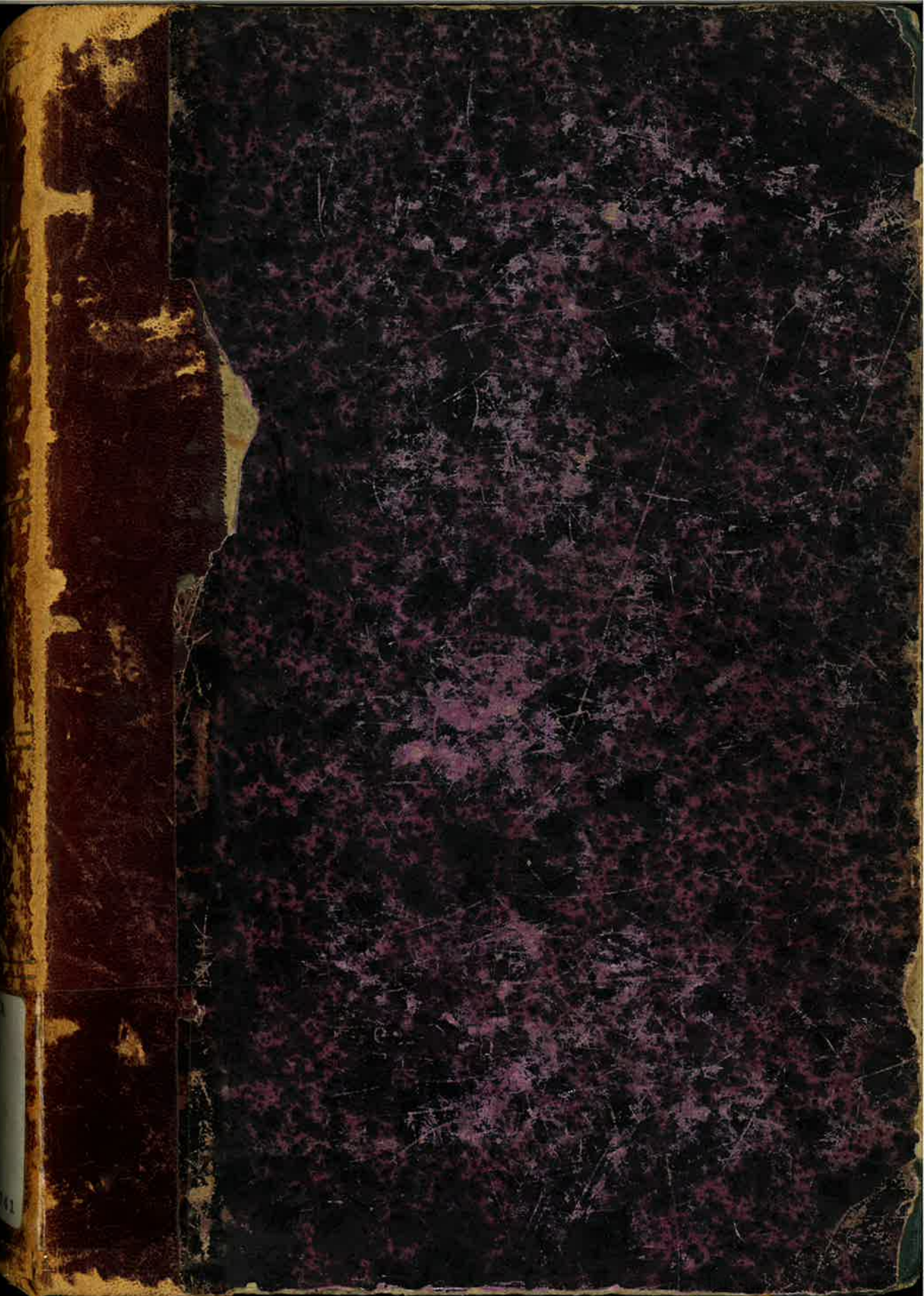




BIBLIOTECA
ECONOMICA E GIURIDICA

CUZZERI
IL
CODICE ITALIANO
DI
PROCEDURA CIVILE
ILLUSTRATO

1

BIBLIOTECA
CENTRALE
GIURIDICA

E
781

1

M 9000000741

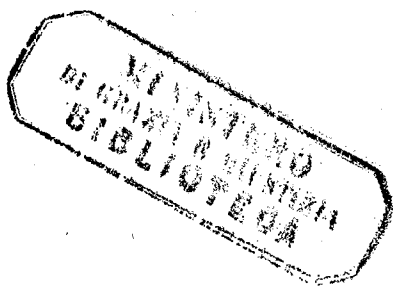
8996

no 13. Volume 1

A
160



~~1961~~



8996

BIBLIOTECA
CENTRALE
GIURIDICA

E
781

1

M 900000741

IL CODICE ITALIANO

E-781

DI

PROCEDURA CIVILE

ILLUSTRATO

BIBLIOTECA
CENTRALE
GIURIDICA

DALLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI DI CASSAZIONE
E DI APPELLO DEL REGNO
DAI MOTIVI DELLA LEGGE E DALLA DOTTRINA DEGLI AUTORI
COLLO SVOLGIMENTO
DELLE QUESTIONI PIÙ CONTROVERSE E CON RICHIAMI
AGLI ALTRI CODICI A LEGGI SPECIALI
E REGOLAMENTI

E
781

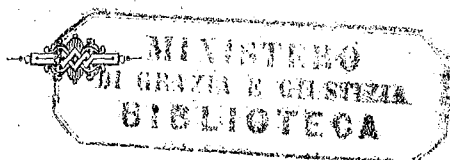
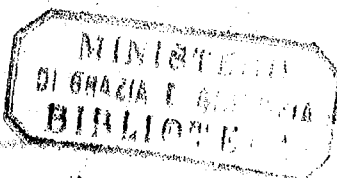
1

M 9000007.

PER L'AVVOCATO

EMANUELE CUZZERI

COLLA COLLABORAZIONE
DEL PROCURATORE DOTT. CARLO RIMINI PER QUANTO RIGUARDA
LA COLLEZIONE DELLA GIURISPRUDENZA



VERONA

H. F. MÜNSTER LIBRAIO EDITORE

1875.

BIBLIOTECA
CENTRALE
GIURIDICA

E
781

1

M 900000741

Verona 1875 — Stabil. Tip. di G. Civelli.

PROGRAMMA DELL'OPERA



Sono già trascorsi più che nove anni dalla attuazione del Codice di procedura civile, e furono tante le questioni sollevate intorno a parecchie delle sue disposizioni, davanti ai Tribunali, che ormai si può dire non esservi parte del Codice, la quale non abbia ricevuto dai giudicati un commento ed una interpretazione, lume e guida autorevole nell'applicazione della legge.

Si è per questo che le effemeridi giudiziarie, tanto numerose in Italia, sono con diligenza nei singoli casi compulsate: si è per questo che gli indici di parecchie annate delle medesime sono da tutti attesi con impazienza.

Questa considerazione mi fece sorgere il pensiero, che una raccolta della giurisprudenza delle nostre Corti di cassazione e di appello intorno al Codice di procedura civile, dalla sua attuazione ad oggi, raggruppati sotto ciascun articolo in ordine cronologico, sarebbe stata opera nonchè utile, assolutamente necessaria nella pratica forense ed avrebbe incontrato il favore dei miei colleghi e di quanti attendono agli studi legali.

Ricercai perciò colla massima attenzione i principali periodici di giurisprudenza: il *Monitore dei Tribunali* ed il *Giornale dei Tribunali* di Milano, la *Giurisprudenza italiana* e la *Giurisprudenza* di Torino, gli *Annali di giurisprudenza* di Firenze, la *Giurisprudenza*, la *Gazzetta dei Tribunali* ed il *Giornale delle Leggi* di Genova, il *Monitore Giudiziario* e l'*Eco dei Tribunali* di Venezia, la *Legge* di Roma, la *Gazzetta del Procuratore* e la *Gazzetta dei Tribunali* di Napoli ed altri ancora; e ne trassi un materiale così copioso che starei per dire di aver formato una collezione pressochè completa della giurisprudenza pratica nazionale sul Codice

di procedura civile, dal giorno della sua pubblicazione fino a tutto giugno 1875.

Nè mi tenni pago, come si usa da tanti, di leggere le sole tesi delle sentenze, ma ebbi cura di esaminare se veramente corrispondevano al giudicato; e riportai spesse volte quelle parti del motivato che meglio valevano, a mio avviso, a chiarire il concetto della sentenza.

In questa parte del lavoro mi associai un egregio e valente giovane, il procuratore dott. Carlo Rimini di Verona, il quale, concorse con me nel disegno della medesima, vi collaborò assiduamente e meco divise la immane fatica dello spoglio di tutti i giornali sovracitati.

Senonchè mi sembrava che la collezione dei giudicati se doveva riuscire utilissima ed a tutti gradita, sarebbe stata assai più proficua se accompagnata da una esposizione compendiosa sì, ma diligente della dottrina degli autori sopra le questioni più controverse.

Concepì perciò il disegno di porre appiedi di ogni articolo, dopo la collezione delle sentenze, l'opinione degli scrittori più autorevoli di procedura, e studiai a tal uopo non solo i trattati e commenti di Pescatore, Mancini-Pisanelli-Scialoia, Borsari, Mattei, Saredo, Foschini, Zavateri e Gargiulo tra gli italiani, Carré, Pigeau ed altri tra i francesi, ma indagai ancora nei giornali così teorici che pratici, quanto si fosse detto su ciascun argomento per esporne il sunto ed indicarne la fonte.

Intorno alle questioni più dibattute volli anche esporre il mio parere, dando alla maggior parte delle tesi una trattazione ampia e possibilmente completa, riferendomi di sovente ai motivi della legge offerti dalle relazioni ministeriali e dalle discussioni della Commissione legislativa e del Parlamento.

Così l'opera che ora presento, se non contiene un commento originale completo del Codice, offrirà però un nuovo svolgimento delle questioni più importanti e controverse, e contribuirà in qualche modo ad illustrare quei punti della legge processuale che più si mostrarono in pratica oscuri e deficienti.

Ravvicinando in tal modo i dettati della magistratura agli insegnamenti della scienza, il commento pratico alternando al teorico, cercai di ovviare all'inconveniente, lamentato da molti, di dare troppo peso ai giudicati e veruno alla dottrina.

L'indicazione precisa della fonte delle sentenze tornerà di somma utilità agli uomini di legge, che senza sfogliare le volu-

minose collezioni di giurisprudenza, potranno assai facilmente confortare il loro assunto coll'autorità dei giudicati e consultare soltanto il motivato di quelli che trovassero applicabili al caso che hanno a risolvere. Nè di minor aiuto e sussidio servirà ai miei colleghi lo avere accolti in un volume i pronunciati dei Tribunali superiori, per lo svolgimento delle questioni che sorgono inattese nella discussione orale, specialmente nelle cause a rito sommario.

D'altro canto poi la citazione delle opinioni degli autori, mentre varrà a risparmiare le infruttuose ricerche, sarà tuttavia di eccitamento a ricorrere alle opere indicate per un esame ed uno studio più ampio dell'argomento.

I richiami agli altri codici ed a leggi e regolamenti che hanno relazione col Codice di procedura civile, ed un copioso indice analitico, nella compilazione del quale collaborò pure il procuratore dottor Carlo Rimini, varranno da ultimo ad accrescere l'utilità di questa opera ed agevolarne le ricerche e lo studio.

Lo splendido risultato già ottenuto in brevissimo tempo dalla pubblica sottoscrizione, e del quale sinceramente ringrazio, mi lusinga che questo lavoro possa colmare una lacuna ed appagare un bisogno altamente sentito da tutti coloro che per dovere di professione sono costretti a lottare quotidianamente colle forme del rito processuale.

Attendo il giudizio dei miei colleghi e dei magistrati, ai quali pensai di far cosa proficua colla presente pubblicazione, confidando che le loro aspettative non abbiano ad essere deluse, e sicuro ad ogni modo di aver fatto del mio meglio per raggiungere lo scopo che mi sono prefisso.

Verona, agosto 1875.

AVV. EMANUELE CUZZERI.

ABBREVIAZIONI

Art.	Articolo
Cass.	Cassazione
Cod.	Codice
Cod. civ.	Codice civile
C. C.	» »
Cod. com.	Codice di commercio
Cod. proc. civ.	Codice di procedura civile
C. P. C.	» » »
Cod. pen.	Codice penale
Cod. proc. pen.	Codice di procedura penale
Decr.	Decreto
D. R.	Decreto reale
Giurisd.	Giurisdizione
Giurispr.	Giurisprudenza
M. P.	Ministero Pubblico
N.	Numero
Ord. giud.	Ordinamento giudiziario
P.	Pagina
Regol.	Regolamento
Reg. gen. giud.	Regolamento generale giudiziario
Sent.	Sentenza
Stat. fond.	Statuto fondamentale
Trib.	Tribunale
Trib. civ.	Tribunale civile
Trib. com.	Tribunale di commercio

Oltre a queste si usarono parecchie abbreviazioni nelle citazioni e precisamente le seguenti :

1. Essendovi due giornali in Italia che si intitolano *La Giurisprudenza*, uno dei quali si pubblica a Torino, l'altro a Genova, si indicò il luogo della pubblicazione nel secondo.

2. Lo stesso dicasi riguardo alla *Gazzetta dei Tribunali*, che è il titolo di due periodici, uno dei quali esce a Genova, l'altro a Napoli. — Nel citare il secondo si aggiunse, per distinguerlo, il luogo dove si pubblica.

3. Il numero a fianco di quello che sta ad indicare il volume del periodico, addita la pagina o la colonna, nella quale si trova la decisione citata. — Quando invece che alla pagina o alla colonna si volle riferirsi alla puntata od al fascicolo, si premise al detto numero il segno *n*.

4. Citando gli *Annali della giurisprudenza italiana* di Firenze, e la *Giurisprudenza italiana di Bettini e Giuriati*, si omise di indicare la parte del giornale in cui trovasi la decisione, bastando che si sappia che i detti periodici dividonsi, quanto alla giurisprudenza pratica, in due parti, la prima delle quali contiene le sentenze delle Cassazioni, la seconda quelle delle Corti d'appello.

5. I nomi dei giornali si abbreviarono così:

Annali	Annali della Giurisprudenza italiana di Firenze
Bettini	La Giurisprudenza italiana di Bettini e Giuriati di Torino
Eco dei Trib.	Eco dei Tribunali di Venezia
Gazz. del Proc.	Gazzetta del Procuratore di Napoli
Gazz. dei Trib.	Gazzetta dei Tribunali
Gior. dei Trib.	Giornale dei Tribunali di Milano
Gior. delle Leggi	Giornale delle Leggi di Genova
Legge	La Legge di Roma
Mon. Trib.	Monitore dei Tribunali di Milano
Mon. Giud.	Monitore Giudiziario di Venezia

VITTORIO EMANUELE II

PER GRAZIA DI DIO E PER VOLONTÀ DELLA NAZIONE
RE D'ITALIA

Vista la legge del 2 aprile 1865, n. 2215, con la quale il Governo del Re fu autorizzato a pubblicare il Codice di procedura civile presentato al Senato del Regno nella tornata del 26 novembre 1863 con le modificazioni riconosciute necessarie a norma dell'articolo 2 della stessa legge;

Udito il Consiglio dei Ministri;

Sulla proposta del Nostro Guardasigilli Ministro Segretario di Stato per gli affari di Grazia e Giustizia e dei Culti;

Abbiamo decretato e decretiamo quanto segue :

Art. 1.

Il Codice di procedura civile è approvato, ed avrà esecuzione in tutte le Provincie del Regno a cominciare dal 1. gennaio 1866.

Art. 2.

Un esemplare del detto Codice stampato nella tipografia reale, firmato da Noi e controsegnato dal Nostro Guardasigilli, servirà di originale e verrà depositato e custodito negli Archivi generali del Regno.

Art. 3.

La pubblicazione del detto Codice si eseguirà col trasmetterne un esemplare stampato a ciascuno dei Comuni del Regno per essere depositato nella sala del Consiglio comunale e tenuto ivi esposto durante un mese successivo per sei ore in ciascun giorno, affinché ognuno possa prenderne cognizione.

Ordiniamo che il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sia inserito nella raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia, mandando a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

Dato a Firenze, addì 25 giugno 1865.

VITTORIO EMANUELE.

Registrato alla Corte dei Conti

addì 30 giugno 1865

Reg. 33, Atti del Governo a. c. 47

AYRS.

(Luogo del sigillo)

V. Il Guardasigilli
VACCA.

G. VACCA.

CODICE DI PROCEDURA CIVILE

DEL

REGNO D'ITALIA

TITOLO PRELIMINARE

DELLA CONCILIAZIONE E DEL COMPROMESSO

CAPO I.

Della conciliazione.

1. I conciliatori, quando ne siano richiesti, devono adoperarsi per comporre le controversie.

Art. 28, 29, 30, 159 c. giud.; 172, 183, 308, reg. giud.; 83, 448 c. p. c.

2. La conciliazione può aver luogo quando le parti abbiano la capacità di disporre degli oggetti su cui cade la controversia, e non si tratti di materia nella quale siano vietate le transazioni.

Art. 8, 9, 346, c. p. 296, 301, 319, 1106, 1118 c. c.

La conciliazione fatta da un tutore o altro amministratore, o da chi non possa liberamente disporre degli oggetti su cui cade la controversia, ha soltanto effetto quando sia approvata nei modi stabiliti per la transazione.

Le conciliazioni sul falso proposto in via civile non hanno effetto se non siano omologate dall'autorità giudiziaria, sentito il ministero pubblico.

1. Non può chiamarsi in conciliazione il minore emancipato senza l'assistenza del curatore, sorpassando l'atto la sua capacità civile e la facoltà semplicemente amministrativa. — Borsari, *Comm.* I, p. 44.

2. Può chiamarsi in conciliazione la donna maritata, autorizzata dal marito a stare da sè in giudizio?

L'autorizzazione del marito non è necessaria nei casi dell'art. 135 Codice Civile, ma è necessaria secondo l'art. 134, eccetto che la moglie non sia munita di un mandato, anche generico, a transigere — Borsari, *ib.*

3. La richiesta per la conciliazione è fatta anche verbalmente al conciliatore del comune in cui una delle parti che si vuole chiamare in conciliazione ha residenza, domicilio o dimora, ovvero si trova la cosa controversa.

Art. 27 ord. giud.; c. c.

1. Non è vietato alle parti di presentarsi volontariamente davanti al conciliatore di qualunque altro Comune diverso da quello della loro residenza o domicilio o da quello in cui si trova la cosa controversa. In questo caso però è facoltativo allo stesso conciliatore di prestare o diniegare i suoi buoni uffici, perchè cessa in lui il dovere di esercitare funzioni essenzialmente locali per ragione delle persone interessate o della cosa controversa. — *Relaz. Gov. del ministro Pisanelli. - Gargiulo, Comm. - Mattei, Annotaz. al Cod. proc. civ., art. 3.*

2. Trattandosi di azione unica o di azioni connesse, gli attori, se sono più, devono tutti concorrere nella domanda di conciliazione. — *Mattei, Annotaz. - Borsari, Comm. I, p. 45.*

4. Gli avvisi alle parti per le conciliazioni sono scritti dal cancelliere, che indica in essi l'oggetto e il giorno per la comparizione.

Il messo del comune notifica questi avvisi lasciandone copia alla persona, o alla residenza, o al domicilio, o alla dimora, e il cancelliere nota sull'originale la seguita notificazione.

Gli avvisi originali si consegnano alla parte istante.

1. Alla notificazione dell'avviso di conciliazione non è applicabile l'art. 140 C. P. C che solo riguarda le contestazioni giudiziali: essa deve quindi eseguirsi sempre al domicilio reale. — *Borsari, Comm. I, p. 46. - Mattei, Annotaz., art. 4.*

2. Il termine in conciliazione è arbitrario e discrezionale. — *Id. id. - Id. id.*

Saredo invece (*Ist. Proc. Civ., n. 13*) ritiene applicabili le norme dell'art. 147.

3. « Le funzioni attribuite ai conciliatori e gli atti di loro giurisdizione, sia volontaria sia contenziosa, possono compiersi anche nei giorni festivi ». — *Art. 172 Reg. gen. giud.*

« I conciliatori tengono le ordinarie loro udienze nella casa comunale o in quell'altra che sia dal municipio destinata; ma in caso d'urgenza possono sentire le parti e provvedere sulle loro istanze nella propria abitazione, tenendone aperte le porte quando non si tratti di semplice conciliazione ». — *Art. 173 id.*

« Quando il pretore funge da conciliatore le udienze ordinarie di cui nell'art. 173 del Regolamento si tengono nella sede della prefettura ». — *Art. 181 capov. id.*

5. Le parti possono farsi rappresentare nelle conciliazioni da persona munita di mandato speciale per questo oggetto, e autentico.

Se alcuna di esse non comparisca nel giorno e nell'ora stabiliti, non si ammettono altre richieste per la conciliazione, salvo che siano fatte da tutte le parti

Il mandato dell'attore deve dichiarare, sia pure in modo conciso, la materia della conciliazione; quello dell'invitato basta si riferisca all'avviso.

6. Quando le parti siansi conciliate, si forma processo verbale che contenga la convenzione.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti, dal conciliatore e dal cancelliere.

Art. 175 reg. giud.; 16
c. c.; 139 c. p. c.

Art. 173, 180, 182, 183,
reg. giud.; 2125 c. c.

Se le parti, od una di esse, non possano sottoscrivere, se ne fa menzione indicando il motivo.

Se una delle parti ricusi di sottoscrivere, la conciliazione si ha per non avvenuta.

Non riuscendo la conciliazione, il cancelliere ne fa menzione in apposito registro.

7. Quando l'oggetto della conciliazione non ecceda il valore di lire 30, il processo verbale di conciliazione è esecutivo contro le parti intervenute, al quale effetto il conciliatore può autorizzarne la spedizione della copia nella forma stabilita per le sentenze.

Se l'oggetto della conciliazione ecceda il valore di lire 30, o il valore sia indeterminato, l'atto di conciliazione ha soltanto la forza di scrittura privata riconosciuta in giudizio.

Art. 70, 460 seg. 556
c. p. c.; 175 reg. giud.;
1320, 1970 c. c.

1. Il processo verbale di conciliazione contenendo le condizioni dell'accordo, sia pure questo accordo un contratto qualsiasi, purchè si possa fare con scrittura privata, è nel suo genere compiuto e perfetto — Pigeau, *Comm. II*, p. 150; Borsari, *Comm. I*, p. 49.

2. Se il conciliatore à errato, o si crede abbia errato, dichiarando il valore dell'oggetto della conciliazione e rilasciando l'ordine esecutivo ad un verbale di conciliazione sopra una somma eccedente le lire 30 si farà luogo ad appello per ragione di incompetenza (articoli 83, 459) — Borsari, *Comm. I*, p. 49. — Mattei, *Annotaz.*

Saredo invece ritiene che in questo caso il processo verbale debbasi impugnare coll'azione di nullità (*Istit. n. 18*).

3. La conciliazione nulla per incapacità delle parti o per altro vizio, dovrà essere impugnata nei modi coi quali si impugnano le transazioni che si reputano erronee o nulle. — Saredo, *Istit. n. 18* — Mattei *Annotaz.*

4. Siccome il conciliatore è chiamato soltanto ad ascoltare le pretese e le difese per conciliare le parti, e ricevere in un verbale la loro volontà, non ha perciò autorità per istruire alcuna prova. — Mattei *Annotaz.*

5. « Il processo verbale di conciliazione nel caso previsto nella prima parte dell'art. 7 del codice di proc. civ. è scritto su carta libera; nel caso menzionato nel capoverso dell'art. medesimo l'atto suddetto è soggetto alle leggi sul bollo e sul registro » — (Art. 182 Reg. gen. giud.).

« Tutti gli altri atti, provvedimenti e sentenze dei conciliatori sono esenti da ogni tassa ». — (Art. 183 Reg. gen. giud.).

Però il Ministero delle finanze, con nota 11 ottobre 1866, n. 38-115, ritenne che i processi verbali dei conciliatori, come tutti gli altri atti di loro competenza, debbano essere scritti su carta da cent. 10, e che allorquando i processi verbali di conciliazione riflettono somme eccedenti le lire 30, debbano, come atti giudiziali aventi efficacia di scrittura privata, scriversi sopra carta da lire 1. (Vedi n. 7, art. 9 R. D. 13 settembre 1874, sul testo unico delle leggi sulle tasse di bollo). Il Ministero osserva che gli art. 178 e 182 Reg. gen. giud. sono stati abrogati per le successive leggi sul bollo.

CAPO II.

Del compromesso

8. Le controversie si possono compromettere in uno, o più arbitri in numero dispari.

Non si possono compromettere le questioni di stato, di separazione tra coniugi, e le altre che non possono essere transatte.

Art. 1118 c. c.; 316
p. c.

1. Non vi ha nullità nel compromesso per questo perchè le parti abbiano nominati due soli arbitri; in tal caso deveasi assegnare alle parti un termine per procedere alla nomina di uno o più arbitri in numero dispari, trascorso inutilmente il qual termine, l'autorità giudiziaria vi supplisce. — *Appello Napoli*, 13 luglio 1870. *Zammarano—Zammarano. Anali*, IV, 352.

2. Trattandosi di compromesso, ove non si rimetta il giudizio ad un solo, il numero degli arbitri deve essere dispari, a pena di nullità. — *Appello Torino*, 1 settembre 1870. *Muttoni—Moretto. Giurisprudenza*, VII, 665.

3. È nullo il compromesso se gli arbitri nominati sono due; nè varrebbe a sostenerne la validità la clausola per la quale a questi fosse stata fatta facoltà di nominarne un terzo, ove non potessero accordarsi nella decisione. — *Appello Torino*, 19 marzo 1872. *Depetro e Vanin—Ambrogio. Mon. Giud. I*, 551.

4. È nullo il lodo proferito da arbitri in numero pari. — *Appello Trani*, 20 maggio 1873. *Buttaro—Buttaro. Gior. dei Trib.*, II, n. 172.

1. Nell'art. 1064 del cod. proc. Sardo del 1854, e nel 1104 di quello del 1859, erano nominatamente escluse dal compromesso anche *le donazioni e legati di alimenti, abitazione o vestiario*. Il Borsari ritiene che il codice attuale non abbia derogato a questa disposizione pel motivo che, a suo avviso, la materia è di sua natura inalienabile e l'articolo, nella sua formola generale può bene comprenderla. — Sono di contraria opinione il Mattei (*Annotaz.*), il Saredo (*Istit. n. 24*), il Gargiulo (*Comm. p. 47*), e lo Zavateri (*Ord. giud. e giuris. civ.*, p. 46).

La cura che il legislatore ebbe di dichiarare gli alimenti non oppugnabili (*art. 592 C. P. C.*) e la considerazione che essi costituiscono una condizione essenziale per l'esistenza di quelli cui sono dovuti, mi fanno ritenere preferibile l'opinione del Borsari.

In ogni caso poi si potrebbe compromettere sulla questione di alimenti che non procedono da donazione o testamento e su quella degli arretrati d'una rendita alimentare essendo essi entrati nella ordinaria categoria dei crediti. — *Pisanelli Comm. cod. Sardo*, vol V, 2, CDXIV e CDXV — *Borsari Comm. I*, p. 51 — *Mattei Annotaz.* — *Carré quest. 3264* — *Biblioteca del diritto*, n. 131 *voc. Arbitr.* — *Gargiulo Comm. a quest'art.*

2. Colle parole « separazione fra coniugi » deve ritenersi compresa nella proibizione, così la *separazione di corpo*, come la *separazione di beni*. — *Pisanelli Comm. cod. Sardo*, V, 2, CDXVI — *Carré quest. 3262* — *Mattei Annotaz.* — *Biblioteca del diritto, voc. Arbitr.* n. 132, 133 — *Amar Dei giudizi arbitrali*, p. 70 — *Borsari, Comm. I*, p. 53.

La disputa della vita, della vitalità e della morte non può confondersi colla questione di stato (*). Allora solo si confonderebbe quando la prova dovrà decidere se uno abbia qualità di padre, di figlio, di sposo, ed allora soltanto che simile qualità formi la materia controversa(*) — (*) *Mattei Annotaz.* — *Carré quest. 3267* — *Biblioteca del diritto, ib.* n. 134 — *Pisanelli Comm. cod. Sardo, ib.* CDXVII — (*) *Pisanelli ib.*

9. Il compromesso fatto da un amministratore, o da chi non può liberamente disporre della cosa su cui cade la controversia, non ha effetto se non quando sia approvato nei modi stabiliti per la transazione.

La disposizione di questo articolo, giusta il quale il compromesso fatto da un amministratore o da chi non può legalmente disporre delle cose su cui cade la controversia (nel caso concreto dai sindaci di un falli-

Art. 6 cod. com.; 21, 37, 134, 136 seg. 296, 344 seg. 327 - 340, 1720, 1742 c. c.; 881, 899 c. p. c.

mento o dal fallito) non è effetto se non quando fu approvato nei modi stabiliti per la transazione, è scritta a tutela delle persone nell'articolo stesso indicate, e non è opponibile che da loro o dai loro eredi od aventi causa, secondo il principio dichiarato negli articoli 137, 227, 322 C. C. — *Cass. Torino, 2 maggio 1874. Ferrovia Vigevano-Milano—Vismara. Mon. Trib., XV, 751.*

1. Il minore commerciante può compromettere negli affari del suo commercio, come ne può liberamente disporre. — *Chauveau-Carré. quest. 3751 bis - Dalloz t. I, p. 602 - Pardessus, n. 1388 e 1418 - Borsari Comm. I, p. 54 - Mattei Annotaz.*

2. Il mandatario con mandato generale non può compromettere. — *Borsari ib. - Pisanelli Comm. cod. Sardo, vol. V, 2, CDX - Mattei ib.*

Non lo può nemmeno chi è munito di procura speciale con facoltà di transigere. — *Borsari e Mattei ib.*

3. È opinione comune che non possano compromettere: il gerente d'una società civile, il curatore d'un assente, e l'erede beneficiario sotto pena di divenire erede puro e semplice.

Quanto al gerente d'una società commerciale tutti sono d'accordo nell'ammettere che non possa compromettere il gerente d'una società anonima. Mentre però Borsari (*Comm. I, p. 54*) ritiene che lo possa soltanto il gerente delle società in nome collettivo, altri attribuiscono questa facoltà anche al gerente delle società in accomandita ed in partecipazione. — *Mattei Annotaz. - Biblioteca del diritto, voc. arbitr. n. 109, 115.*

10. Chiunque, cittadino o straniero, può essere nominato arbitro.

Non possono essere arbitri le donne, i minori, gl' interdetti, e coloro che esclusi dall'ufficio di giurato per condanna penale, non furono riabilitati.

1. L'art. è muto affatto sulla capacità intellettuale dell'arbitro, occupandosi soltanto della sua capacità civile. Il giudizio è quindi rimesso interamente alle parti che devono eleggere l'arbitro, le quali perciò potranno scegliere ben anco un illetterato, potendosi in vario modo supplire sia alla impossibilità in cui egli si trova di leggere i documenti che in quella di scrivere e firmare la sentenza (art. 49 C. P. C.). — *Pisanelli vol. V, 2, CDVI - Borsari Comm. art. 21 - Zavateri p. 54, 55. - Amar I giudizi arbitrati p. 98-99 - Contra: Gargiulo Comm. all'art. 21.*

2. I minori autorizzati al commercio possono essere arbitri nella materia del loro commercio. — *Borsari Comm. - Mattei Annotaz.*

Lo Zavateri (*op. cit. p. 54*) non è però di questo avviso osservando giustamente che la capacità dei minori (e vale la stessa ragione delle donne maritate) esercenti la mercatura si restringe a ciò che si riferisce al loro commercio.

11. Il compromesso deve farsi per atto pubblico o per scrittura privata, contenere il nome e cognome delle parti e degli arbitri, e determinare le controversie; altrimenti è nullo.

Art. 1310 seg. c. c.; 9
Tariffa registro.

1. Quando nello stipulare un contratto siasi pattuito che tutte le controversie nascenti da esso debbansi far decidere da arbitri, si è un pieno compromesso valido, nè altro rimane a fare se non procedere alla nomina

degli arbitri. — La determinazione delle speciali questioni a risolvere attiene non alla sostanza del compromesso, ma alla regolarità del procedimento. — *Cass. Napoli, 10 aprile 1869. Cassito—Notargiacomo. Annali, III, 245.*

2. Erra in diritto la sentenza che confonde i caratteri del vero compromesso con quelli della clausola compromissoria.

La clausola compromissoria si riferisce a questioni non ancora nate e che soltanto possono nascere da un contratto; per questa ha luogo la facoltà concessa al Tribunale dall'art. 12 di nominare gli arbitri in sostituzione dei mancanti, o invece di quelli che i contraenti ricusassero di eleggere; ma tale facoltà non compete punto al Tribunale dove si tratta di compromesso.

Quando le questioni sono già nate, allora se le parti convengono di deferirle agli arbitri, l'atto è un compromesso, e se l'atto non le determina è nullo, nè può farsi valere come fosse una clausola compromissoria.

Se le parti nominando tre arbitri provvidero che mancandone uno verrebbe supplito alla sostituzione dagli altri due, non compete più al Tribunale la facoltà prevista dall'art. 12, e in tal caso succedendo la mancanza di due arbitri, la clausola compromissoria diventa inefficace. — *Cass. Torino, 5 marzo 1870. Gatti—Gatti. Bettini, XXII, 256.*

3. Quando la legge ha stabilito che il compromesso deve determinare le controversie, non è certamente voluto che fossero specificate le questioni una per una, ma che fosse indicato l'oggetto del litigio. Questo si ha per sufficientemente espresso sempre che le parti abbiano data facoltà all'arbitro di decidere tutte le dispute pella esecuzione di un contratto. — *Cass. Napoli, 2 aprile 1870. Balestrieri—Conte. Bettini, XXII, 374.*

4. Dichiarata nulla la nomina degli arbitri contenuta in un compromesso, non può questo rimaner fermo e farsi luogo ad altra nomina di arbitri. — *Cass. Napoli, 12 ottobre 1870. Zammarano—Zammarano. Bettini, XXII, 826.*

5. È nulla la scrittura in cui mentre si compromette in tre arbitri, due soli furono nominati, lasciando a questi la nomina del terzo.

A tale nullità non osta il disposto dell'art. 12 C. P. C., in cui si conferisce all'autorità giudiziaria la nomina di arbitri non nominati, o per qualsiasi causa mancanti: questa eccezionale disposizione è solo applicabile a questioni già nate al tempo del compromesso, non a questioni eventuali ed incerte che, non prevedute, potessero di poi sorgere. — *Appello Torino, 1 settembre 1870. Muttoni—Mosetto. Giurisprudenza, VII, 655.*

6. Contiene un vero compromesso, che rende necessaria, a pena di nullità, la dichiarazione del nome degli arbitri, la stipulazione per la quale si dà a questi il mandato di risolvere controversie già nate e già dedotte in giudizio.

Per contro costituisce una clausola compromissoria, per la quale non è necessaria l'attuale nomina degli arbitri, la risoluzione, per la quale si deferisce ad arbitri la definizione di controversie non ancora insorte, ma che possano nascere. — *Appello Torino, 19 marzo 1872. Depetro e Vanin-Ambrogio Mon. Giud., I, 551.*

7. Altro è il compromesso, altro la clausola compromissoria.

Il compromesso è luogo per decidere questioni certe e determinate già sorte fra le parti, e deve risultare da atto scritto contenente la nomina di uno o di tre arbitri.

La clausola compromissoria altro non è che un patto di compromettere in arbitri la risoluzione delle possibili questioni che siano per sorgere in appresso, e per questo non è necessario l'atto scritto, ma può provarsi anche per mezzo di interrogatorio (*).

Nella clausola compromissoria non v'è nullità se le parti, anziché nominare tre arbitri, ne abbiano nominati due, con facoltà ad essi di nominare il terzo o, in caso di discordia sulla nomina, deferirne la scelta all'autorità giudiziaria.

Non è lecito ad una delle parti chiedere la surrogazione di altro arbitro ad uno di quelli nominati, se contro di questo non esistano giusti motivi di ricasazione. — *Appello Torino*, 13 dicembre 1872. *Visconti e Trolli—Scarlatta. Annali*, VII, 70. — (*) *Appello Genova*, 11 marzo 1869. *Giurisprudenza*, 1873, 23.

8. Il patto pel quale si stabilisce che le controversie che potessero insorgere fra soci saranno deferite ad arbitri nominati d'accordo, ed in difetto dal pretore, non costituisce il compromesso contemplato da questo articolo, ma una clausola compromissoria contemplata dal successivo articolo 12.

Un tale patto non produce l'effetto immediato di prorogare la giurisdizione in arbitri; quindi i soci possono di reciproco accordo rinunciarvi senza bisogno di atto scritto.

Si intende esservi tale rinuncia fra i soci se, adita l'autorità giudiziaria, i convenuti non sollevano l'eccezione di incompetenza, nè tale incompetenza può sollevarsi d'ufficio. — *Appello Torino*, 16 ottobre 1873. *Cantone e Perona—Levis e Mosca. Bettini*, XXV, 699.

9. Nulla vieta, ed anzi è del tutto conforme a ragione, che la determinazione delle controversie, sulle quali gli arbitri devono pronunciare, possa aver luogo, sia direttamente, cioè con dichiarazioni e pattuizioni inserite nell'atto stesso di compromesso, sia indirettamente, cioè con esplicito od implicito riferimento ad altri atti dal medesimo separati e distinti. — *Appello Torino*, 29 ottobre 1873. *Matti—Bonis e Vaccaro. Gior. delle Leggi*, V, n. 44.

10. Non è indispensabile alla validità del compromesso che gli elementi necessari a costituirlo si pongano simultaneamente in iscritto e risultino da un atto solo, potendosi con un atto determinare le controversie e con altro designare gli arbitri. — *Cass. Torino*, 2 maggio 1874. *Ferrovia Vigevano-Milano—Vismara, U. co. Bettini*, XXVI, 561.

1. Il compromesso può farsi anche con convenzione giudiziale. — *Borsari Comm. art. 11.*

2. Le nullità di forma del compromesso sono sanate colla comparizione delle parti davanti li arbitri o coll'esecuzione dell'arbitramento. — *Borsari Comm. - Mattei. Annotaz. - Carré quest.* 3272 - *Biblioteca del diritto, voc. arbitr.* n. 33, 34.

3. Basta a designare l'oggetto il dichiarare che saranno assoggettate a compromesso le questioni che potranno nascere da un dato contratto. — *Borsari Comm.*

4. Si può stipulare un compromesso per corrispondenza, purchè si abbia la firma di tutti i compromettenti. — *Dalloz Rép. arbitrage*, n. 402.

12. Quando in un contratto, o dopo, le parti siansi obbligate a compromettere le controversie che ne possano nascere, se gli arbitri non siano stati nominati, oppure vengano a mancare per qualunque causa tutti od alcuni, la nomina dei mancanti è fatta dall'autorità giudiziaria che sarebbe competente a conoscere della controversia, semprechè le parti non abbiano stabilito diversamente.

Art. 296, 1718 c. c.

Se ad alcuna delle parti che si obbligarono a compromettere siano succedute persone sottoposte a tutela, la facoltà di nominare gli arbitri è esercitata dal tutore con l'approvazione del consiglio di famiglia, o di tutela.

1. La surrogazione degli arbitri spetta indeclinabilmente all'autorità giudiziaria, sebbene le parti siensi riservate il diritto di rieleggere i mancanti, ogniquale volta nella convenzione è detto che per ogni controversia derivante dall'affare, anziché i giudici ordinari, pronunceranno gli arbitri, — *Appello Torino, 4 ottobre 1867. Gianoli—Ferrovia Cavallermaggiore. Bettini, XIX, 600.*

2. Vedi art. precedente, sent. n. 2 e 7.

13. L'accettazione degli arbitri deve essere fatta per iscritto. Basta a questo effetto la sottoscrizione dei medesimi all'atto di nomina.

La mancanza di accettazione in iscritto non porta nullità e perciò se gli arbitri ricevessero il compromesso, i documenti, facessero sedute e pronunciassero il lodo non si potrebbe per la mancata accettazione in iscritto impugnare il lodo medesimo. — *Mattei Annotaz.*

Art. 43 R. D. 13 settembre 1874 sul bollo e reg.

14. Le parti trasmettono i loro documenti e le loro memorie agli arbitri senza alcuna formalità giudiziale.

Alla parte che ritardi la trasmissione s'intima di farla nel termine di giorni 10, o in quello che sarà stabilito dagli arbitri, i quali possono anche accordare proroghe.

Di tutto deve farsi menzione nel processo verbale.

15. Scaduto il termine indicato nell'articolo precedente gli arbitri giudicano sui documenti e sulle memorie stati loro trasmessi.

16. Nel caso di morte di una delle parti, il termine per istruire e giudicare è prorogato di giorni trenta.

17. Gli arbitri non sono tenuti di osservare le forme e i termini stabiliti per l'istruzione delle cause davanti l'autorità giudiziaria.

Le parti possono convenire altrimenti. In questo caso gli arbitri devono attenersi alle forme e ai termini indicati specificatamente nel compromesso.

Nel silenzio delle parti, o quando esse abbiano dichiarato che gli arbitri si attengano alle regole della procedura senza averle specificate, gli arbitri stessi stabiliscono i termini e il metodo di procedimento.

Se è permesso ai compromettenti di ridurre alla massima semplicità le forme del giudizio compromissorio, non è dato per altro prescindere dalle forme essenziali alla costituzione di un giudizio, quali per esempio la determinazione delle questioni a risolvere e la contraddittoria discussione delle parti. — *Appello Brescia, 4 settembre 1867. Ferrari—Maltini. Anali, II, 651.*

18. Gli atti d'istruzione ed i processi verbali possono delegarsi dagli arbitri ad uno di essi, se ciò non sia vietato dal compromesso.

Trattandosi di atti di istruttoria da compiersi in luoghi distanti, gli arbitri potranno delegare a procedervi alcuno dei giudici del luogo (art. 208 C. P. C.). — Carré e Chauveau *quest.* 3298 - Zavateri, p. 60. — *Contra*: Gargiulo *Comm.*

19. Quando sorga alcuna delle quistioni accennate nel primo capoverso dell'art. 8, o qualche altro incidente relativo ad un fatto che possa dar luogo all'azione penale, gli arbitri devono rimettere le parti davanti l'autorità giudiziaria competente, e i termini per l'arbitramento sono sospesi sino al giorno in cui la sentenza pronunciata sull'incidente e passata in giudicato, è notificata agli arbitri.

1. Perchè gli arbitri debbano pronunciare il rinvio non è necessario che la querela di falso sia stata prodotta, ma basta che i sintomi della falsità siano pronunciati. — Borsari *Comm.* - Mattei *Annotaz.* - Gargiulo *Comm.*

2. Gli arbitri non sono nemmeno competenti a verificare una scrittura impugnata. — Borsari *Comm.* - Mattei *Annotaz.* - Carré *quest.* 2424.

20. Gli arbitri decidono secondo le regole di diritto, se il compromesso non li abbia autorizzati a decidere come amichevoli compositori.

Quando gli arbitri pronunciano come amichevoli compositori, possono decidere tanto secondo le regole di diritto, quanto secondo quelle di equità e di giustizia naturale. — *Appello Casale, 14 aprile 1869. Temi Casalese.*

Quantunque gli arbitri siano stati autorizzati a decidere come amichevoli compositori, pure non sono assolti da ogni forma di procedura. — Borsari *Comm.* I, p. 61 - Mattei *Annotaz.* — *Contra*: Chauveau in Carré *quest.* 3354 e Bellot III, p. 284.

21. La sentenza degli arbitri è deliberata a maggioranza di voti dopo conferenza personale dei medesimi.

Art. 23 c. p. c.; 19
e 20 R. D. bollo.

Essa deve contenere:

1. L'indicazione del nome e cognome, del domicilio, o della residenza delle parti;

2. L'indicazione dell'atto di compromesso;

3. I motivi in fatto e in diritto;

4. Il dispositivo;

5. L'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui è pronunciata;

6. La sottoscrizione di tutti gli arbitri.

Ricusando alcuno di essi di sottoscriverla, ne è fatta menzione dagli altri, e la sentenza ha effetto purché sottoscritta dalla maggioranza.

1. La sentenza arbitrale può essere firmata dagli arbitri in un giorno posteriore alla pronuncia. — *Appello Torino*, 20 dicembre 1869. *Lora, Piovano—utrinque. Giurisprudenza*, VII, 169.

2. Se la sentenza degli arbitri fu nelle parti sostanziali deliberata a maggioranza di voti, dopo conferenza personale di tutti, nulla osta che la relazione e la sottoscrizione siano rimesse ad altro giorno. Se in quest'altro giorno uno degli arbitri si astiene e non sottoscrive, la sentenza è valida egualmente, purchè si faccia la menzione prescritta da questo articolo. — *Appello Torino*, 24 maggio 1870. *Società Adriatica di Sicurtà—Gilardino. Giurisprudenza*, VII, 407.

3. Non è mestieri che l'arbitro amichevole compositore specifichi nella sentenza i criteri da lui seguiti. — *Cass. Torino*, 29 aprile 1874. *Giurisprudenza*, 1874, 439.

4. La sentenza arbitrale deve essere pronunciata a maggioranza di voti in seguito a conferenza personale degli arbitri.

Alla conferenza devono prendere parte tutti gli arbitri, i quali insieme riuniti devono decidere tutte le quistioni dalla maggiore alla minore, e tutti devono essere presenti alla deliberazione finale ed a ciascuna sua parte.

La prova che tutte le questioni ed ogni parte di sentenza sono state deliberate da tutti gli arbitri riuniti in collegio si desume o dai verbali dell'adunanza degli arbitri o dalla stessa sentenza. I verbali e la sentenza firmati dagli arbitri si parificano agli atti pubblici ed autentici, e per impugnarli occorre inscriverli in falso.

Se non esistono verbali della conferenza, e la sentenza lascia dubbio se fu in ogni sua parte deliberata dal collegio di tutti gli arbitri insieme riuniti, non è opportuno rigettare un mezzo istruttorio tendente a provare che mancò la collegialità in qualche deliberazione, quando anche quel mezzo sia irrilevante di per sè, ed acquisti importanza unito ad altra prova già formulata e che la parte si è riservata di domandare in corso di causa.

In tal caso è conveniente riunire al merito della causa la questione sul mezzo istruttorio proposto, non precludere l'adito alle prove che possono essere utili alla retta decisione del merito. — *Appello Firenze*, 17 agosto 1874. *Gonzales—Bona. Gior. dei Trib.*, III, n. 294.

1. Sebbene per l'art. 32, n. 4, sembri che la mancanza della sottoscrizione porti nullità, pure la sottoscrizione non si dovrebbe ritenere un'assoluta necessità. — *Mattei Annotaz.*

2. Gli arbitri possono pronunciare tante sentenze quante sono le questioni a loro sottoposte, semprechè non escano dal termine prefisso o prorogato. — *Borsari Comm.* - *Carrè quest.* 3330 - *Mattei Annotaz.* - *Saredo Istit.* n. 38 - *Amar p.* 197 - *Zavateri p.* 64.

3. Sembra che la conferenza personale degli arbitri debba essere contemporanea alla decisione. — *Mattei Annotaz.*

4. Gli amichevoli compositori se sono dispensati dall'obbligo di giudicare secondo le norme del diritto, devono però motivare la loro sentenza, giacchè quest'obbligo è imposto in termini generali dall'art. 21. S'intende poi che la motivazione consisterà nello indicare quali sono, le ragioni di equità che giustificano il dispositivo. — *Conforme: Borsari Comm. art.* 21 - *Amar p.* 201.

5. Gli arbitri potranno pronunciare sulle spese del giudizio arbitrale fissando anche i loro onorari. Però contro la tassazione dei medesimi è sempre lecito ricorrere alla autorità giudiziaria competente secondo le norme del diritto comune. — *Carrè quest.* 3331-32 e *Chauveau Supplément* 1867, *quest.* 3331-32.

6. Non richiedendo la legge che della conferenza personale degli arbitri debba risultare in modo espresso dalla sentenza arbitrale, è a ritenersi che

non sia nulla quella sentenza, nella quale non ne sia fatta menzione, e detta conferenza deve sempre presumersi sino a prova contraria.

7. Come avviene la votazione delle sentenze arbitrali? Sarà obbligatorio il sistema dell'art. 359 C. P. C.?

In mancanza di patto espresso delle parti o di accordo degli arbitri, non si può ritenere applicabile agli arbitri per analogia il disposto dell'articolo 359, dappoichè se per la retta amministrazione della giustizia è necessario che i giudici pronuncino una sentenza e si formi una maggioranza a favore di una opinione, nessuna ragione vi sarebbe perchè si avesse ad obbligare un arbitro a sacrificare la propria opinione perchè la maggioranza si raggiunga ed il lodo sia pronunciato. Ove non sia possibile l'accordo, il compromesso si avrà come cessato. — *Conforme*: Amar p. 193.

22. Le sentenze degli arbitri devono essere pronunziate nel regno.

23. Le regole sull'esecuzione provvisoria delle sentenze dell'autorità giudiziaria sono applicabili alle sentenze degli arbitri.

Art. 363-365, 483, c. p. c.

24. La sentenza in originale è depositata coll'atto di compromesso, nel termine di giorni cinque, da uno degli arbitri, o personalmente o per mezzo di mandatario munito di procura speciale per quest'oggetto, alla cancelleria della pretura del mandamento in cui fu pronunziata; altrimenti è nulla.

Art. 1972 c. c.

Si forma processo verbale del deposito, che è sottoscritto da chi lo fa, dal pretore e dal cancelliere. La procura anzidetta è annessa al processo verbale.

La sentenza è resa esecutiva e inserita nei registri per decreto del pretore, il quale deve pronunziarlo nel termine di giorni cinque dal deposito nella cancelleria.

1. È nulla la sentenza degli arbitri depositata in una pretura diversa dal mandamento in cui fu pronunziata, comunque trattisi di un unico comune diviso in più mandamenti. — *Appello Napoli, 5 agosto 1873. Incurabili—Gusman e Guerra. Gior. dei Trib., II, n. 129.*

2. È nulla la sentenza arbitrale se per patto espresso delle parti venne depositata presso un notaio comunemente prescelto, anzichè presso la cancelleria della pretura. Può però in tal caso valere la sentenza come convenzione accettata dalle parti. — *Cass. Napoli 23 settembre 1874. Galdieri—Galdieri. Gior. dei Trib., III, n. 282. Conforme: Appello Napoli, 5 agosto 1872. Galdieri—Galdieri. Bettini, XXIV, 576.*

1. L'ufficio del pretore non può estendersi alla cognizione del compromesso nè alla sua legalità. — *Mattei Annotaz.*

Il Borsari (*Comm. I, p. 63*) ed il Saredo (*Istit. n. 40*) ritengono invece che il pretore possa e debba indagare: 1. se sia competente; 2. se il compromesso non violi qualche legge d'ordine pubblico, attesa la materia che ne fu il soggetto; 3. se il compromesso sia munito delle formalità estrinseche necessarie. (Vedi anche: *Gargiulo Comm. - Zavateri p. 66*).

Mi sembra che, tolta l'indagine sulla competenza, la dizione dell'articolo escluda qualsiasi giudizio e revisione del pretore, il decreto del quale non è altro scopo che di rendere esecutivo il lodo colla maggiore prontezza per prevenire le frodi, e colla minore spesa per le parti. (Vedi *relazione Pisanelli*).

E la relazione del Ministro Vacca a S. M. il Re così si esprime riguardo alla disposizione di questo articolo: « In questo caso l'autorità giudiziaria

non esercita *atto di cognizione e di imperio*, sì che sia necessario ricorrere alla magistratura competente per materia o per valore; solamente esercita *un atto di autorizzazione esteriore e quasi di complemento*. Come il notaio appone la formola esecutiva agli atti propri, così il magistrato l'appone alla sentenza degli arbitri. Ed è ragionevole che ciò fosse facilitato in ogni guisa »

Nella Commissione speciale per l'esame del C. P. C. e precisamente nella seduta del 24 aprile 1865, un commissario osservò che il rendere esecutiva la sentenza degli arbitri è atto di giurisdizione, tanto è vero che nella legislazione francese e nella napoletana si redarguisce di nullità l'ordine del giudice, non la sentenza degli arbitri, apparendo chiaro del resto che nessun magistrato può esser tenuto mai ad agire quasi meccanicamente, ma deve sempre conoscere di ciò che si richiede da lui. Propose quindi che la disposizione dell'art. 24 fosse modificata con attribuire non al solo Giudice di Mandamento in tutti i casi, ma alle diverse magistrature, secondo le regole di loro competenza ordinaria, la facoltà di rendere esecutive le sentenze degli arbitri.

Un altro commissario però gli rispose che colla disposizione impugnata si vollero togliere di mezzo le difficoltà pratiche che la giurisprudenza francese incontrò nel determinare quale magistratura debba rendere esecutiva la sentenza degli arbitri allorquando è incerta la natura e l'entità della causa.

D'altra parte, egli osservò, a che pro' ricorrere al criterio della competenza circa la causa, se il magistrato non dovrà esercitarla mai? *Trattasi di una formalità mera*; il magistrato interviene soltanto per munire la sentenza del precetto di esecuzione. Perchè il pretore non potrà far ciò in un sistema nel quale anche certi ufficiali pubblici, i notai, ad esempio, hanno facoltà di conferire ai loro atti la formola esecutiva?

La modificazione proposta fu respinta a voti 8 contro 2.

Così delineato il compito del pretore è da ritenersi che egli non debba se non che esaminare se esistano le condizioni materiali e di fatto per le quali possa emanare il decreto che rende esecutiva la sentenza arbitrale e cioè se sia competente e se il deposito fu fatto come prescrive l'art. 24 (*Vedi anche Amar, p. 219-220. - Cortese, Gior. delle Leggi, 1873, p. 388*).

Mi conferma poi in questa opinione quanto prescrive l'art. 25 in ordine al reclamo dal decreto del pretore.

A conoscere del reclamo è sempre competente il tribunale civile e ciò deve essere appunto perchè le questioni sulle quali baserà il reclamo non possono essere che questioni di forma, che il codice riserba giustamente e sempre al tribunale civile come quello che per gli elementi di cui è composto è più adatto a risolverle in confronto del tribunale di commercio. Noti infatti che per l'art. 33 il giudizio sulla validità del lodo in materia commerciale è devoluto invece al tribunale di commercio.

2. E sanabile la nullità comminata da questo articolo per il tardivo deposito?

L'Amar (p. 214) crede che non vi possa essere un rimedio o una ratifica capace di sanarla. E però da osservare che l'art. 32 enumerando i casi in cui la sentenza degli arbitri può essere impugnata per nullità, non ostante qualunque rinunzia, non contempla il caso di cui in questo articolo, e perciò mi sembra che la nullità rimanga sanata se non sia stata rilevata d'ufficio dal pretore o proposta dalle parti con reclamo contro il decreto del pretore stesso. (*Vedi Cortese, Gior. delle Leggi, 1873, p. 387*).

25. La cognizione dei reclami contro il decreto indicato nell'articolo precedente, o contro il rifiuto del pretore a pronunciarlo, appartiene al tribunale civile da cui dipende il pretore.

Il reclamo contro il decreto del pretore che rende esecutiva la sentenza arbitrale o contro il suo rifiuto a pronunciare apre un giudizio con-

tradditorio in primo grado avanti al Tribunale, non già un giudizio di appello. — *Appello Brescia, 4 settembre 1867. Ferrari—Maltini. Annali, II, 651.*

26. Le istanze per il pagamento delle spese di deposito, della tassa di registro, e simili, delle sentenze degli arbitri, possono essere dirette soltanto contro le parti.

27. Contro le sentenze degli arbitri non si ammette opposizione per contumacia.

Art. 474 c. p. c.

28. Le sentenze degli arbitri sono appellabili, eccettuati i casi seguenti:

Art. 7, 31, 70 c. p.

1. Quando gli arbitri siano stati autorizzati a pronunciare come amichevoli compositori;

2. Quando i medesimi abbiano pronunciato come giudici di appello;

3. Quando le parti abbiano rinunciato all'appello;

4. Quando la causa sarebbe stata di competenza del conciliatore.

La rinuncia all'appello dalle sentenze degli arbitri non può presumersi, e per venire ammessa in modo tacito deve risultare da patti non conciliabili con la riserva di appellare. — *Appello Torino, 24 maggio 1870. Società Adriatica di Sicurtà—Gilardino. Giurisprudenza, VII, 407.*

1. Il Borsari ammette che possano validamente le parti pattuire nel compromesso che sia appellabile la sentenza pronunciata dagli arbitri come giudici di appello — *Comm. all'art. 28.*

Io credo però che ciò sia contrario assolutamente al principio d'ordine pubblico che non possano darsi più di due gradi di giurisdizione. — *Conforme: Amar, p. 242. — Zavateri, p. 70.*

2. La rinuncia all'appello dalla sentenza definitiva degli arbitri riguarda anche le sentenze interlocutorie del giudizio arbitramentale?

Generalmente si ritiene che la rinuncia comprenda anche le sentenze sopra gli incidenti che sono in diretta relazione colla domanda principale. — (Borsari, *Comm.* — Amar, p. 240. — Zavateri, p. 71. — Chauveau in Carré, *quest.* 3295-2). Potrebbe però dubitarsi sulla accoglibilità di questa opinione, quando si consideri che il patto dell'inappellabilità è basato alla fiducia negli arbitri o al desiderio di una pronta risoluzione della controversia.

29. L'appello si propone:

Davanti il tribunale civile o di commercio, quando le quistioni civili o commerciali sarebbero state di competenza dei pretori;

Art. 24, 71 seg., 84, 485, 510 c. p. c.

Davanti le corti d'appello, quando le quistioni sarebbero state di competenza di un tribunale civile o di commercio.

Il termine per appellare dalle sentenze degli arbitri è quello stabilito per le sentenze dell'autorità giudiziaria, e decorre dal giorno in cui fu notificata la sentenza in un col decreto che la rese esecutiva.

Il diritto di procedere alla notifica della sentenza spetta soltanto alle parti; nessuno può sostituirsi ad esse per provvedere a cosa che riguarda soltanto il loro interesse.

Se gli arbitri possono far notificare la pronuncia arbitrale, siffatta notificazione ha effetto solamente per loro, ma non può produrre per le parti alcuna decorrenza di termini.

La notificazione della sentenza ha un triplice scopo: di farne conoscere il tenore, di far decorrere il termine, e manifestare l'intenzione della parte notificante di valersi della sentenza. — *Appello Brescia*, 2 settembre 1873. *Conti—Conti. Legge*, XIII, n. 93.

È libero ai compromettenti di formarsi i propri arbitri d'appello, o diversi dai primi, o con essi combinati. — *Borsari, Comm.* I, p. 67. — *Saredo Istit.* n. 45. — *Mattei, Annotaz.* — *Contra: Gargiulo, Comm. art.* 28 e 29.

Art. 494 seg. c. p. c.

30. Contro le sentenze degli arbitri si ammette la domanda di revocazione, nonostante qualunque rinuncia, ne' casi, nelle forme e nei termini stabiliti per le sentenze dell'autorità giudiziaria.

La domanda di revocazione si propone davanti l'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a conoscere della causa.

Art. 20, 517 seg. c. p. c.

31. Contro le sentenze degli arbitri pronunziate in appello è ammesso il ricorso per cassazione, eccettuati i casi seguenti:

1. Quando gli arbitri siano stati autorizzati a pronunziare come amichevoli compositori;

2. Quando le parti abbiano rinunziato al ricorso per cassazione.

Le sentenze degli arbitri non possono essere impugnate per cassazione coi mezzi per cui è concessa l'azione di nullità dall'articolo seguente, salvò il diritto di ricorrere per cassazione contro la sentenza che abbia pronunziato sulla detta azione.

È ammissibile il ricorso in cassazione contro la sentenza arbitrale di primo grado, ma inappellabile. — *Zavateri*, p. 75. — *Amar*, p. 272.

Art. 17 e seg. c. p. c.

32. La sentenza degli arbitri può essere impugnata per nullità, non ostante qualunque rinuncia:

1. Se la sentenza sia stata pronunziata sopra un compromesso nullo o scaduto, oppure fuori dei limiti del compromesso;

2. Se la sentenza non abbia pronunziato sopra tutti gli oggetti del compromesso, o contenga disposizioni contraddittorie;

3. Se la sentenza sia stata pronunziata da chi non poteva esser nominato arbitro, o da arbitri non autorizzati a decidere in assenza degli altri;

4. Se non siano state osservate le prescrizioni degli articoli 21 e 22;

5. Se nel procedimento non siano state osservate le forme richieste nei giudizi sotto pena di nullità, quando queste forme siano state indicate specificatamente nel compromesso.

1. È nullo il lodo nel quale si indichi come luogo di pronuniazione una città divisa in più preture, senza altra specificazione. — *Appello Napoli*, 20 luglio 1870. *Scarpa—Majela. Gazz. del Proc.* IV, n. 47.

2. La nullità del lodo per eccesso od omissione non può applicarsi per induzione, ma nel solo caso che il vizio del lodo possa rilevarsi dai termini espressi del compromesso. — *Appello Napoli*, 14 dicembre 1870. *Provincia Salerno—Carabelli. Gazz. dei Trib. Napoli*, 21 gennaio 1871.

3. Perché una sentenza arbitramentale possa essere impugnata per nullità a base del n. 5 di quest'articolo, non basta che alcuna delle forme state indicate specificatamente nel compromesso non sia stata nel procedimento osservata, ma vuolsi ancora che trattisi di forma richiesta nei giudizi sotto pena di nullità. — *Appello Torino*, 29 ottobre 1873. *Matte—Bonis e Vaccaro. Gior. delle Leggi*, V, n. 44.

4. La domanda di nullità della sentenza degli arbitri sospende la sua esecuzione.

La legge, infatti, tace a questo riguardo, e nel silenzio della legge, dovendosi il dubbio risolvere colla scorta dei principii più generali del diritto, e avuto riguardo alla natura ed efficacia giuridica dell'azione della quale si tratta in correlazione col criterio che informa la distinzione stabilita dal cod. di proc. civ. in via di massima fra i mezzi ordinari e i mezzi straordinari di impugnare le sentenze, non può non presentarsi preferibile quest'opinione, dove si consideri che siffatta azione o querela di nullità, non avente direttamente e di pien diritto l'effetto di sottoporre ad un secondo esame il merito della contestazione, ma tendente unicamente a togliere di mezzo nei casi e pei vizi singolarmente e tassativamente indicati, il giudizio arbitrale per far rivivere in luogo di esso la giurisdizione dell'autorità giudiziaria, assai meglio ritrae dell'indole della domanda di revocazione, del ricorso in cassazione e della opposizione del terzo, che non di quella dell'appello e dell'opposizione per contumacia, e che conseguentemente non vi sarebbe alcun valevole motivo per estendere a tale azione ciò che rispettivamente dispongono, quanto a cotesti due mezzi ordinari, gli articoli 482 e 475. — *Appello Torino*, 29 ottobre 1873. *Matte—Bonis e Vaccaro. Gior. delle Leggi*, V, n. 44. = Conformi: *Appello Milano*, 14 maggio 1872. *Fallimento Vismara—Ferrovia Vigevano-Milano. Annali*, VI, 387. — *Appello Genova*, 15 giugno 1874. *Molfino—Fontana. Bettini*, XXVI, 471.

1. L'azione di nullità non sospende l'esecuzione della sentenza arbitrale. — *Amar*, p. 261. — *Borsari, Comm.*, I, p. 70. — *Mattei, Annotaz. = Contra Zavateri*, p. 80; e così pure la *Redazione della Giurisprudenza Italiana* di Bettini e Giuranti nella nota seguente: « Impugnata per nullità la sentenza arbitrale, rimane sospesa l'esecuzione della medesima. Alcuni vorrebbero equiparare questo mezzo al ricorso in cassazione, ma il paragone non regge. Un rimedio infatti ordinario, qual'è l'azione di nullità, non può mai confondersi, quanto ai suoi effetti, con un rimedio straordinario come il ricorso in cassazione. D'altronde con quest'ultimo non si pone in dubbio l'autorità dei magistrati che proferiscono il giudicato, mentre colla querela per nullità si attacca direttamente il giudizio arbitrale nel suo essere di sentenza, per modo che, ove la querela venga accolta, non può dirsi siavi mai stato giudicato. Quando dunque chi propone l'azione di nullità mette con ciò stesso in dubbio se si abbia nel lodo una sentenza, ovvero un parere di persone non rivestite di autorità in proposito, è logico che l'esecuzione della sentenza debba rimanere sospesa fino al giudizio sulla nullità. » — *Bettini*, XXVI, 471.

Il disposto però dell'art. 23 pel quale si provvede all'esecutività provvisoria delle sentenze arbitrali, mi persuadono della verità della opinione

adottata dai primi. Se infatti l'azione di nullità sospendesse l'esecuzione non potrebbero gli arbitri accordare l'esecutività provvisoria se non dopo il decorso del termine per proporre la nullità; salvo che una disposizione espressa della legge stabilisse il contrario.

2. Se la sentenza arbitrale è appellata non si fa più luogo all'azione di nullità, salvo le vie della cassazione contro la sentenza d'appello. — *Bersari, Comm.*, I, p. 70.

33. La domanda di nullità si propone nel termine indicato nell'art. 29 davanti l'autorità giudiziaria, che sarebbe stata competente a conoscere della controversia.

Quando sia dichiarata la nullità della sentenza degli arbitri, l'autorità giudiziaria pronuncia anche sul merito della controversia.

1. Fuori dei casi indicati come eccezioni nell'art. 28 C. P. C., l'appello dalle sentenze degli arbitri può farsi secondo gli articoli 29 e 87, per tutti i motivi di nullità e di ingiustizia che valgono a farle circoscrivere o riformare, anche per quelli accennati all'art. 32.

Se non vi sia rinuncia all'appello e si voglia appellare tanto per nullità quanto per ingiustizia, non si applica l'art. 33 dello stesso codice, e l'appellante non è obbligato a dividere i suoi reclami in due separati giudizi davanti a due autorità giudiziarie.

Dall'art. 28, infatti, è stabilito che le sentenze degli arbitri sono appellabili, eccettuati i casi nello stesso articolo previsti, tra i quali non è compreso quello in cui sia la sentenza impugnata per qualcuna delle nullità accennate nel successivo art. 32.

Nel posteriore art. 87 dello stesso codice si dichiara che le corti d'appello conoscono di tutte le cause giudicate in prima istanza dagli arbitri, salvo le eccezioni previste dall'art. 28.

Che se nel mentovato art. 32 si dispone che non ostante qualunque rinuncia ad appello possa la sentenza impugnarsi per le nullità nello stesso articolo contemplate, e se in tale caso, giusta l'art. 33, la domanda di nullità si propone davanti l'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a conoscere della controversia, non se ne deve dedurre, in restrizione degli assoluti termini degli articoli 28 ed 87, che quando non vi fu rinuncia ad appello e la sentenza si è impugnata non solamente come nulla, ma anche come ingiusta e gravatoria, non si possa congiuntamente pronunciare in appello sulla nullità e sul gravame come quando si tratta di sentenze pronunciate da tribunali ordinari; e per verità, dichiarata la nullità della sentenza, dovendo secondo l'art. 33 l'autorità giudiziaria pronunciare anche in merito, sarebbe poco conforme all'ordine ed alla economia dei giudizi che si dovesse in appello pronunciare in merito sulla domanda dell'ingiustizia e gravame della sentenza degli arbitri, e parimenti sull'appello del giudicato dell'autorità giudiziaria con cui fosse la sentenza degli arbitri stata dichiarata nulla. — *Appello Torino*, 24 maggio 1870. *Riunione Adriatica di Sicurtà-Gilardino. Giurisprudenza*, VII, 407.

2. Se con un solo compromesso le parti abbiano definito varie liti contemporaneamente vertenti innanzi la pretura, tribunale civile e la corte d'appello, quest'ultima è la sola competente a giudicare della nullità e della rinvocazione opposta alla sentenza arbitrale. — *Appello Torino*, 28 maggio 1870. *Piceni—Piceni. Giurisprudenza*, VII, 418.

3. Sebbene gli arbitri abbiano pronunciato come giudici di prima

istanza, la nullità della sentenza per alcuna delle cause indicate dall'art. 32 C. P. C. non devesi proporre in via d'appello, ma devesi denunciare in primo grado davanti l'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a conoscere della causa ove non fosse intervenuto il compromesso.

In tal caso se la nullità è pronunciata, la stessa autorità giudiziaria pronuncia in merito come giudice di primo grado; ma se la nullità è esclusa, la sentenza arbitrale può essere appellata per altre cause.

Quindi, pendente il giudizio sulla nullità della sentenza arbitrale, l'appello della medesima deve rimanere in sospeso, e sarebbe nulla per incompetenza la sentenza della corte d'appello che avesse giudicato in via di richiamo sopra detta nullità, sebbene si fossero contemporaneamente dedotti dei motivi di gravame.

Che tale sia l'interpretazione a darsi all'art. 33, lo persuade il raffronto del medesimo e dell'art. 1129 C. P. C. del 1859 coll'art. 1088 di quello del 1854.

Il primo codice di procedura civile per abbreviare i giudizi lasciava all'opponente l'alternativa facoltà di impugnare la sentenza arbitrale, peccante di una delle accennate nullità, o col mezzo della opposizione avanti il tribunale che sarebbe stato competente a conoscere della causa, o col mezzo dell'appello avanti il tribunale superiore.

Ma nel codice successivo l'alternativa facoltà venne respinta perchè col mezzo dell'appello poteva succedere che nel caso di dichiarazione della nullità l'altra parte venisse privata, contro sua voglia, del primo grado di giurisdizione, e l'unica via lasciata aperta per proporre tali sorta di nullità fu quella della opposizione.

A difendere la sentenza contro cui si è ricorso (*vedi sopra, n. 1*) vanamente si ricorre agli articoli 28 e 87 del C. P. C. che dichiarano appellabili le sentenze degli arbitri, salvi i casi ivi specificatamente indicati, fra i quali non si trova compreso quello della querela di nullità per le cause avanti spiegate, poichè se l'eccezione non è contenuta in detti articoli, si riscontra però nell'art. 32, che demanda la cognizione della nullità ad altro tribunale che non è quello d'appello.

In vano del pari si cerca di restringere il senso dell'art. 32 dello stesso codice col dire che la impugnazione per nullità delle sentenze arbitrali avanti il giudice che sarebbe stato competente a conoscere delle controversie riguarda soltanto il caso in cui siasi previamente rinunciato ad impugnarle, e non quello in cui la rinunzia non sia intervenuta, mentre le parole *non ostante qualunque rinunzia* adoperate nell'articolo non limitano l'esercizio della querela in nullità nel caso di rinunzia, ma la estendono ben anche a tale caso.

Finalmente non è vero che l'art. 33 sia solo applicabile quando la sentenza arbitrale sia unicamente impugnata con una o più delle nullità anzidette, e non quando assieme a tali nullità siansene invocate altre, o siansi adottati motivi di gravame, e che in quest'ultimo caso l'autorità competente a giudicare in appello sia pure competente a giudicare sulla opposizione in nullità, imperocchè, oltre alle sovra fatte osservazioni, le quali respingono siffatta interpretazione, basta ad escluderla l'osservare che nel caso di dichiarata nullità, deve conoscere del merito della causa lo stesso giudice che ebbe a pronunciare la nullità medesima. — *Cass. Torino, 10 giugno 1871. Gilardino—Riunione Adriatica di Sicurtà, Giurisprudenza, VIII, 485.*

4. L'azione di nullità sebbene si proponga nel termine assegnato per l'appello è preliminare e pregiudiziale ad ogni altra e non è deducibile nè per appello, nè per cassazione e ad essa non si può dalle parti rinunciare.

Le decisioni degli arbitri essendo emanate da persone private e non da giudici nominati ed istituiti dal potere sociale, non sono vere e proprie sentenze, e la legge ammette l'azione preliminare di nullità per tutelare i cittadini da una male stipulata convenzione o da un male eseguito mandato, dirigendola insieme e contro il compromesso e contro il lodo come si esperimenterebbe contro qualunque contratto, costituente titolo esecutivo.

I rimedi dell'appello, della rievocazione e della cassazione che si ammettono contro il lodo e contro le sentenze vere e proprie, sono concessi contro le pronunce arbitrali in seconda linea, dopo che sia accertato che vi è un lodo valido. — *Appello Firenze 17 febbraio 1872. Lepennec II. cc. — Charles. Annali, VII, 553.*

5. La nullità di una sentenza arbitrale si deve proporre in via d'azione davanti l'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a conoscere della controversia.

Questa autorità, se è di primo grado, deve pronunciare sulla domanda di nullità ed eventualmente anche sul merito della controversia, come giudizio di prima istanza, e però dalla sua sentenza è aperta la via ordinaria dell'appellazione davanti l'autorità giudiziaria di secondo grado. *Appello Milano 2 settembre 1872. Ferrovia Vigevano-Milano—Fallimento Vismara. Mon. Trib., XIII, 1011.*

6. Le nullità di una sentenza arbitramentale possono essere dedotte in via di opposizione al precetto, quando esse dipendano da mancanza di deposito o da incompetenza del pretore adito.

Gli arbitri che pronunciano nella qualità di giudici e non di amichevoli compositori, non sono responsabili dei danni quando non derivino da dolo, ma da nullità della loro sentenza, in cui incorsero per errore. — *Appello Napoli 5 aprile 1873. Incurabili—Gusman e Guerra. Gior. dei Trib. II, n. 129.*

1. Deve ritenersi ammesso l'appello contro la sentenza che à rigettato od accolto la domanda di nullità quando sia stata pronunciata da un pretore o da un tribunale.

2. La *Giurisprudenza* di Torino (VIII, 485, in nota) si dichiara contraria alla massima adottata dalla Suprema Corte di Torino colla sentenza surriferita 10 giugno 1871 (*Vedi n. 3*) pei motivi seguenti:

« È affatto contrario (essa dice) al nostro sistema giudiziario l'ammettere due autorità giudiziarie superiori, l'una delle quali debba giudicare i mezzi di nullità, l'altra i mezzi di gravame.

« Gli articoli 32 e 33 C. P. C. invocati dalla Corte Suprema, non possono riguardare che quei richiami d'annullamento che la legge riserva sempre malgrado che siasi dai compromettenti, rinunciato all'appello, alla revocazione ed alla cassazione, e gli arbitri siano stati autorizzati a pronunciare quali amichevoli compositori.

« In tal caso si comprende che le nullità debbano giudicarsi dalla autorità giudiziaria, che senza il compromesso sarebbe stata competente a decidere la causa, giacché allora i mezzi di gravame essendo inammissibili, è impossibile il loro concorso coi mezzi di nullità.

« Ma quando non vi è rinuncia all'appello, se quindi questo compete per diritto, il sistema delle nullità di cui agli articoli 32 e 33, non ha più ragione di essere, poichè allora si rientra naturalmente nel diritto comune, secondo cui in via d'appello e coi mezzi di gravame possono prodursi i mezzi di nullità accennati dall'art. 32 ed altri ancora. Volendosi allora mantenere le due distinte autorità giudiziarie, una per le nullità, l'altra per i gravami, il voler far precedere al giudizio d'appello per gravame due altri giudizi sulle nullità, uno di primo, l'altro di secondo grado, ci pare

che sia fraintendere la portata e le ragioni degli articoli 32 e 33 e urtare col sistema dei nostri ordini giudiziari. I ragionamenti della Corte Suprema appena avrebbero valore qualora i compromettenti avessero nell'atto di compromesso nominato due sorta di arbitri, gli uni per pronunciare in primo grado, gli altri per pronunciare in appello. Allora soltanto potrebbe dirsi che le querele di nullità, importando questione sull'esistenza della sentenza e quindi sull'esaurimento del primo grado di giurisdizione, devono decidersi dalla autorità giudiziaria, e non dagli arbitri d'appello. Ma quando l'appello è naturalmente devoluto all'autorità giudiziaria, quando, secondo la nostra procedura, l'autorità giudiziaria d'appello, pur riconoscendo insussistenti le nullità, deve pronunciare in merito, e quindi la questione dei gradi di giurisdizione non può più venire in campo, i ragionamenti della sentenza mancano di base. »

Sembrami però che nessuno di questi argomenti valga ad abbattere la forza di quelli addotti dalla Cassazione torinese.

L'esplicazione data all'art. 32 è assolutamente arbitraria; aggiunge ma non interpreta la legge; devia dal senso grammaticale e logico delle parole adoperate dal legislatore.

L'art. 32 infatti non dice già che anche allorquando siasi rinunciato all'appello (*vedi sentenza dell'Appello di Torino, n. 1*) si possa impugnare il lodo coll'azione apposita di nullità; ma le parole « *non ostante qualunque rinuncia* » si riferiscono unicamente ai mezzi di nullità tassativamente enumerati dall'art. 32, e ne proibiscono la rinuncia.

Dai precedenti storici accennati nella decisione della Suprema Corte di Torino è chiarito come l'azione di nullità del lodo siasi nel codice precedente tenuta distinta da quella di reclamo in appello per riforma del lodo medesimo.

Gli articoli 32 e 33 colle loro disposizioni affatto generali sembrami dimostrino che anche nel codice attuale si volle fare dell'azione di nullità un'azione indipendente dagli altri mezzi d'impugnativa, un'azione preliminare a qualsiasi esame ed indagine sul merito della sentenza arbitrale. Fu anzi perciò che si stabilì che dovesse conoscere della domanda di nullità la autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a decidere sulla controversia dando a questa la facoltà, nel caso dichiarare la nullità, di avocare il merito della questione.

Il giudizio sulla proposta azione di nullità doveva servire di mezzo a rimettere la controversia alla competenza ordinaria, se lo annullamento fosse pronunciato. Era quindi naturale che di questo giudizio si facesse una cosa separata e distinta dal ricorso in appello, poichè al giudice d'appello non si sarebbe potuto concedere il diritto di decidere la controversia, senza privare le parti del doppio grado di giurisdizione.

Nè vale l'osservare che non corrisponde al nostro sistema giudiziario l'ammissione dei due separati ricorsi per nullità e per gravame, poichè quello che non sarebbe conveniente riguardo alle sentenze dei giudici ordinari, è all'invece perfettamente logico quando si tratti di sentenze arbitrali, le quali essendo pronunciate da persone private non sono vere e proprie sentenze se non in quanto siano dichiarate e riconosciute immuni da quei gravissimi e sostanziali difetti previsti dall'art. 32.

34. Il compromesso cessa :

1. Per la revocazione della nomina degli arbitri, fatta di consenso delle parti, nella forma stabilita dall'art. 11 ;

2. Per la morte, la ricusazione, la desistenza o l'incapacità di uno dei medesimi, salvo patto contrario e quanto è stabilito nell'articolo 12 ;

3. Per la scadenza del termine stabilito nel compromesso, o in difetto, decorsi giorni novanta dal compromesso. Nel caso

Art. 116, 121, 403
c. ; 1151 seg., 1745
c. c.

dell'articolo 12, il termine decorre dal giorno in cui sono nominati tutti gli arbitri.

Se nel termine sia stata pronunciata sentenza non definitiva, decorre dalla data del decreto che la rese esecutiva un nuovo termine eguale a quello stabilito nel compromesso o dalla legge.

Gli arbitri che, accettata la nomina, e senza giusto motivo, desistano o non pronuncino nel termine stabilito, sono tenuti al risarcimento dei danni verso le parti.

1. L'atto di compromesso fatto regolarmente e da chi ha veste legittima per obbligarsi non perde efficacia, perchè uno dei compromettenti sia posteriormente caduto in fallimento. — *Appello Torino 29 dicembre 1866. Tesio—Accossato. Annali, I, 211.*

2. Allorchè gli arbitri vengono nominati dall'autorità giudiziaria, il termine per pronunciare la loro sentenza non decorre dal giorno della nomina, ma sibbene da quello in cui la nomina fu notificata a loro e alle parti interessate.

Il termine per pronunciare la sentenza arbitramentale e l'altro per depositare il rapporto, sono termini essenzialmente distinti. — *Cass. Napoli 17 dicembre 1870. Green—Magnonant. Annali, V, 169.*

3. Quando le parti si fossero riservata la facoltà di nominare altri arbitri, legalmente si dichiara cessato il compromesso se tale terzo arbitro non sia stato nominato dalle parti o dai due arbitri nel termine prefisso nel compromesso per la durata di questo, ed in difetto decorso il termine di 90 giorni. — *Appello Torino 19 marzo 1872. Depetro e Vahin—Ambrogio Mon. Giud. I, 551.*

4. Se le parti dispensarono l'arbitro dall'osservanza di qualsiasi termine, non è nullo il lodo perciò che pronunciato dopo i 90 giorni dalla data del compromesso.

È nullo però se fu depositato non già nella cancelleria della pretura, ma d'accordo fra le parti presso gli atti di un notaio. — *Appello Napoli 5 agosto 1872. Galdieri—Galdieri. Bettini, XXIV, 576.*

1. La revoca degli arbitri può essere anche tacita quando essa pure sia formale. Tale sarebbe la nomina di altri arbitri in luogo dei primi o la transazione. — *Borsari Comm. I, 73 - Mattei Annotaz.*

2. Gli stessi motivi per quali si possono recusare i giudici valgono anche per recusare gli arbitri. — *Borsari ib. - Mattei ib. - Gargiulo Comm. - Zaveri, p. 50 - Amar p. 147 - Carré e Chauveau quest. 3316.*

In mancanza di patto speciale, la cognizione dei motivi di ricusazione spetta all'autorità che sarebbe stata competente a decidere della controversia rimessa agli arbitri. — *Borsari Comm. art. 84 - Amar p. 150 - Carré e Chauveau quest. 3320 - Gargiulo Comm.*

3. L'atto di compromesso fatto regolarmente non perde efficacia perchè uno dei compromettenti sia posteriormente caduto in fallimento, e neppure nel caso di morte d'uno dei compromettenti stessi se gli eredi fossero maggiori. — *Mattei Annotaz.*

LIBRO PRIMO.

DELL'ORDINE E DELLA FORMA DEI GIUDIZI

TITOLO I.

DISPOSIZIONI GENERALI

35. Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve proporre la domanda davanti l'autorità giudiziaria competente.

36. Per proporre una domanda in giudizio, o per contraddire alla medesima, è necessario avervi interesse.

Le persone che non hanno il libero esercizio dei loro diritti devono essere rappresentate, assistite, o autorizzate a norma delle leggi che regolano il loro stato e la loro capacità.

1. L'interesse che si deve avere per proporre una domanda in giudizio può essere o effettivo o morale, quale sarebbe l'interesse della madre a che il figlio non sprechi il peculio donatogli. — *Cass. Napoli 6 maggio 1871. Fittipaldi—Pomarici. Bettini, XX, 314.*

2. L'interesse richiesto da questo art. per proporre una domanda in giudizio e per contraddire alla medesima può essere anche morale. — *Cass. Firenze 26 maggio 1874. Ciotti—Maciocchi. Bettini, XXVI, 354.*

1. L'interesse perchè possa servir di titolo all'ammissibilità di un'azione deve anzitutto essere *diretto*

Non è però necessario che sia propriamente *pecuniario*, basterebbe ben anche che fosse solo di *onore*.

Non può però giustificarsi l'esercizio di un'azione da parte di persona che si reputi lesa nelle sue individuali *affezioni, tendenze od abitudini* da un altrui fatto ancorchè repressibile, poichè, prescindendo dall'azione penale, che può intentarsi dal P. M., l'azione civile d'indennità deve fondarsi sopra un interesse *diretto e reale* e sopra un danno veramente sofferto nella *persona, nell'onore o nei beni*. — *Hélie Théo. d'instr. crim. n. 743 - Mangin Act. pub. et civile, n. 123.*

Un *interesse di famiglia*, come quello d'impedire l'usurpazione del cognome, fu giudicato sufficiente fondamento d'un'azione civile per far cessare l'usurpazione ed ottenere una condanna a danni interessi.

La difesa ed il risarcimento dell'onore e della riputazione domestica costituiscono pure un interesse comune alla famiglia intera, ed un congiunto può quindi domandare in via civile la riparazione della lesione mediamente

Art. 57, 136-138 c. p.
28, 134, 136, 224, 296, 320, 339, 432 seg. c.
art. 15 n. 4 legge 3 ago 1862; art. 48 reg.; art. n. 5, 93 n. 12, 102 n. 150, 172 n. 12, 180 n. 181 n. 1 legge com. pr 20 marzo 1865; R. D. luglio 1865; R. D. 25 g gno 1865.

sofferta per qualunque reato, allorchè l'offesa da esso prodotta ricada sopra tutta la famiglia. Non si può dunque confondere nei casi di danno cagionato da un reato il diritto a proporre la querela, utile e talvolta necessario a porre in movimento l'azione penale da esercitarsi dal P. M., col diritto di domandare la riparazione civile del danno.

Se è ristretto dal Cod. proc. pen. il numero di coloro che possono querelarsi di un reato di cui fu altri il soggetto passivo, assai più esteso è il numero di coloro che hanno interesse e quindi facoltà di chiedere in via civile l'indennità delle conseguenze dannose dell'altrui fatto. Anche quando il fatto costituisca un reato, la legge non restringe alle sole persone autorizzate a portar querela, il diritto di chiedere tale indennità, sia direttamente in sede civile, sia nello stesso giudizio penale mercè la costituzione di parte civile. Per costituirsi parte civile, infatti, basta risultare *offesi o danneggiati* da un reato ancorchè non se ne abbia portata querela.

Così nella questione se possa dar luogo ad azione in giudizio, specialmente per civile indennità, l'ingiuria commessa al nome ed alla memoria d'un defunto, e se al suo erede o a qualunque congiunto ne spetti l'esercizio, la soluzione sta nel vedere ed assicurare se l'ingiuria rifletta le sue conseguenze sui vivi, che sono perciò capaci di diritti, e se ad essi eziandio arrechi un danno reale; avvertendo che basta anche un danno semplicemente morale. Solo in questo caso esiste quell'interesse diretto da cui scaturisce la facoltà d'intentare un'azione.

Anche un *interesse di professione* è senza dubbio titolo bastevole a sperimentare azioni di risarcimento contro gli autori del danno; e la violazione ed usurpazione della proprietà industriale, del nome o d'una ditta sociale o di un titolo o denominazione che si appongano sopra oggetti d'industria o commercio o su opere d'ingegno, sottopone al risarcimento dei danni ed interessi, oltre l'esperimento dell'azione penale.

L'interesse, base di un'azione, deve pure essere *legittimo*. Un interesse è legittimo allorchè non à lo scopo di eccedere la misura dei propri diritti e d'invadere la sfera dei diritti altrui, d'infrangere le proibizioni della legge o della morale, o di esercitare una libertà di azione o una prerogativa che non può essere utile ad altro se non a creare il pericolo di un abuso o a renderne impossibile lo scoprimento e la repressione.

La giurisprudenza sembra poi inclinata a riconoscere che non si abbia a considerare come *legittimo* interesse di un proprietario quell'uso ed esercizio della sua proprietà, che senza essere a lui di alcuna utilità o beneficio, arrechi offesa al *legittimo interesse* di altri.

Ultimo requisito dell'interesse è che esso sia *attuale*, cioè riguardi la preservazione di un diritto o legittima facoltà che già esiste. Un diritto condizionato crea però un interesse attuale, perchè la condizione sospende lo esercizio non l'attuale nascimento del diritto.

Anche la minaccia di un *danno eventuale* può divenire la base legittima di un'azione, allorchè questa minaccia costituisce per sè stessa una *turbativa attuale* del pacifico e sicuro possesso dell'attore. — Dalloz. *Rép. V Action* n. 218 - Sargé *Istit.* 94 - Mancini, *Comm.* II, n. LXVIII - Borsari *Comm.*

2. I giudizi di giattanza o provocatori sono aboliti?

Il procedimento di giattanza, mercè il quale è lecito a chiunque di chiamare in giudizio una persona che si vanta di aver contro di lui facoltà e ragioni di qualunque sorta suscettive di giudiziale esperimento e di obbligarla a proporre tali ragioni alla decisione del magistrato dentro un termine da prescriversi da quest'ultimo, sotto pena che in difetto, e trascorso codesto termine, la persona medesima s'intenderà decaduta da qualsiasi diritto e dal giudicato le verrà imposto perpetuo silenzio, trovasi mantenuto nel Reg. gen. del Proc. civ. Aust. del 1815, sotto il titolo di *Processo provocatorio per diffamazione*, ed in quello del Canton Ticino del 1843.

Il nostro codice non ne fa parola, ed i giudizi di giattanza o provocatori devono ormai considerarsi aboliti. — Mancini *Comm.* II, n. LXXX.

Però non si devono intendere vietati coi giudizi di giattanza tutti i giudizi preventivi. Anzi in genere sarà proponibile innanzi ai tribunali un'azione per garantire un vero diritto, sia che il medesimo possa esercitarsi soltanto

in futuro, ma attualmente si trovi contraddetto o impugnato, sia che attualmente esercitandosi, ne sia pregiudicata da pericoli o minacce la sicurezza per l'avvenire. — Mancini *Comm.* II, n. CIII.

3. Se l'atto di citazione fosse fatto a nome di persona incapace o bisognevole dell'altrui autorizzazione, assistenza o consenso, sarebbe in tal caso il giudizio siffattamente nullo dalla sua radice che il posteriore intervento della necessaria autorizzazione, consenso o assistenza, non avesse virtù di ridurre a integrità e legittimità la qualità dell'attore?

Sebbene l'incapacità dell'attore possa rilevarsi dallo stesso convenuto, pure non v'è disposizione di legge che obblighi il giudice ad annullare la citazione ed il procedimento, anziché sospenderlo fino a che l'incapace non legittimi la sua presenza in giudizio. Aggiungasi che ogni nullità degli atti di persone incapaci è semplicemente relativa e scritta in loro favore. E come le nullità di forma delle obbligazioni degli incapaci si ponno rettificare mercè l'adempimento delle formalità richieste, non v'ha ragione per ritenere insanabili i vizi di una procedura giudiziale derivanti dal difetto di capacità dell'attore, allorché nel corso di essa venissero supplite le mancate formalità.

La giurisprudenza francese fu di questo avviso.

Più dubbiosa potrebbe a primo aspetto sembrare la questione nel caso in cui si opponesse esser tardiva la rettificazione del procedimento avendo già l'avversario acquisito un diritto, per esempio la prescrizione. Ma è facile ribattere, che non può esservi un diritto acquistato alla nullità finché l'altra parte conserva per legge la facoltà di far valere e sussistere l'atto che s'impugna.

Così pensano D'Argentré (*sur la coutume de Bretagne art. 459 n. 2, p. 1801*) e Troplong (*Prescription n. 599*). Tale opinione è poi sorretta dall'art. 2128 cod. civ. che dichiara non interrotta la prescrizione solo da una citazione *nulla per difetto di forma* e non anche per altri motivi. — Mancini-Pisanelli-Scialoja *Comm.* II, n. LXII seg.

37. Ogni domanda è proposta con atto di citazione, salvo che la legge stabilisca un'altra forma, o le parti compariscano volontariamente, osservate del resto le forme proprie di ciascun procedimento.

Art. 778 seg. c. p. c.

1. Nulla impedisce che dedotta un'azione si faccia ricorso ad altra, sempre che la legge nol vieti, come nel caso di un'azione petitoria, dopo la quale è vietato di istituire l'azione possessoria. — *Cass. Napoli 22 giugno 1869. Stella—Stella. Gazz. del Proc., IV, 496.*

2. Può l'attore proporre in uno stesso giudizio più azioni in modo alternativo a sostegno del suo intento, e la sentenza che respingendo l'una non si cura delle altre, viola la legge. — *Cass. Torino 27 luglio 1871. Vigliani—Delleani. Giurisprudenza VIII, 583.*

1. Anche quando sia richiesta la citazione, possono le parti presentarsi volontariamente davanti l'autorità giudiziaria per far valere le loro ragioni. Siffatta facoltà non proscioglie i litiganti dall'osservanza di tutte le altre forme che governano ciascun procedimento giudiziario.

Ammettendo che le parti possano presentarsi volontariamente in giudizio, non si dispensano che dalla notificazione della domanda per atto di usciere. *Relazione Pisanelli.*

2. Dal precetto di questo art. alcuni deducono la illazione del divieto del cumulo di più domande nello stesso giudizio e del cangiamento di azione. Ma tale teoria è esorbitantemente rigorosa e non armonizza colle altre disposizioni del nostro codice, ad esempio col sistema della citazione, opera

dell'uscire, coll'istruzione della causa interamente abbandonata ai procuratori delle parti senza ingerenza del giudice, coll'obbligo della conclusoria, colla libera ed ampia facoltà degli interventi in causa, ecc. ecc.

Una licenza quindi di correggere, riformare o ampliare la domanda e anche mutarla, non si può diniegarla nel sistema del moderno rito processuale, atteso che i limiti della lite non rimangono sempre inesorabilmente circoscritti alle domande di citazione. Tant'è che nella sentenza dev'essere riportare non quelle formulate in citazione, ma bensì le conclusioni prese in causa durante la istruzione.

Devono quindi ritenersi permessi quei cambiamenti, i quali non immutano radicalmente la sostanza, il soggetto, il titolo, il genere dell'azione promossa; e contenendosi nell'orbita di questa, si può restringere, riformare, correggere, mutare, ampliare la domanda introduttiva. Ben inteso però che non si potrebbe mutare radicalmente la sostanza, nè il genere dell'azione, così ad esempio iniziare il giudizio per la rivendicazione di uno stabile per approdare a quella di un cavallo. — *Avv. Scotti Gior. delle Leggi*, V. n. 22.

38. Non si può statuire sopra alcuna domanda se non sentita o debitamente citata la parte contro cui è proposta, eccettuati i casi determinati dalla legge.

1. La nullità radicale d'un provvedimento d'istruzione, emanato incompetentemente dal presidente o dal giudice delegato per semplice decreto sopra ricorso della sola parte istante, senza previa citazione dell'altra, può sempre opporsi in qualsiasi tempo, anche scorso il termine dei tre giorni dalla eseguita notificazione (183, 209) e fino all'istante in cui si pretenda di darvi esecuzione.

Qualsiasi istanza fatta in corso di causa per semplice ricorso, non riveste i caratteri di comparsa giudiziale ed è per conseguenza inattendibile e nulla (162). — *Appello Brescia 18 marzo 1867. Congr. di carità di Bergamo—Arioli e Comp. Annali*, I, 414.

39. La notificazione di qualunque atto, che la legge dichiara doversi fare alla parte personalmente, si fa mediante consegna di copia dell'atto nei modi stabiliti per la citazione.

40. Quando, a norma dell'articolo 19 del codice civile, si elegga domicilio in un comune senza indicare la persona o l'ufficio presso cui si elegge, l'elezione produce soltanto l'effetto di determinare la competenza.

Quando sia indicata una persona o un ufficio presso cui si elegge domicilio, tutte le notificazioni relative all'atto per cui si fece l'elezione possono eseguirsi al domicilio eletto, salvo i casi indicati nel capoverso dell'articolo 140.

41. Gli uscieri procedono alle citazioni, notificazioni, e agli altri atti del loro ministero senza permesso dell'autorità giudiziaria, salvo i casi in cui la legge stabilisca diversamente.

Gli uscieri sono tenuti di indicare nell'originale e nella copia degli atti ai quali procedono le spese dei medesimi, sotto pena dell'ammenda di lire cinque.

Gli uscieri non possono fare atti del loro ministero che riguardino sé stessi, la loro moglie, i loro parenti o affini sino al quarto grado inclusivamente, sotto pena di nullità.

Art. 154, 778 seg., 794, 825, 845, 847, 921 seg. c. p. c.

Art. 135, 139 c. p. c.

Art. 95 c. p. c.

Art. 18, 10, 173, 174, 175, 176 - 188, 250 - 253 ord. giud.; 76, 80, 81, 82, 83, 85-88 reg. giud.; 385, 788 c. p. c.; 52, 179, 180 c. c.

1. L'usciera, il quale esercita le sue funzioni fuori delle sue attribuzioni, fa un atto nullo e senza effetti giuridici. — *Consiglio di Stato 4 luglio 1863, Bettini, 1863, III, 88* — *Appello Lucca 30 marzo 1866, Annali, I, 30 e 149* — *Appello Firenze 17 luglio 1867, Annali, II, 260* — *Cass. Firenze 30 dicembre 1869.* = *Contra: Appello Napoli 18 febbraio 1867, Annali, I, 432.*

2. L'usciera addetto ad una pretura esistente in un Comune dove risiede anche un tribunale, è competente a eseguire, nella circoscrizione territoriale della pretura stessa, una citazione a comparire avanti un tribunale esistente in altro Comune. — *Appello Venezia, 24 gennaio 1875, Pavan—Vanzo. Mon. Trib., XVI, 369.*

3. Vedi art. 132, sent. n. 1, 5, 7, 8.

1. L'art. 175 del r. decreto 6 dicembre 1865 sull'ordinamento giudiziario regola la competenza degli uscieri nel modo seguente:

« Gli uscieri delle corti e dei tribunali fanno esclusivamente gli atti propri del loro ministero per gli affari di competenza della corte o del tribunale a cui appartengono nel comune di loro residenza. Quelli delle preture esercitano le loro funzioni per gli affari di competenza della pretura a cui sono addetti in tutto il mandamento. Gli uni e gli altri possono, salve le dette riserve, esercitare indistintamente gli atti propri del loro ministero per tutta la circoscrizione territoriale della corte, del tribunale e della pretura da cui dipendono ».

2. L'usciera, il quale esercita le sue funzioni fuori delle sue attribuzioni non può dar forza obbligatoria e giuridica agli atti da lui eseguiti, i quali non hanno veruna efficacia come se fossero fatti da persone private. — *Borsari Comm. I, p. 81* — *Merlin Quest. du droit, v. huissier, e rép. alla v. s. § 8* — *Carré Lois, Proc. civ. quest. 9* = *Contra: Pigeau Comm. t. I* — *Chauveau in Carré quest. 9* — *Scialoja Comm. cod. Sardo, I, 2, n. CXLIII.*

42 Gli atti di citazione, di notificazione, e di esecuzione non possono farsi, dal 1.º ottobre sino al 31 marzo, prima delle ore sette del mattino e dopo le cinque della sera, e, dal 1.º aprile al 30 settembre, prima delle ore cinque del mattino e dopo le ore otto di sera, sotto pena di nullità.

Art. 304 reg. giud.

Gli atti di citazione e di notificazione, qualunque sia la natura dell'atto notificato, possono farsi nei giorni festivi.

Gli atti di esecuzione, eccettuati il pignoramento e il sequestro presso terzi, non possono farsi, sotto pena di nullità, nei giorni festivi, se non in caso d'urgenza, con permissione del pretore.

Per gli altri atti giudiziari che possono farsi nei giorni festivi provvede il regolamento.

43. Nel computo dei termini misurati a giorni o a periodi maggiori non si comprende il giorno della notificazione.

Art. 154 c. p. c.

Nei termini misurati a ore non si comprende l'ora della notificazione.

I giorni festivi si computano nei termini.

1. Questo art. allude soltanto al giorno della notificazione della sentenza col quale (non compreso) comincia a decorrere il termine per appellare, e non anche a quello in cui l'appellante produce il suo atto di appella-

zione. Perciò nel termine per appellare è compreso quello nel quale avviene la notificazione della citazione. — *Appello Milano 21 agosto 1866. Mon. Trib.*, VII, 891.

2. Nel termine ad appellare non si comprende nè il giorno della notificazione della sentenza, nè il giorno della notificazione dell'atto d'appello. — *Appello Napoli 28 gennaio 1867. Del Giudice—Sorrentino. Annali*, I, 171.

3. Nel termine ad appellare non deve comprendersi il giorno della notificazione della sentenza, ma si deve però comprendere quello della notificazione dell'atto d'appello. *Cass. Napoli 11 settembre 1867. Cavallaro—Micò. Annali*, I, 401.

4. Il giorno della comparizione è compreso nel termine della citazione. — *Cass. Firenze 9 novembre 1871. Battaglini—Gualandini. Gior. delle Leggi* III, 85.

5. A termini di questo articolo e della giurisprudenza, l'esclusione dal termine del giorno della notificazione, si riferisce esclusivamente a quello della notificazione della sentenza e non a quello della notificazione dell'atto d'appello. — *Cass. Torino 6 marzo 1873. Arasconi—Halim Pascià. Bettini XXV*, 190.

1. Nel termine per appellare va compreso il giorno della notificazione dell'atto d'appello. — *Orefici Mon. Trib.* VIII, 637 - *Redazione Annali* I, 171.

2. Il giorno della scadenza va computato nel termine. — *Mattei Annotaz. - Borsari Comm. - Pisanelli Comm. cod. Sardo*, V, 2, CDXXX.

Art. 246 reg.

44. Quando nel giorno fissato per la comparizione non vi sia udienza, si deve comparire all'udienza immediatamente successiva.

La disposizione di questo art. ha per effetto che il termine assegnato si intende aumentato e protratto *ipso jure* fino al giorno dell'udienza successiva al di festivo e che questo termine maggiore si debba ritenere per quello stato effettivamente assegnato in citazione.

Consequentemente non può dirsi nullo un atto di citazione portante assegnazione di termine a comparire, minore di quello di dieci giorni stabilito dall'art. 703, ogni qualvolta il detto termine si trovi di fatto aumentato e protratto fino al limite legale, per effetto della disposizione di questo articolo. — *Appello Modena 3 marzo 1874. Cuniberti—Ricci. Mon. Trib.*, XV, 823.

45. Quando la legge stabilisca un termine da decorrere dalla notificazione, questo termine decorre anche contro la parte a cui istanza è seguita la notificazione, salvo che la legge abbia diversamente stabilito.

La disposizione di questo articolo, relativa alla decorrenza dei termini, riguarda non solo i termini stabiliti dalla legge, ma anche quelli prefiniti dal giudice. — *Cass. Firenze 23 dicembre 1872. Norchi—Norchi. Gazz. dei Trib. di Napoli 2 giugno 1872.*

Art. 56, 177, 232 seg.
279, 418 c. p. c.

46. I termini, scaduti i quali la legge stabilisce la decadenza o la nullità, sono perentori e non possono essere prorogati dall'autorità giudiziaria, salvo i casi eccettuati dalla legge.

1. I termini stabiliti con sentenza sono perentori quando sono accompagnati da una sanzione per il loro trascorso. — *Appello Torino* 23 novembre 1869. *Torre—Matthews. Giurisprudenza*, VII, 101 — *Appello Napoli* 18 giugno 1869. *Milosa—Ferri. Gazz. del Proc.*, IV, 257.

2. I termini concessi dal magistrato senza pena di decadenza sono essenzialmente prorogabili. — *Appello Napoli* 14 febbraio 1873. *De Ciampis—Iose. Gior. dei Trib.* III, n. 40.

3. Quando il termine concesso dal giudice per eseguire un dato incumbente fu chiamato *perentorio*, od accompagnato dalla comminazione della decadenza, non può essere più dallo stesso giudice prorogato. — *Appello Genova* 20 dicembre 1873. *Musso—Maglione. Gior. delle Leggi* V, n. 29.

47. Nei casi in cui il termine può essere prorogato, non è luogo a proroga, se la domanda non sia stata proposta prima della scadenza del termine.

Non può accordarsi che una proroga, salvo il caso di forza maggiore giustificata e dichiarata nel provvedimento di proroga, o di consenso dato dalle parti, non soltanto dai loro procuratori.

1. L'istanza per proroga basta sia proposta prima della scadenza del termine da prorogarsi, e non è necessario che la proroga sia accordata entro il termine stesso, considerato nella sua materiale espressione. — *Appello Brescia* 11 dicembre 1867. *Piazzoni—Arrigoni. Annali*, II, 135.

2. È nulla e come non avvenuta una seconda proroga di termini accordata per consenso delle parti, sopra domanda dei soli procuratori di esse. — *Appello Torino* 26 aprile 1872. *Ferrero—Comune di Cervere U. cc. Giurisprudenza* IX, 468.

3. Il disposto di questo articolo che proibisce una seconda proroga, non è applicabile quando in un giudizio il termine per far seguire la prova testimoniale era stato prorogato non a richiesta delle parti, ma dello stesso giudice delegato per gravi motivi d'ufficio. — *Appello Torino* 2 maggio 1873. *Faldella—Castiglione. Gior. dei Trib.* II, n. 246.

48. Quando la legge richieda la presentazione di un mandato, questo deve essere in forma autentica, o per scritto privato con autenticazione delle firme, salvo la legge determini altra forma.

Art. 138 c. p. c.; 1315
1323 c. c.

Per le amministrazioni dello Stato basta che il mandato sia sottoscritto dal capo, nel circondario o nella provincia, dell'amministrazione interessata, e munito del sigillo d'ufficio.

Il bollo d'ufficio, che deve porsi sul mandato conferito dalle Amministrazioni dello Stato, non è prescritto a pena di nullità ed in specie se non siavi ragione di dubitare della verità della scrittura. — *Cass. Napoli* 22 settembre 1870. *Demanio—Capitolo Sant'Agata. Annali*, IV, 321.

Le procure per comparire innanzi ai conciliatori sono soggette al bollo di cent. 10. Ciò fu anche ritenuto con nota ministeriale 8 ottobre 1866, n. 42-416. Le medesime anche se siano in atto a brevetto saranno fatte in carta da cent. 10, come in carta da cent. 50 se siano per comparire davanti ai pretori. — *Gargiulo Comm.* p. 109.

49. Quando la legge imponga l'obbligo della sottoscrizione a un atto, se chi deve sottoscrivere non possa o non voglia, ne è fatta menzione.

50. 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.

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'ufficio, hanno nome di ordinanze, e sono trascritti nei registri.

Qualunque ricorso alle corti, ai tribunali civili, ai rispettivi presidenti o giudici delegati deve essere sottoscritto da un procuratore o avvocato esercente presso esse corti o tribunali, salvo le eccezioni stabilite dalla legge.

1. Le ordinanze per le quali si richiede la preventiva citazione della parte avversaria sono soltanto quelle che pronunciano sopra domande tendenti a far valere un diritto. — *Appello Brescia 1 febbraio 1872. Sedaboni—Sedaboni. Mon. Trib., XIII, 200.*

2. Nella prescrizione generale dell'art. presente che qualunque ricorso alle corti ed ai tribunali, e rispettivi presidenti e giudici delegati, deve essere sottoscritto da un avvocato esercente, sono compresi anche i ricorsi in materia di volontaria giurisdizione. — *Appello Venezia 15 febbraio 1872. Poma. Mon. Giud., I, 298.*

3. Ogni provvedimento nel corso della causa emanato dall'autorità giudiziaria è ordinanza se sia stato provocato dalle concordi istanze delle parti, ovvero se, senza tale accordo, sia tale un provvedimento, che, in nulla offendendo l'interesse o i diritti quesiti dalle parti, riguardi soltanto il regolare andamento del giudizio; ma quando tale provvedimento rechi ad una delle parti un pregiudizio certo, allora il pronunciato in corso di causa deve ritenersi una sentenza. — *Cass. Palermo 19 aprile 1873. Stelzig II. cc.—Tortorici. Gior. dei Trib., II, n. 170.*

Il decreto è veramente un atto dell'amministrativo giudiziario; risolve il ricorso; ma sono chiamate ordinanze quelle risoluzioni che quantunque proferite senza citazione, si traducono poi in sentenza, e sono base e causa di un giudizio contraddittorio. — *Borsari Comm. I, p. 97.*

51. Quando l'autorità giudiziaria debba assumere informazioni o accertare qualche fatto senza contraddittorio di parte, vi provvede sul ricorso dell'interessato e ne fa processo verbale.

52. Le udienze dell'autorità giudiziaria sono pubbliche, sotto pena di nullità.

Quando la pubblicità possa riescire pericolosa al buon ordine o al buon costume per l'indole della causa, e negli altri casi stabiliti dalla legge, l'autorità giudiziaria, sulla richiesta del ministero pubblico o d'ufficio, ordina che la discussione abbia luogo a porte chiuse.

Il provvedimento è pronunciato in udienza pubblica, ed inserito coi motivi nel processo verbale d'udienza.

Art. 62, 141, 130, 146, 154, 170, 178, 182, 185, 186, 209, 215, 217, 223, 233, 252, 284, 301, 312, 362, 367 seg., 438, 473, 778 seg., 877, 914, 925, ecc. c. p. c.; art. 274 n. 6, 303, 304 reg. giud.

Art. 25, 119 seg., 786 ecc. c. p. c.

Art. 348, 355 c. p. c.; 72 stat. fond.; 244 seg. reg. giud.

53. Le autorità giudiziarie in tutti gli atti, ai quali procedono, devono essere assistite dal cancelliere o da chi ne faccia legalmente le veci.

Art. 360, 361 lc. p.
153, 159 ord. giud.

Ai cancellieri, e a chi ne faccia le veci, è applicabile la disposizione del capoverso ultimo dell'articolo 41.

È nulla l'ordinanza od altro atto non contrassegnato dal Cancelliere. — Borsari *Comm.* I, p. 89, (art. 362). Pare invece ne dubiti assai il Mattei (*Annotaz.*) perchè la nullità non sarebbe stata espressamente dichiarata.

54. Le sentenze delle autorità giudiziarie sono pronunciate in nome del re.

55. Il cancelliere che dia copia di una sentenza prima che sia sottoscritta e pubblicata, è punito a norma del codice penale.

56. Non può pronunciarsi 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.

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 pronunciate d'ufficio.

La nullità della citazione, che non è stata dedotta dal citato, non può dedursi da veruno dei suoi contraddittori. — *Cass. Torino 31 luglio 1866. Ballarini—Torazzi ll. cc. Annali, I, 137.*

1. Due sono le specie di nullità: Le *essenziali* derivanti dal fatto della mancanza di alcuni degli elementi veramente necessari a costituire l'essenza stessa di un atto, ed a *conseguire lo scopo* cui è destinato, per modo che, ove manchino, esso trovasi ridotto alla condizione giuridica di *non esistenza*. E le *accidentali* le quali dipendono dal fatto di non essersi prestate quelle maggiori *garantie e precauzioni*, che per sicurezza ed autenticità dell'atto, e per renderlo più certo il conseguimento del suo scopo, furono *presunte necessarie* da una disposizione espressa di legge.

Il fondamento razionale delle nullità essenziali è la stessa *inesistenza* dell'atto destituito di ciò che è *necessario* a costituirlo tale quale per la sua essenza deve essere, e ch'è *necessario* altresì a far raggiungere il suo scopo giuridico.

Il fondamento razionale delle nullità *accidentali* è una *presunzione* della legge di *necessità* di maggiori e speciali cautele e garanzie che la stessa prescrive.

Le *nullità essenziali* perciò non sono create dalla legge, ma dall'indole propria e dallo scopo degli atti, e da naturale *necessità*, senza bisogno che sieno espressamente stabilite nel testo dei Codici.

Le *accidentali* intanto esistono e possono applicarsi, in quanto il legislatore le crea e stabilisce con una disposizione chiara ed espressa. — Mancini-Pisanelli-Scialoja *Comm.* II, n. CXL.

2. Sul tema delle nullità ecco come si espresse il Pisanelli nella relazione che accompagnava il progetto del nuovo Codice, spiegando quella disposizione che formò poi l'articolo presente:

« Riguardo alla nullità degli atti sorge una questione di sistema.

« Tutte le formalità stabilite dalla legge per gli atti di procedura devono essere garantite colla minaccia della nullità dell'atto, in caso che non fossero scrupolosamente adempite?

« La dottrina degli scrittori e le legislazioni positive sono ben lontane dall'essere concordi nel rispondere a siffatto quesito.

« Secondo certuni si potrebbero considerare validi quei soli atti di procedura, nei quali la legge siasi esattamente osservata; l'inosservanza di qualsivoglia precetto legislativo dovrebbe avere per conseguenza la nullità dell'atto, onde tutte le formalità sarebbero egualmente importanti e di rigore. È il sistema più semplice. Ma esso non può evitare l'accusa di rigore ingiusto perchè soverchio, d'imperfetta applicazione dei principii razionali del diritto, perchè sacrifica assolutamente il fine ai mezzi, il merito ad una forma puramente secondaria, la buona fede al cavillo, il diritto al pretesto; l'accusa che i filosofi non si stancarono mai di prodigare contro lo antiquato adagio: *la forme emporte le fond.*

« Un'altra teoria rappresenta l'eccesso affatto contrario. Al principio della giuridica *inefficacia* o *inesistenza* degli atti, nei quali non siansi adempiute le forme prescritte, viene surrogato il principio di *suspizione*; che è quanto dire, l'inosservanza della legge e l'omissione delle richieste formalità, facendo supporre la malafede, metterebbero la parte interessata a sostenere gli atti impugnati nell'obbligo di fornire una prova idonea a distruggere la suspizione legittima. Al rigorismo verrebbe pertanto sostituita la rilassatezza, al precetto della legge un arbitrio senza limiti; il sistema della legalità scomparirebbe affatto, lo che non si può ammettere in veruna parte della legislazione, e tanto meno in materia di forme.

« Altri si limitano ad ammettere soltanto un sistema legale delle nullità, quando cioè la nullità fu espressamente pronunziata dalla legge; essa costituirebbe allora una presunzione *juris et de jure* contro la quale non sarà ammissibile alcuna prova, salvo i casi in cui la legge stessa la riserbasse. Questa teorica presenta una soluzione pratica anziché razionale del problema. Giova inoltre por mente essere difficile la sua attuazione, poichè il legislatore provvedendo intorno a ciascun atto, non può arrestarsi ad ogni passo per dichiarare quali siano le forme, la cui inosservanza porti seco la nullità dell'atto; epperò vuolsi anche in tale materia lasciare dominante il principio generale di diritto, secondo il quale ogni atto è nullo se manca delle forme essenziali a costituirlo.

« Quest'ultima considerazione mena direttamente ad una teorica più razionale, che il progetto cercò di attuare nelle sue disposizioni.

« Essa distingue nelle forme degli atti le *essenziali* dalle *accidentali*; dal solo difetto delle prime fa dipendere la nullità dell'atto, ancorchè la legge stessa non dichiarasse espressamente una tale conseguenza, non così dal difetto delle altre, se non in quanto la legge lo abbia espressamente dichiarato.

« L'*essenza* degli atti di procedura, come di ogni altro atto, si determina dalla loro natura e destinazione. Un atto in cui mancano gli *elementi* senza dei quali degenera in una natura essenzialmente diversa, o mancano le *condizioni* ossia i *mezzi necessari* a raggiungere lo scopo al quale sia predisposto ed ordinato dalla legge, difetta della *forma essenziale*. Può dirsi che esso, piuttosto che annullabile, sia nullo e giuridicamente inesistente.

« Applicando tale criterio all'atto di citazione

« Quando siansi adempiute le forme essenziali, l'atto ha quanto è necessario perchè esista. Ma vi sono atti di tale importanza, che la legge non deve appagarsi di ciò che può bastare nei casi ordinari: occorre altresì nell'argomento della procedura, come negli altri atti della vita civile, di ordinare una serie di accessorie garanzie e precauzioni tendenti sempre allo stesso scopo, quello d'impedire errori e pericoli funesti per gli interessi dei cittadini.

« A tali cautele appartengono le forme *accidentali*, che non sono propriamente richieste per dare esistenza all'atto come costitutive della sua *essenza*, ma sono opportune per circondarlo di maggiore sicurezza, per meglio garantire il conseguimento del fine cui è destinato.

« Queste formalità costantemente *utili*, perchè non di rado e supposte certe condizioni, potrebbero trasformarsi in relativamente *necessarie*, devono essere imposte all'osservanza della parte, comminando altrimenti la nullità dell'atto. Anche qui la legittimità delle sanzioni riposa pertanto, non sull'ar-

bitrio legislativo, ma sul titolo della loro necessità di mezzo per attuare in tutte le possibili contingenze l'efficace protezione dei diritti.

« Senonchè tale necessità non essendo assoluta e dimostrabile *a priori*, ma soltanto relativa e presunta, perchè in molti casi possono mancare le condizioni di fatto abili a renderla effettiva e reale, ne viene che contro la presunzione stabilita dalla legge vuolsi ammettere la prova contraria. Il Giudice dovrà quindi apprezzare le varie circostanze del caso concreto, per determinare se l'inosservanza delle forme accidentali dia luogo ad una assoluta incertezza sopra ciò che doveva essere indicato od espresso.

« Stando alle premesse osservazioni sembra doversi concludere, che per l'inosservanza delle forme essenziali non sia necessario che la nullità dell'atto venga pronunziata dalla legge, presentandosi essa nella natura delle cose come una conseguenza inevitabile; mentre nelle forme accidentali la nullità non essendo un effetto inerente alla costituzione dell'atto, non v'ha dubbio che tale effetto deve essere espressamente dichiarato.

« Ma questa distinzione, che risponde pienamente ai principj della teoria, non andrebbe però scevra di gravi inconvenienti nella sua pratica applicazione, quando le disposizioni della legge vi si informassero assolutamente. Ove il legislatore nel determinare le forme richieste per ciascun atto di procedura, si limitasse a dichiararne la nullità per l'inosservanza delle forme accidentali, potrebbe taluno avvisare, argomentando a contrario, che la osservanza delle altre non sia necessaria per la validità dell'atto medesimo. Inoltre, se non può dubitarsi sul carattere essenziale di molte forme, per alcune altre possono elevarsi quistioni gravissime su tale carattere; non è quindi inopportuno di escludere il dubbio, dichiarando anche espressamente la nullità dell'atto per non essersi adempiute forme reputate essenziali.

« È bensì vero che il legislatore non può adempiere intieramente a tale compito, imperocchè, come fu più sopra avvertito, riesce di soverchia mole la designazione speciale, per ciascun atto, delle forme la cui inosservanza porta inevitabilmente la nullità del medesimo, ma sarà pur sempre un beneficio l'adempirvi in parte negli atti più frequenti e di maggiore importanza, provvedendo riguardo agli altri con una regola generale che valga ad assicurare l'osservanza delle forme essenziali, e garantire ad un tempo l'esistenza dell'atto quando le forme accidentali, rimaste inosservate, non siano dalla legge credute relativamente necessarie.

« L'accennata regola formulata dal Codice Sardo venne riprodotta dal progetto. Per essa viene stabilito che non potrà dichiararsi nullo alcun atto di procedura, se la legge non ne pronunzia la nullità, ma potranno tuttavia annullarsi quegli atti che mancano delle forme che ne costituiscono l'esistenza ».

57. La violazione o l'omissione delle formalità dalla legge stabilite nell'interesse di una delle parti non può essere opposta dall'altra.

Art. 36, 190 c. p. c.
c. c.

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 rinunciato.

1. Si ritiene che l'appellato abbia rinunciato a dedurre la nullità della citazione perchè notificata al domicilio del procuratore invece che al domicilio eletto, quando egli non l'abbia dedotta prima della conclusionale. *Appello Napoli 29 agosto 1866. Vanditelli—Coletti. Annali, I, 124.*

2. Le parti contendenti non possono opporre nemmeno in via di casazione le nullità di forma a cui esse stesse o per mezzo dei loro rappresentanti dettero occasione. — *Cass. Firenze 18 gennaio 1869. Annali, III, 37.*

3. La nullità della notificazione di un atto o sentenza non può opporsi mai dal notificante, ma solo dal notificato, il quale è libero di

rimetterla col non dedurla in suo prò. — *Cass. Torino 27 marzo 1873. Lingua U. cc.— Della Lunga U. cc. Mon. Trib. XIV, 507.— Cass. Torino 21 dicembre 1866. Ferrovia Umbra—Sacuto. Annali, I, 221.*

4. Vedi art. 56, sent. n. 2.

Come si rinuncia tacitamente ad una nullità?

Se la legge impone un termine per opporla, col silenzio. Si rinuncia poi tacitamente proseguendo il processo senza curarsi della nullità già incorsa e nota, o si fanno atti incompatibili colla eccezione di nullità. — *Borsari Comm. I, p. 93.*

Art. 145, 249, 250 c. p. c.

58. La nullità di un atto non importa la nullità degli atti precedenti e dei consecutivi indipendenti dal medesimo.

L'atto nullo non può essere rinnovato, scaduto il termine perentorio per farlo, salvo i casi determinati dalla legge.

Sebbene l'atto nullo possa essere rinnovato, non si può tuttavia far la rinnovazione dopo spirato il termine. Per conseguenza il notificato à un *jus* quesito a far dichiarare il notificante decaduto dall'esercizio di un diritto, per esempio, dall'esperimento di una prova. — *Cass. Torino 21 dicembre 1866. Ferrovia Umbra-Sacuto. Annali, I, 221.*

1. Ammesso non essere necessaria la notificazione della sentenza di prima istanza per appellare, e che il termine comincia a decorrere dalla regolare notifica della sentenza; dichiarata nulla una prima citazione di appello può l'appello rinnovarsi se non è trascorso il termine, purchè il secondo giudice non abbia anche pronunciato in merito. — *A. Scotti, Mon. Trib. VII, 1112 — Pisanelli Comm. IV, p. 191 seg.*

Art. 247, 249, 292 seg. reg. giud.; 249, 783 c. p. c.; 1151 seg. c. c.

59. Le spese degli atti e dei procedimenti nulli sono a carico degli ufficiali ai quali la nullità sia imputabile.

I detti ufficiali possono anche essere condannati in una pena pecuniaria da lire dieci a lire centocinquanta, oltre il risarcimento dei danni verso le parti.

1. Le autorità giudicanti e i giudici non possono essere condannati nelle spese dei processi annullati, spettando contro loro solo l'azione di responsabilità civile, a tenore dell'art. 783 cod. proc. civ.

Questo art. riguarda gli atti di istruttoria affidati ai cancellieri ed agli uscieri. — *Cass. Firenze 7 agosto 1873. Pub. Min.—Valeri. Mon. Giud., II, 564.*

2. Quando per fatto dell'usciera, un atto d'appello o un ricorso in cassazione non sia stato notificato a tempo, sì che la parte abbia perduto il beneficio di quei rimedi, l'usciera è responsabile dei danni verso la parte, ove questa provi che se il procedimento avesse fatto il suo corso essa avrebbe riportato vittoria. — *Cass. Firenze 24 novembre 1873 Giun-
tini—Sardelli. Bettini XXV, 791.*

Alla rigorosità della disposizione del primo alinea di questo articolo la giurisprudenza à recato dei temperamenti e cioè: quando l'atto sia giustificato da ragioni plausibili e dallo stato incerto della giurisprudenza, quando l'ufficiale non abbia proceduto che a domanda espressa della parte di cui è

il rappresentante, quando l'atto arguito di nullità sia stato redatto dalla parte medesima di cui egli non ha fatto che eseguire gli ordini. In una parola l'ufficiale non sarebbe responsabile se non quando fosse intervenuto da parte sua dolo, imperizia o grave errore. — Carré II *quest.* 3395 - Mattei *Annotaz.*

60. Quantunque l'atto non sia dichiarato nullo, il cancelliere, il procuratore, o l'uscieri che non abbia osservato le disposizioni della legge può essere condannato in una pena pecuniaria non minore di lire cinque e non maggiore di cento, salvo i casi in cui la legge stabilisca pene speciali.

Art. 170, 177 ecc. c.
c.; 282 reg. giud.

61. Se l'ufficiale o il procuratore abbia ecceduto i limiti del suo ministero, o se per negligenza abbia ritardato l'istruzione o il compimento della causa, può essere condannato personalmente alle spese del giudizio senza diritto al rimborso, oltre il risarcimento dei danni, la sospensione o interdizione, secondo le circostanze.

62. Le pene pecuniarie stabilite da questo codice e dal regolamento per la sua esecuzione si applicano sulla richiesta del ministero pubblico, e anche d'ufficio.

Chi sia stato condannato ad alcuna delle suddette pene senza essere sentito prima nelle sue discolpe, può farle valere, ne' giorni dieci successivi alla notificazione della sentenza o dell'ordinanza, con ricorso diretto all'autorità giudiziaria che ha applicata la pena.

L'autorità giudiziaria, sentito il ministero pubblico, se riconosca legittime le discolpe, revoca la condanna con decreto.

Del decreto è fatta annotazione in margine della sentenza o dell'ordinanza.

I funzionari di cancelleria non sono soggetti alla giurisdizione dei tribunali che per l'applicazione soltanto delle pene pecuniarie ai riguardi delle sole contravvenzioni contemplate dal Cod. di proc. civ. e Reg. giud., mentre per gli altri provvedimenti disciplinari rientrano nel diritto di sorveglianza e dipendono esclusivamente dalle autorità investite dalla legge di tale diritto. — *Appello Lucca 7 marzo 1868. Annali, II, 234.*

Per l'applicazione di questo articolo e dei precedenti è d'uopo riferirci all'art. 282 del Reg. Gen. Giud. che è del seguente tenore:

« Nei casi previsti dagli articoli 59, 61, 66, 170, 176 e 287 del Codice di procedura e in ogni altro caso in cui per disposizione dello stesso Codice o del presente regolamento si faccia luogo all'applicazione di una pena disciplinare alle persone menzionate nell'ora citato art. 60, l'incolpato è citato con semplice biglietto in camera di consiglio davanti al tribunale o la sezione alla quale fu assegnata la causa in cui sia stata commessa la contravvenzione, o, secondo i casi, davanti il presidente, e invitato a proporre nella stessa udienza le proprie difese.

« Il tribunale o rispettivamente il presidente fa ritirare l'incolpato e delibera nella medesima seduta; la sentenza od ordinanza è immediatamente notificata all'incolpato dal cancelliere, il quale ne fa menzione in fine della pronuncia.

« Se l'incolpato non si presenta, il tribunale o il presidente pronuncia in sua contumacia, e la sentenza o l'ordinanza gli è notificata nel modo sovra prescritto, per gli effetti menzionati nell'art. 62 del suddetto codice ».

63. L'autorità giudiziaria può, secondo le circostanze, ordinare, anche d'ufficio, che siano soppresse o cancellate le scritture oltraggiose o contrarie al buon costume o all'ordine pubblico.

1. Se le parti non hanno nelle loro comparse serbato quella moderazione che sarebbe stata desiderabile, ma non hanno però usate espressioni, o non sono uscite in propositi che non potessero essere coperti dal bisogno vero od opinativo delle loro difese non si può chiedere l'applicazione di quest'art. — *Appello Firenze 4 marzo 1872 Cresci—Maglia e Cagnola. Annali, VI, 312.*

2. L'espressione, colla quale una parte qualifica nella sua comparsa una menzogna, l'asserzione avversaria non costituisce quella ingiuria per cui si debba far luogo all'applicazione di questo articolo. — *Appello Milano 18 novembre 1874. Cassani—Taroni. Gior. dei Trib., III, n. 300.*

64. Le inserzioni nei giornali dei bandi per incanti e degli altri atti giudiziari prescritte dalla legge si fanno:

Nel giornale della provincia riconosciuto come ufficiale dal governo ;

Questo mancando, nel giornale ufficiale del luogo in cui ha sede la corte d'appello ;

In mancanza anche di questo, nel giornale ufficiale del regno.

I giornali anzidetti devono pubblicare senza anticipazione di spesa gli atti giudiziari riguardanti le persone ammesse al beneficio dei poveri.

65. Qualunque tipografo legalmente esercente può stampare i bandi per incanti e ogni altro atto giudiziario, purché siasi obbligato, con dichiarazione fatta nella cancelleria del tribunale civile, di stampare senza anticipazione di spesa, su carta libera da somministrarsi dal richiedente, i bandi e altri atti giudiziari, dei quali sia necessaria la stampa nell'interesse delle persone ammesse al beneficio dei poveri.

66. L'editore del giornale e il tipografo indicati nei due articoli precedenti, che sulla presentazione di un ordine scritto del presidente del tribunale ricusino di eseguire senza anticipazione di spesa le inserzioni o le stampe necessarie alle persone ammesse al beneficio dei poveri, sono condannati in una multa che può estendersi a lire trecento, oltre il risarcimento dei danni verso le parti interessate.

Incorrono nella multa di lire cento i tipografi che, senza aver fatta la dichiarazione stabilita dall'articolo precedente, eseguono la stampa di qualche bando o atto giudiziario.

TITOLO II.

DELLA COMPETENZA, DEL MODO DI REGOLARLA, DELLA RICUSAZIONE E DELL'ASTENSIONE DEI GIUDICI E DEGLI UFFICIALI DEL MINISTERO PUBBLICO.

CAPO I.

Della competenza.

67. La competenza è determinata per materia o valore, per territorio, per connessione o continenza di causa.

68. Nessuna autorità giudiziaria può delegare ad altra la propria giurisdizione, salvo i casi stabiliti dalla legge.

Art. 208, 215, 239; 10
disp. prel. c. c.

69. La giurisdizione non può essere prorogata dalle parti, salvo i casi stabiliti dalla legge.

Art. 40 c. p. c.

Le parti, tranne il caso di incompetenza per materia o per valore, possono di comune consenso, espresso o presunto, portare in prima istanza una causa avanti un tribunale che non sarebbe competente, nè per domicilio o per altro titolo. Non è però loro permesso di portare la causa in appello ad una corte diversa da quella da cui quel tribunale organicamente dipende; tale incompetenza deve dichiararsi d'ufficio. — *Cass. Torino* 12 marzo 1868. *Della Valle—Graglia. Annali*, II, 148.

SEZIONE I.

Della competenza per materia o valore.

70. Sono di competenza dei conciliatori tutte le azioni personali, civili o commerciali, relative ai beni mobili, il valore delle quali non ecceda lire trenta.

Sono altresì di competenza dei conciliatori le azioni relative alle locazioni di beni immobili, se la pigione o il fitto per tutta la durata della locazione non ecceda il detto valore.

Le controversie sulle imposte dirette o indirette sono escluse dalla competenza dei conciliatori.

1. Se il canone di un'affittanza non eccede le lire 30 annue, sulla domanda di rilascio per finita locazione, è competente il conciliatore sebbene il convenuto elevi in via d'eccezione una questione di proprietà, la quale deve esser giudicata in diversa sede di giudizio. — *Cass. Napoli* 7 aprile 1870. *Cianfelli—Lepidi. Gazz. del Proc.* 1870, n. 9.

2. Se il titolo da cui ha origine l'obbligazione controversa è di valore superiore a quello stabilito per la giurisdizione del conciliatore, se anche

63. L'autorità giudiziaria può, secondo le circostanze, ordinare, anche d'ufficio, che siano soppresse o cancellate le scritture oltraggiose o contrarie al buon costume o all'ordine pubblico.

1. Se le parti non hanno nelle loro comparse serbato quella moderazione che sarebbe stata desiderabile, ma non hanno però usate espressioni, o non sono uscite in propositi che non potessero essere coperti dal bisogno vero od opinativo delle loro difese non si può chiedere l'applicazione di quest'art. — *Appello Firenze 4 marzo 1872 Cresci—Maglia e Cagnola. Annali, VI, 312.*

2. L'espressione, colla quale una parte qualifica nella sua comparsa una menzogna, l'asserzione avversaria non costituisce quella ingiuria per cui si debba far luogo all'applicazione di questo articolo. — *Appello Milano 18 novembre 1874. Cassani—Taroni. Gior. dei Trib., III, n. 300.*

64. Le inserzioni nei giornali dei bandi per incanti e degli altri atti giudiziari prescritte dalla legge si fanno:

Nel giornale della provincia riconosciuto come ufficiale dal governo ;

Questo mancando, nel giornale ufficiale del luogo in cui ha sede la corte d'appello ;

In mancanza anche di questo, nel giornale ufficiale del regno.

I giornali anzidetti devono pubblicare senza anticipazione di spesa gli atti giudiziari risguardanti le persone ammesse al beneficio dei poveri.

65. Qualunque tipografo legalmente esercente può stampare i bandi per incanti e ogni altro atto giudiziario, purché siasi obbligato, con dichiarazione fatta nella cancelleria del tribunale civile, di stampare senza anticipazione di spesa, su carta libera da somministrarsi dal richiedente, i bandi e altri atti giudiziari, dei quali sia necessaria la stampa nell'interesse delle persone ammesse al beneficio dei poveri.

66. L'editore del giornale e il tipografo indicati nei due articoli precedenti, che sulla presentazione di un ordine scritto del presidente del tribunale ricusino di eseguire senza anticipazione di spesa le inserzioni o le stampe necessarie alle persone ammesse al beneficio dei poveri, sono condannati in una multa che può estendersi a lire cento, oltre il risarcimento dei danni verso le parti interessate.

Incorrono nella multa di lire cento i tipografi che, senza aver fatta la dichiarazione stabilita dall'articolo precedente, eseguono la stampa di qualche bando o atto giudiziario.

TITOLO II.

DELLA COMPETENZA, DEL MODO DI REGOLARLA, DELLA RICUSAZIONE E DELL'ASTENSIONE DEI GIUDICI E DEGLI UFFICIALI DEL MINISTERO PUBBLICO.

CAPO I.

Della competenza.

67. La competenza è determinata per materia o valore, per territorio, per connessione o continenza di causa.

68. Nessuna autorità giudiziaria può delegare ad altra la propria giurisdizione, salvo i casi stabiliti dalla legge.

Art. 208, 215, disp. prel. c. c.

69. La giurisdizione non può essere prorogata dalle parti, salvo i casi stabiliti dalla legge.

Art. 40 c. p. c.

Le parti, tranne il caso di incompetenza per materia o per valore, possono di comune consenso, espresso o presunto, portare in prima istanza una causa avanti un tribunale che non sarebbe competente, nè per domicilio o per altro titolo. Non è però loro permesso di portare la causa in appello ad una corte diversa da quella da cui quel tribunale organicamente dipende; tale incompetenza deve dichiararsi d'ufficio. — *Cass. Torino 12 marzo 1868. Della Valle—Graglia. Annali, II, 148.*

SEZIONE I.

Della competenza per materia o valore.

70. Sono di competenza dei conciliatori tutte le azioni personali, civili o commerciali, relative ai beni mobili, il valore delle quali non ecceda lire trenta.

Sono altresì di competenza dei conciliatori le azioni relative alle locazioni di beni immobili, se la pigione o il fitto per tutta la durata della locazione non ecceda il detto valore.

Le controversie sulle imposte dirette o indirette sono escluse dalla competenza dei conciliatori.

1. Se il canone di un'affittanza non eccede le lire 30 annue, sulla domanda di rilascio per finita locazione, è competente il conciliatore sebbene il convenuto elevi in via d'eccezione una questione di proprietà, la quale deve esser giudicata in diversa sede di giudizio. — *Cass. Napoli 7 aprile 1870. Cianfelli—Lepidi. Gazz. del Proc. 1870, n. 9.*

2. Se il titolo da cui ha origine l'obbligazione controversa è di valore superiore a quello stabilito per la giurisdizione del conciliatore, se anche

il valore della domanda sia inferiore a lire 30, ove il titolo stesso sia contestato, il conciliatore non ha facoltà di conoscere della contestazione. — *Cass. Firenze 12 maggio 1873. Lunardi—Antoniani. Legge, XIII, n. 41.*

Art. 34, 36, 37, 185, 186,
246, 251 ord. giud.; 12,
24, 30, 33, 46, 47, 51, 62,
63, 84, 124, 136, 154, 221,
241, 251, 415, 417, 473,
503, 504, 514, 537, 570,
572, 574, 578, 587, 602,
604, 610, 619, 623, 624,
630, 633, 647, 654, 664,
754, 755, 776, 782, 815,
842, 845, 847 seg., 853,
859, 863, 873, 875, 881,
883, 897, 900, 912, 916,
918, 921, 926, 927, 938-
940 c. p. c.; 38, 49, 37,
83, 103, 157 seg., 308 reg.
giud.

71. Sono di competenza dei pretori tutte le azioni, civili e commerciali, il cui valore non ecceda lire mille cinquecento, salvo la competenza stabilita nell'articolo precedente.

Sono altresì di competenza dei pretori le azioni per prestazione di alimenti o di pensioni alimentari periodiche, e per la liberazione totale o parziale delle obbligazioni relative, se la prestazione in controversia non ecceda il valore di annue lire duecento.

Le controversie sulle imposte dirette o indirette sono escluse dalla competenza dei pretori.

1. Non sono da qualificarsi come imposte dirette o indirette se non quelle che sono destinate a concorrere ai bisogni generali dello Stato; e perciò la tassa che deve soddisfare il farmacista per la visita della sua farmacia, comechè destinata al pagamento degli onorari dei visitatori, non assume il carattere di imposta, tuttochè l'esazione di questa tassa sia affidata ai ricevitori demaniali e il retratto sia depositato nelle casse dello Stato. Se pertanto l'ammontare di questa tassa non eccede le lire 1500, la competenza a giudicare risiede nel pretore. — *Cass. Torino 13 febbraio 1868. Annali, II, 155.*

2. La competenza eccezionale del Tribunale, anche per le quistioni di un valor minore delle lire 1500, se trattasi di pubbliche imposte, non è che in riguardo all'interesse erariale; e perciò quando l'imposta non eccedente tale somma fu pagata, e questionasi tra privati se fosse tenuto l'uno o l'altro, e se quindi debba seguire fra essi rifusione, la competenza è nel pretore. — *Cass. Napoli 7 maggio 1868. Colello—Fato. Bettini, XX, 463.*

3. Il pretore adito come giudice di commercio può competentemente decidere come giudice civile se trovi che la causa è di natura civile. — *Cass. Napoli 23 luglio 1868. Annali, II, 387.*

4. È competente il tribunale a conoscere delle controversie in materia di tributo, che riguardano non solo l'erario dello Stato per le imposte dirette ed indirette, ma altresì le prestazioni o dazi comunali, quand'anche per ragione di somma, la competenza fosse del pretore. — *Appello delle Calabrie 15 gennaio 1869. Giurista Calabrese 1869.*

5. Questo articolo che stabilisce una competenza eccezionale per le cause sulle imposte, non è applicabile quando l'esattore, dopo aver concesso dilazione al pagamento ed essere per tal modo debitore in proprio del comune, chiede rimborso al mallevadore del contribuente. — *Cass. Firenze 25 luglio 1872. Ricci—Vellutini. Annali, VI, 323.*

6. I pretori sono incompetenti, per ragione di materia, a conoscere e giudicare di qualsiasi categoria di imposte, e quindi anche delle imposte comunali. Per convincersene basta avvertire alla specifica disposizione dell'art. 14 della legge 3 luglio 1864, ove è scritto che le disposizioni stabilite per le tasse a pro' dello Stato dovranno essere osservate anche per la riscossione dei dazi di consumo in favore dei comuni, per la decisione delle relative controversie. — *Cass. Torino, 12 febbraio 1875. Comune di Canneli—Castino, U. cc. Annali, IX, 117.*

1. La legge parlando di prestazioni di alimenti o di pensioni alimentari periodiche non fa distinzioni ai riguardi della provenienza. Quindi nella competenza dei pretori sta la conoscenza tanto di quelle derivanti dalla natura e dalla legge, quanto delle altre che provengono da titoli unilaterali o bilaterali o da disposizioni di ultima volontà. - *Mattei Annotaz.*

2. Laddove si adisca il pretore in linea commerciale per causa meramente civile, egli può emendare l'errore della citazione e giudicare in linea civile, perocchè in tal caso non si verifica veramente una questione di competenza, ma semplicemente di rito. Rivestito il pretore della funzione ordinaria civile e della straordinaria commerciale, il suo procedere è legale nel caso precitato; egli non mancherebbe di giurisdizione e però la sentenza sortirebbe tutti gli effetti giuridici.

La declinatoria si infrange nel salutare principio della brevità ed economia dei giudizi, mentre null'altro produrrebbe che il rinnovamento della citazione pel tardo conseguimento dello scopo medesimo, quale è quello di riprodurre la stessa causa dinanzi al medesimo giudice che è pur chiamato sempre a deciderla. - *Gargiulo Comm. p. 199.*

72. Il valore della causa si determina dalla domanda.

Gli interessi scaduti, le spese, e i danni anteriori alla domanda giudiziale si sommano col capitale per il calcolo del valore.

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.

1. L'incompetenza per ragione di valore si desume anche dalla eccezione opposta alla domanda, quando l'eccezione stessa sia di tale natura che non si possa recare giudizio sulla domanda, senza ferire colla cosa giudicata anche una questione che per la sua portata maggiore di quella della domanda dell'attore, sfugga alla competenza del giudice adito. — *Terza Istanza di Milano 22 dicembre 1865. Mon. Trib., VII, 29.*

2. Sebbene la domanda sia di una somma non eccedente la competenza del giudice adito, cessa la competenza se non si può pronunciare sulla somma domandata senza contemporaneamente decidere sulla sussistenza o non delle eccezioni che riflettono una somma eccedente la competenza medesima. — *Cass. Torino 2 maggio 1866. Odone—Boeri. Bettini, XVIII, 292.*

3. Quando si domanda una somma, la quale costituisce l'ultimo residuo di una obbligazione, il valore della causa, e quindi la competenza del giudice si determina solo dalla somma domandata, quantunque l'obbligazione primitiva sia di un maggior valore, ed occorran pel giudice indagini sulla entità giuridica dell'obbligazione medesima, giacchè la di lui pronuncia non può aver efficacia sul passato, nè stabilire un pregiudizio pel futuro. — *Cass. Firenze 18 febbraio 1867. Ghilli—Ciambellini. Annali, I, 134.*

4. Tuttochè l'attore abbia presentato una domanda indeterminata al trib. civile, questo non è costretto a conoscerne, ma può dichiarar la sua incompetenza, quando sia evidente che la condanna non supererebbe mai le lire 1500. — *Appello Napoli 11 marzo 1867. Cardente—Iacobucci. Annali, I, 255.*

5. Quantunque la domanda di pagamento d'una somma inferiore alle lire 1500, come residuo d'un debito superiore, sia proposta regolarmente al pretore, pure questi non è competente a pronunciare se il convenuto

sostenga di non aver nulla pagato per quel titolo e che gli acconti dall'attore imputati in diminuzione di esso debbono invece imputarsi in un titolo diverso.

Allora può dirsi una somma costituire residuo d'un debito quando ogni altra parte di quel debito è eliminata dal giudizio e la disputa cade unicamente sulla somma domandata. Ove invece la disputa cada sopra altre somme tuttochè non richieste, ma costituenti l'insieme del debito, non si ha più *residuo*, ma *parte*, e perciò se l'importare cumulado della somma richiesta e delle somme contestate eccede le lire 1500, la competenza non è più del pretore. — *Cass. Torino 24 maggio 1867. Vola—Rolla Annali, I, 265.*

6. Benchè competentemente adito con la domanda principale, il pretore diviene incompetente quando per mutue deduzioni delle parti sorgano dispute, la cognizione delle quali sorpassi la sua giurisdizione. — *Cass. Napoli 8 febbraio 1868. Carbone—Licapoli. Bettini, XX, 154.*

7. Il valore della causa per determinare la competenza si misura dalla domanda; pure per eccezione può anche misurarsi dalla successiva restrizione di domanda.

A questa eccezione però non si fa luogo quando una domanda di merito indeterminato sia stata fatta a un trib. civ. e la successiva restrizione di tale domanda avvenga senza malizia e per le prove ammesse ed eseguite in corso di causa. — *Appello Firenze 28 dicembre 1868. Dukase—Franchetti. Annali, II, 490.*

8. Quando in un giudizio competentemente introdotto avanti al pretore sia proposta dal convenuto una eccezione esclusivamente riservata alla cognizione del tribunale civile, il pretore deve al tribunale rinviare la causa. — *Cass. Napoli 21 gennaio 1869. Guadagno—Rea. Annali, III, 208.*

9. Se per essersi riunite nella stessa persona le qualità di debitore e creditore si è estinta per confusione di diritto una parte del debito e del credito, si deve aver riguardo, per determinare la competenza, all'importo del credito residuo, e non già a quello del credito primitivo. — *Appello Brescia 24 febbraio 1869. Dolci—Dolci. Mon. Trib., X, 474.*

10. La competenza si determina dalla domanda e dalle conclusioni dell'attore e non già da quello che è effettivamente dovuto o che può risultare dalla definitiva condanna. — *Appello Perugia 14 aprile 1869. Bura li. cc.—Rotoni. Annali, III, 377.*

11. Se nel giudizio d'approvazione d'un conto superiore in complesso alle lire 1500 venga in contestazione una o più partite non eccedenti insieme la detta somma, la competenza a giudicare è del pretore. — *Appello Napoli 12 luglio 1869. De Medici—Mancini. Annali, III, 281.*

12. Proposta davanti al tribunale una domanda eccedente il valore di lire 1500, per ciò solo che l'attore la riduca ad una somma per la quale sarebbe competente il pretore, non cessa la competenza del tribunale. — *Appello Casale 26 luglio 1869. Debenedetti—Magni. Giurisprudenza VII, 91.*

13. La competenza per valore non si determina dall'esito della causa, ma dall'ammontare della domanda; ed il tribunale deve ritenersi incompetente solo quando la domanda esagerata sia evidentemente proposta nello scopo di sottrarre la causa alla competenza del pretore. — *Appello Torino 6 dicembre 1869. Allgeyer—Zegna, e Paruccia. Giurisprudenza VII, 87 — Conformi: Cass. Torino 13 luglio 1864. Coll. uff., 1864, p. 486 — Cass. Torino 24 gennaio 1867. Giurisprudenza IV, 37 — Appello Casale 1 febbraio 1869. Giurisprudenza VI, 222 — Appello Genova 19 febbraio 1869. Gazz. dei Trib. XVI, 428.*

Se la domanda facesse salire il valore a somma di competenza del

tribunale, ma colla clausola *sotto deduzione di quanto il convenuto facesse conoscere d'aver pagato*, in allora, se per le eccezioni del convenuto la domanda venisse poi dall'attore ristretta a somma inferiore a lire 1500, il tribunale deve dichiarare la propria incompetenza. — *Appello Torino 11 novembre 1862. Gazz. dei Trib. XV, 107.*

La Cassazione di Torino però colla sentenza 28 genn. 1869 (*Giurisprudenza VI, 290*) statui che quando per essere incerto il valore della causa, il giudice non declini la propria competenza ed ordini incumbenti di prova, se in definitiva venga a risultare il valore della causa eccedente la sua competenza, le sentenze interlocutorie già emanate non costituiscono ostacolo di rejudicata a che il giudice si dichiari incompetente.

Per contro se l'attore aumenti oltre le lire 1500 il valore della causa vertente avanti il pretore, questi deve dichiarare la incompetenza propria. — *Cass. Torino 18 gennaio 1865. Coll. uff., 34* — *Cass. Napoli 8 febbraio 1868. Giurisprudenza V, 331.*

14. La domanda dei danni cumulata nello stesso libello si reputa accessoria quando non sia stata specificata alcuna quantità, ed in tal caso non aumenta il valore della causa. — *Cass. Firenze 24 gennaio 1870. Pimpignoli—utrinque. Annali, IV, 108.*

15. Determinata colla domanda la competenza per ragione di valore non è più lecito alla parte di privare il giudice investito della cognizione della causa, mediante una riduzione della domanda al disotto del limite della di lui competenza. — *Cass. Firenze 28 marzo 1870. Biagioli—Corridori. Legge, 1870, n. 45* — *Appello Torino 17 maggio 1870. Clerico e Serratrice—Ozino. Giurisprudenza VII, n. 33.*

16. Il principio per cui il giudice può e deve risolvere tutte le questioni insorte nel corso della causa, la cui risoluzione sia necessaria per farsi strada allo svolgimento della controversia principale, non soffre eccezione neppur allorquando in via incidentale si sia sollevata davanti al tribunale civile una questione di stato. — *Appello Torino 9 maggio 1870. Giurisprudenza VII, 404.*

17. La regola che il giudice dell'azione è pur quello dell'eccezione ha solo luogo quando si tratta di vera eccezione avente carattere ed effetto di risposta e difesa contro l'azione, non quando si propone in via di eccezione una domanda che non ha relazione coll'azione, ed è da questa affatto distinta, nè la distrugge in modo alcuno. — *Cass. Torino 14 giugno 1870. Mercuri—Alessi. Giurisprudenza VII, 488.*

18. Chiesta una somma dinanzi al pretore quale residuo di più che lire 1500, la competenza pretoria non vien meno per ciò solo che alla domanda siansi opposte eccezioni concernenti un valore maggiore, quando queste non siansi elevate se non per dimostrare che il credito proposto in giudizio non fosse in tutto o in parte giustificato. — *Appello Genova 26 agosto 1870. Firpo—Ferro e Grasso. Gazz. dei Trib. 1870, n. 37.*

19. Benchè al principio della lite la domanda sia nei limiti della competenza pretoria, se per le eccezioni del convenuto venga ad essere di valore indeterminato è a ritenersi di un valore eccedente le lire 1500 e così di competenza del tribunale. — *Cass. Torino 10 settembre 1870. Bordini—Giachesi. Coll. uff., 553.*

20. La regola che la competenza si misura dalla domanda soffre eccezione quando per caso su di essa rendesi necessaria la previa decisione, non in via di semplice incidente, ma in via di questione principale, di una controversia che eccede i limiti della competenza del giudice adito.

Così nel caso che per giudicare sulla domanda di pagamento di canoni enfiteutici, sia necessario decidere la questione sulla spettanza al-

l'attore del dominio diretto. — *Cass. Torino 13 settembre 1870. Liberato—Giordano. Mon. Trib.*, XI, 1073.

21. Chiesta dall'amministratore di un corpo morale una rata annua in confronto del debitore, per somma che stia entro la competenza pretoria, se il convenuto chiama in garanzia un terzo che intervenga per contrastare la qualità di amministratore, e se su questo punto si agiti la causa fra l'attore e l'interveniente, il pretore non è competente a deciderla. — *Cass. Torino 21 dicembre 1870. Taddei—Comune S. Severino—Mengoni. Giurisprudenza VIII*, 632.

22. Quando l'attore domanda una somma inferiore alle lire 1500 non come parte, ma come residuo d'altra somma maggiore è competente il pretore. E ciò quand'anche l'azione si basi sopra un conto il cui complessivo ammontare superi le lire 1500. — *Cass. Napoli 18 marzo 1871. Russo—Politi. Mon. Giud.*, I, 79.

23. Nei giudizi sommari compiendosi e svolgendosi il procedimento all'udienza colla comunicazione delle conclusioni e dei documenti e quivi ponendosi soltanto in essere il quasi contratto giudiziale della contestazione della lite, alla domanda contenuta nelle conclusioni, debbesi aver riguardo per apprezzare la competenza. — *Appello Lucca 5 agosto 1871. Giura—Perret. Annali*, V, 460.

24. Alla regola che il valore della causa e quindi la competenza si determina dalla domanda, deve farsi un'eccezione quando, sebbene la cosa domandata sia di competenza dell'autorità giudiziaria adita, tuttavia per pronunciare sulla domanda è necessario risolvere controversie che pel loro valore superino la competenza dell'autorità stessa.

Così adito il pretore per una somma che era di sua competenza, ove sorga questione su di una somma maggiore, della quale la somma richiesta era parte, il pretore diviene incompetente e deve rimettere la causa al tribunale.

L'incompetenza del pretore a giudicare in primo grado trae seco l'incompetenza del tribunale che abbia giudicato sulla stessa causa in appello ed è quindi nulla la sua sentenza. — *Cass. Torino 30 novembre 1871. Primetti—Bischizio ll. cc. Legge*, XII, n. 7.

25. È di competenza pretoria la domanda per restituzione di una somma che non eccede lire 1500 pagata in dipendenza della sottoscrizione di azioni state emesse per la costituzione di una società che non ebbe poi effetto. — *Cass. Torino 3 luglio 1872. Bianco—Costa. Mon. Trib.*, XIII, 1171.

26. È di competenza pretoria la causa per il pagamento di una somma non maggiore di lire 1500 rappresentante il residuo di una maggiore obbligazione, anche quando il convenuto, pur sollevando eccezioni che feriscano la sussistenza della intera obbligazione, conchiude nondimeno unicamente per la sua assolutoria dalla domanda dell'attore per il pagamento del residuo. — *Cass. Torino 14 settembre 1872, Gigli—Stella. Mon. Trib.*, XIII, 1106.

27. Per determinare il vero oggetto della domanda, e quindi il vero valore di una controversia non debbesi aver riguardo soltanto alle conclusioni dell'attore, ma conviene pure indagare quali sieno i punti di questione sottoposti in via principale all'esame del giudice, e la cui soluzione è necessaria per decidere sul punto che forma l'obbiettivo finale della domanda.

Perciò, chiesta dall'attore la restituzione di un fondo, il cui valore non supera le lire 1500, la causa è tuttavia di competenza del tribunale, quando per decidere sulla domanda sia necessario di esaminare la natura e le giuridiche conseguenze di un contratto implicante un valore maggiore

della detta somma, la efficacia liberatoria di un deposito giudiziale per somma pure maggiore, e così via. — *Appello Venezia 25 settembre 1872. Di Monte—Atta. Mon. Giud., II, 10.*

28. Se il debitore deposita una somma a pagamento del suo debito e il creditore, riconosciuto il deposito, muove azione per domandare un di più che crede a lui dovuto, il valore della causa pegli effetti della competenza si desume soltanto dal di più domandato, come quello che è il solo oggetto della contestazione; dal momento che il deposito è riconosciuto equivale a pagamento. — *Cass. Firenze 18 dicembre 1873. Rosselli—Pieri. Annali VIII, 39.*

29. Quando la domanda e l'eccezione riguardano un valore superiore alle lire 1500, il pretore è incompetente, nonostante che in definitiva il valore della controversia risulti inferiore a tale somma. — *Cass. Torino 23 dicembre 1873. Sala—Zanzi. Legge, XIV, 464.*

30. Quando si è fatta una domanda per valore eccedente la competenza del giudice adito, la rinuncia ad una parte di essa non può rendere competente il giudice incompetentemente adito, perchè di regola la rinuncia agli atti della causa non vale senza l'accettazione dell'altra parte. — *Cass. Napoli 20 gennaio 1874. Irace—Milano. Gior. dei Trib., III n. 104.*

31. Proposta domanda di una somma inferiore a quella che è devoluta dalla legge alla giurisdizione del pretore, cioè di lire 1500, se la somma fa parte e non è già residuo di una maggiore obbligazione che superi quella di lire 1500, e la obbligazione stessa sia controversa, il valore della causa si desume da quello dell'intera obbligazione, e sfugge perciò alla giurisdizione del pretore.

È controversa l'obbligazione non solo quando il convenuto impugna assolutamente il vincolo giuridico per il quale l'attore lo vuole costringere a fare o a dare; ma anche quando si sostiene o che da quel fatto non poté mai sorgere una valida obbligazione, o che questa, se è nata, fu poi estinta.

Epperò, opposta dal convenuto la liberazione per uno dei mezzi che la producono, per esempio la delegazione novativa, essendovi controversia sull'intera obbligazione, sebbene la domanda dell'attore sia ristretta ad una parte di essa, il valore della causa deve considerarsi superiore alle lire 1500. — *Cass. Firenze 29 gennaio 1874. Mandolesi—Salustri. Gior. dei Trib., III, n. 118.*

32. Allorquando la domanda, sebbene abbia per oggetto una somma nei limiti della competenza pretoria, dipende da una questione di valore indeterminato, la causa cessa di essere di competenza pretoria.

Lo stesso sarebbe se la domanda attualmente inferiore alle lire 1500, eccedesse pel tratto successivo questo valore. — *Cass. Torino 11 febbraio 1874. Antona Traversi—Orlandini. Legge, XIV, 729.*

33. La competenza di un giudizio non vien meno per limitazione proposta in corso di causa all'originaria domanda in seguito ad eccezioni della parte convenuta o a pagamenti verificati dopo la citazione. — *Appello Venezia 21 aprile 1874. Sbraiavacca—Michieli. Mon. Giud., III, 341.*

34. Se l'attore chieda una somma inferiore alle lire 1500, come ultimo resto d'un credito maggiore, o risultato d'un conto di dare e avere, la competenza a giudicare risiede nel pretore, quand'anche il convenuto impugnò il titolo del credito o le partite del conto. — *Cass. Firenze 5 gennaio 1875. Filippini—Taiuti. Annali, IX, 47.*

35. Il giudice dell'azione è anche quello dell'eccezione per conoscere competentemente dell'influenza che la eccezione esercita sull'azione intentata.

Cio è da ritenersi quand'anche la eccezione racchiuda la cognizione di un diritto, che, ove fosse fatto valere in via principale, sorpasserebbe la competenza del giudice avanti il quale l'azione fu promossa. — *Cass. Firenze, 5 gennaio 1875. Chiavistelli—Grazzini. Annali, IX, 215.*

36. Quando si domanda parte di una somma, riconoscendo che sull'altra parte non si ha diritto, è dal valore unicamente della parte domandata che si misura l'entità della domanda, sebbene per incidente, o per desumere la prova della pertinenza della porzione pretesa dal proponente, sia necessario di estendere l'indagine sulla totalità della somma. — *Cass. Torino, 28 aprile 1875. Gilardi—Gilardi Mon. Trib., XVI, 653.*

37. Vedi art. 73, sent. n. 4, 6.

Vedi art. 81, sent. n. 1, e note n. 1 e 2.

Vedi art. 82, sent. n. 12, 18, 19, 23, 30.

1. *Totus processus habetur pro libello*, e più che alla domanda di citazione in senso stretto deve attendere all'ultima e finale conclusione dell'Attore. La voce *domanda* comprende adunque tutti gli atti del giudizio, eccetto la sentenza.

L'Attore a facoltà di mutare la domanda in corso di causa. Ove egli l'aumenti fin oltre la competenza del giudice adito, questi deve dichiararsi incompetente; se invece la diminuisca sotto la competenza del giudice adito, questi trattiene la causa derivando troppo danno alle parti da un rinvio al giudice competente. Anche il convenuto può mutare le proprie conclusioni e influire con queste sul valore della lite.

L'eccezione di pagamento opposta dal convenuto non sottrae la lite alla competenza del giudice adito, quand'anche il pagamento non sia contrastato.

Le offerte accettate riducono il valore della domanda.

2. L'azione contiene virtualmente le eccezioni che si possono opporre alla medesima: havvi qui la vera continenza di causa.

Il progetto non enuncia questa regola, perchè essa appartiene interamente al dominio della scienza.

Non può esser dubbio che il giudice dell'azione è pur competente per l'eccezione, salvo che la legge disponga diversamente in casi speciali, o la eccezione racchiuda una questione che, per indole sua propria, non appartenga alla stessa giurisdizione, ovvero si risolva in un vero *praejudicium* nel senso già definito dal diritto romano per le quistioni di stato. — *Relazione Pisanelli.*

3. La competenza dei giudici, nasce sempre dai termini della domanda o anche dalle eccezioni per quanto presentino queste una contestazione nuova da sottomettersi ad altra giurisdizione diversa.

La competenza, una volta animata nell'uno o nell'altro modo, resta invariabile, anche quando sia l'attore, sia il reo abbandoni la sua prima posizione e rinunci ad un'azione precedentemente intentata. — *Agresti VI, 360.*

4. La regola che il giudice dell'azione è sempre competente a conoscere della eccezione, non può applicarsi al caso in cui una legittima eccezione ponesse il giudice nell'obbligo di statuire sopra un valore che è fuori i termini della sua competenza. — *Pisanelli Comm. I, 1, p. 585.*

5. Se è vero che il giudice competente a statuire sull'azione è ritenuto anche competente a giudicare delle eccezioni, non può però spingersi il sentimento di questo dettato fino a sconvolgere le regole della competenza, di guisa che quante volte le difese del convenuto portino la controversia ad un valore maggiore di quello fissato alla competenza del giudice adito, esse contribuiscano sulla competenza. — *Pisanelli ib. p. 357. seg.*

6. Avendo l'attore la facoltà di modificare le sue prime domande, ne viene di conseguenza che per determinare il subbietto della causa, è d'uopo attendere alle sue ultime conclusioni.

Affinchè però si ammettano le domande addizionali e si sommino alla

primitiva, è d'uopo che esse sieno un seguito ed uno sviluppamento naturale di quella e riguardino il medesimo diritto che era stato dapprima proposto. — Inoltre è d'uopo che colla domanda addizionale si chiegga l'adempimento di un obbligo che aveva il convenuto nel tempo in cui fu introdotto il giudizio; così gli interessi scaduti nel corso del giudizio non si potrebbero sommare, nei riguardi della competenza.

Anche Borsari (*Comm.* I, p. 123) e Mattei (*Annotaz.*) si manifestano di questa opinione però alla condizione, che io pure ritengo imprescindibile, che il convenuto non abbia già opposta l'eccezione d'incompetenza. — Saredo (*Istit.* n. 163) invece non ammette nemmeno questa eccezione.

7. Se l'attore riduce la sua domanda per modo che il giudice adito non sarebbe stato *ab initio* competente a conoscerne, non può tuttavia allegarsi l'incompetenza, ma il giudice deve pronunciare, sebbene la causa verta da ultimo sopra un valore che non raggiunge il limite minimo della sua competenza. — Pisanelli *Comm.* I, l. p. 577 — Saredo *Istit.* n. 163.

8. Affinchè un debito si dica parte di un altro è d'uopo che corra tra essi quella sostanziale relazione per la quale una cosa può considerarsi come parte di un'altra, cioè ch'essa conferisca a quella unità ideale che risulterebbe dall'aggiungersi ad essa le altre parti del tutto. — Pisanelli *Comm.* I, l. p. 635.

9. Per risolvere la controversia se una somma sia parte di un maggior credito, è da riguardarsi alle sole relazioni dell'attore col convenuto; in guisa che costui non potrebbe affermare che la somma richiesta faccia parte d'un maggior credito se non quando il tutto spetti all'attore e sia da esso convenuto dovuto. — Borsari *Comm.* I p. 124 — Pisanelli *Comm.* I, l. p. 637 e 638.

10. Per calcolare il valore della causa non si comprendono di regola le spese le quali vengono erogate per la lite e nel corso di essa.

Non sarebbe perciò applicabile lo stesso principio a quelle spese che il creditore ha dovuto fare per necessità di legge prima di intraprendere il giudizio, e ch'egli comprende nella domanda colla quale lo istituisce.

Il dubbio potrebbe ancora muoversi per le spese di quegli atti i quali, sebbene precedenti la domanda giudiziale, pure costituissero un preliminare necessario di essa. Mi limiterò a dire, essere stato generalmente ritenuto che non si debbano computare. — Pisanelli *Comm.* I, l. p. 604.

Fu deciso perciò che non si computano le spese di spedizione del contratto, oggetto dell'istanza (*Corte di Metz* 1819), nè il costo di atti stragiudiziali, come per citazione e nomina di periti, per fissare i diritti dell'attore, benchè tali atti sieno anteriori all'introduzione dell'istanza, e finalmente nemmeno le spese di offerte reali e consegne (*Cass. Francese*, 5 maggio 1840 — *Corte di Rennes*, 26 agosto 1820). — Dalloz *voc. Degrès* n. 186.

11. È pure costante giurisprudenza che le spese pel protesto di una cambiale non si computano, considerandosi come spese di procedura, *Corte di Bordeaux*, 3 febbrajo 1848 — *C. di Orléans* 17 novembre 1850. — Dalloz *rec. pér* 1849, V, 105; 1851, V, 165; Dalloz *voc. Degrès* n. 177 e 178; *Senato di Genova* 30 ottobre 1832, Gervasoni 1832 p. 420. — Pisanelli *Comm.* I, p. 604 — Borsari *Comm.* I, p. 125.

12. Una somma che fa parte di un conto può essere riguardata sotto due aspetti, o per sè stessa, o rispetto al conto a cui essa si attiene. Se si considera nel primo modo, e costituisca quindi essa sola il subbietto del giudizio, non può dirsi che faccia parte di una somma maggiore, quando anche per statuire intorno ad essa sia necessario spingere l'esame sul conto. Ma se dalle eccezioni del convenuto sieno sottoposte alla pronunziazione del giudice e divengano pertanto materia del giudizio anche altre maggiori somme del conto a cui appartiene quella richiesta dall'attore, deve in tal caso considerarsi come parte. — Pisanelli *Comm.* I, l. p. 636.

13. A chiarire il significato della parola *domanda* credo opportuno di riferire il seguente brano dei verbali della Commissione senatoria per l'esame del progetto del Codice Sardo del 1854 (p. 45):

« Nella sostanza poi, sebbene quest'articolo (29) fosse anch'esso oppugnato per la possibilità che sia od aggrandita, o rimpicciolita in corso di

causa la domanda primitiva, che in essa si comprendessero, oltre gli interessi arretrati, anche i decorrendi durante la causa, ed eziandio che la sentenza vada al di là della domanda, pensò tuttavia la Commissione doversi mantenere qual'è, non punto variato o modificato il sopraccenato articolo: la nota massima, secondo la quale *totus processus habetur pro libello*, ed il doversi attendere più che altro l'ultima e finale conclusione dell'attore; tolsero di dover nulla aggiungere all'articolo ».

Art. 1345, 1346 c. c.

73. Quando i capi di domanda siano più, si sommano tutti per determinare il valore della causa, se dipendano dallo stesso titolo; se dipendano da titoli distinti, si ha riguardo al valore di ciascuno preso separatamente.

1. La domanda pel pagamento di crediti portati da titoli separati aventi diversa scadenza, ma una sola origine, deve proporsi avanti il tribunale competente in ragione del complessivo loro montare. — *Appello Casale 19 aprile 1864. Vignoli—Cuttica. Giur. della Corte di Casale, II, 216.*

2. Trattandosi di crediti portati da più atti distinti, ciascuno dei quali non ecceda la competenza mandamentale, sebbene contemporanei di origine e prodotti da un unico affare, ed eccedenti fra tutti la detta competenza, non si possono cumulare per determinare il valore e la competenza. — *Appello Torino 3 maggio 1864. Cesano—Ferraris. Giurisprudenza I, 218 — Appello Torino 23 aprile 1868. Andrutti—Biglietti. Giurisprudenza V, 468.*

3. Devonsi considerare dipendenti dallo stesso titolo, quantunque originati in tempi distinti e per cause diverse, più crediti, quando d'altra parte il debitore ebbe ad assumere una sola e complessiva obbligazione di soddisfarli tutti entro una mora unica statagli concessa. — *Appello Casale 4 maggio 1867. Valmacchino—Clivio. Giurisprudenza IV, 614.*

4. Se la domanda è unica, tuttochè dipendente dall'unione di più titoli, per conoscere quale sia il giudice che deve giudicare la stessa domanda è inapplicabile l'art. 73 e devesi prender norma invece dall'art. 72. — *Appello Genova 4 ottobre 1867. Lavagnino—Maghella. Bettini XIX, 600.*

5. Non si considerano come unico titolo due obbligazioni di dare derivanti da due biglietti all'ordine, tuttochè avvenuti tra le stesse parti e portanti la stessa data; e quindi non si possono coacervare a determinare la competenza. — *Appello Catania 29 febbraio 1868. Freres—Camarata. Giurisprudenza di Catania I, 17.*

6. Se per essersi riunite nella stessa persona la qualità di creditore e debitore, si è estinta per confusione di diritto una parte del debito e del credito, si deve aver riguardo per determinare la competenza all'importo del credito residuo e non già a quello del credito primitivo. — *Appello Brescia 24 febbraio 1869 Mon. Trib., X, 474.*

7. Essendo distinti gli atti con cui sono stabiliti i crediti dell'attore, non si possono i crediti cumulare per determinare la competenza, sebbene l'attore non abbia formulati distinti capi di domanda per ciaschedun dei crediti, ma abbia proposto un'unica domanda per una somma complessiva. — *Appello Brescia 24 febbraio 1869. Dolci—Dolci. Annali, III, 597.*

8. Non possono considerarsi come derivanti da uno stesso titolo due compre e vendite, tuttochè avvenute fra le stesse persone, e sopra oggetti di eguale natura, quando hanno avuto luogo per separati contratti e in tempi diversi. — *Appello Firenze 6 maggio 1870. Cacioli—Jacomelli. Annali, IV, 328.*

9. Questo art. intese di alludere a quei titoli fra loro ~~distinti~~ per la diversa qualità della materia che in sè contengono, non già a quelli che racchiudendo una identica cosa, sono soltanto distinti nella forma materiale della scrittura.

Una domanda giudiziale per frutti di tre censi creati con tre distinti istromenti, si può ritenere come nascente da un unico titolo, se le parti comunque lo unificarono col fatto e col consenso loro. — *Appello Perugia* 8 agosto 1870. *Frattini—Janni, Giurisprudenza*, VII, 535.

10. Allora soltanto più domande contemporaneamente proposte contro diverse persone si sommano per determinare il valore e la competenza quando dipendono dallo stesso titolo:

Le domande di rivendicazione contemporaneamente proposte da un erede contro più detentori di beni supposti caduti nella eredità, non possono dirsi dipendere dallo stesso titolo, e non possono quindi cumularsi allo scopo predetto se quei terzi sono detentori ciascuno di pezze diverse in forza di atti distinti, sebbene tutti della stessa natura (vendita). — *Appello Torino* 25 aprile 1871. *Silva—Bolognino, Giurisprudenza*, VIII, 449.

11. Trattandosi di domanda di pagamento di più somme dipendenti da titoli diversi, la competenza si deve desumere dal valore di ciascun titolo, sebbene l'attore le abbia fuse e cumulate in una sola, rappresentante l'importare complessivo di tutte; quindi se alcuna sia superiore, altra inferiore alle lire 1500, il tribunale civile adito deve per questa dichiararsi incompetente.

All'effetto anzidetto si considerano titoli diversi quelli che non hanno origine comune e costituiscono il fondamento di tante azioni e cause di chiedere separate e distinte. — *Appello Lucca* 14 luglio 1873. *Falugi—Tozzi, Annali*, VIII, 22.

12. Quando si intenta l'azione negatoria, e contemporaneamente si domandano in una somma determinata i danni cagionati da chi esercita illegittimamente la servitù, il valore dei danni si unisce al valore del fondo per misurare la competenza. — *Cass. Torino*, 20 ottobre 1874. *Delponte—Massorbio, Il. cc. Annali*, IX, 418.

13. Per l'esatta applicazione di questo articolo si deve esaminare se ciascun capo di domanda abbia una causale speciale della obbligazione dal medesimo contemplata, in guisa da poter essere proposto in giudizio anche separatamente dagli altri capi, o se altrimenti i diversi capi di domanda riguardano obbligazioni fra loro connesse e aventi una sola, identica causa.

Solo in questo secondo caso i diversi capi devono essere sommati fra loro per determinare il valore della lite.

Dall'avere più obbligazioni una comune origine, non ne consegue che le medesime derivino dallo stesso titolo o causa delle obbligazioni. — *Cass. Firenze*, 29 aprile 1875. *Bertoia—Colletti, Annali*, IX, 221.

1. Questo articolo non può applicarsi quando più siano le persone dei convenuti salvochè si tratti di coobbligati o la natura e qualità delle azioni implichi più individui che vi sono interessati. — *Borsari Comm.* I, p. 125 — *Gargiulo Comm.* p. 207. — *Pisanelli Comm.* I, 1, § DCVI.

2. Lo stesso titolo di cui parla questo articolo deve intendersi si riferisca all'identità dell'atto o del fatto da cui l'obbligazione e l'azione nascono, non già all'identità della natura dei titoli.

È soltanto in questo senso che il cumulo delle domande può avere fondamento in ragione. Così più mutui fatti con atti distinti creano distinte azioni, le quali non si possono cumulare, sebbene il titolo di tutte queste azioni sia lo stesso, cioè il titolo *ex mutuo* (*Giurisprudenza* VIII, 449 in nota).

Art. 1202 seg. c. c.

74. Quando più persone chiedano in un medesimo giudizio da uno o più obbligati il pagamento della loro parte di un credito, il valore della causa si determina dalla somma totale.

1. Possono più attori proporre con un solo atto di citazione le loro domande, sia che queste si fondino sopra un titolo unico, sia che si fondino sopra titoli distinti e anche diversi, specialmente poi se tutte quelle domande richiamino alla risoluzione di una identica questione di diritto.

Allora può il convenuto chiedere la separazione delle cause proposte da più attori con un solo atto, quando la diversità dei vari titoli su cui la domanda di ciascuno si fonda sia tale da recargli danno nel libero sviluppo del procedimento. — *Appello Brescia 9 febbraio 1870. Fabbriceria di Breno II. cc.—Demanio. Annali, IV, 615.*

2. Più persone aventi crediti distinti e derivanti da diversi titoli possono con un solo atto di citazione proporre la loro domanda contro il debitore. Il valore della causa per determinare la competenza, deve essere calcolato per ciascuno dei crediti separatamente, nè la competenza per il credito maggiore può assorbire quella del credito minore che sia devoluta ad altra autorità giudiziaria. — *Appello Torino 5 giugno 1871 Berzetti di Buronzo—utrinque. Bettini, XX, 445.*

Art. 611 seg. c. p. c.

75. Nelle controversie per sequestro o pignoramento il valore della causa si determina:

1. Dal credito per cui si procede a questi 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 rivendicare 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.

1. È di competenza del pretore il giudizio sulla conferma o revoca del sequestro sebbene questo sia stato accordato a cautela di più crediti diversi e distinti, il cui ammontare complessivo oltrepassa le lire 1500, quando nessuno di essi, singolarmente preso, ecceda tale somma. — *Cass. Torino 21 luglio 1869, Sorba—Casavecchia. Bettini, XXI, 458.*

2. La causa di sequestro e quella di rivendicazione della cosa sequestrata debbono essere decise dal medesimo giudice, e colla stessa sentenza.

Nel suddetto caso, la competenza si misura secondo il valore delle cose sequestrate, e se quello eccede le lire 1500 è competente il tribunale civile, sebbene il credito per cui fu fatto il sequestro sia minore di quella somma. — *Cass. Firenze 5 gennaio 1875. Corsi—Paolini. Annali, IX, 70.*

Art. 1778 seg. c. c.

76. Nelle controversie per prestazione di rendita perpetua, temporanea, o vitalizia, 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 tratti di rendita per-

petua, 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.

1. È incompetente il pretore a pronunciare sulla domanda di canoni enfiteutici benchè il loro ammontare non oltrepassi il limite della sua competenza, quando la contestazione della lite si estende all'obbligo in massima di pagare i canoni. — *Terza Istanza di Milano, 22 dicembre 1865. Mon. Trib., VII, 29.*

2. Nelle prestazioni di rendita annuale l'art. 76 vuole che se ne desuma il valore dalla somma capitale solo in quanto sia controverso il titolo della prestazione stessa. Per conseguenza se la controversia cada sull'adempimento della condizione risolutiva portata dal titolo, anzichè sul titolo stesso, questo non è litigioso e non trova quindi applicazione l'articolo 76. — *Cass. Firenze, 5 novembre 1872. Brunelli—Gengia. Legge, XIII, n. 3.*

3. Nelle controversie per prestazioni di rendite il valore si desume dalla somma capitale espressa nell'atto di costituzione, se il titolo è controverso.

È controverso il titolo quando anche si tratta di vedere quale sia la sua natura e non soltanto quando il titolo venga contestato dal convenuto. — *Cass. Torino, 18 dicembre 1872. Dall'Acqua—Mantelli, Manni. Gior. dei Trib., II, n. 3.*

4. Perchè possa dirsi, agli effetti della competenza, controverso il titolo di una prestazione di rendita vitalizia, non è necessario che sia contestata la realtà della prestazione, ma basta che si agiti controversia sulla modalità di essa.

È perciò, insorta controversia sulla esistenza di una condizione a cui sia, o no stata soggetta la prestazione di una rendita vitalizia, il valore della causa, quanto a competenza, si desume dall'intera obbligazione. — *Cass. Firenze, 19 giugno 1873. Berardi—Canterani. Legge, XIII, n. 71.*

5. La contestazione sul titolo, ancorchè sorga per la prima volta avanti il tribunale in grado d'appello, obbliga ugualmente il magistrato a dichiararsi incompetente, se il valore della controversia misurata colle norme prescritte dalla legge supera le lire 1500.

Quando il titolo d'una domanda sia stato sanzionato da una precedente regidicata, non è più controvertibile, e perciò il magistrato adito essendo impedito dall'esaminare le eccezioni riguardanti il titolo, rimane sempre competente a pronunciare sulla domanda, che abbia per oggetto il pagamento d'una somma non eccedente la sua giurisdizione.

Se, chiesto il pagamento di alcune annualità di una pensione, sorse controversia sul titolo, la sentenza che pronuncia su tale domanda, e sulle eccezioni, costituisce autorità di cosa giudicata anche per le annualità future.

Dopo che una sentenza sia passata in cosa giudicata, come non può contestarsene la giustizia, così non può più mettersi in questione la competenza del giudice che l'ha pronunciata. — *Cass. Firenze, 7 dicembre 1874. Comune di Manziana—Centilli. Annali, IX, 79.*

1. È controverso il titolo in generale quando è attaccato il modo di essere del medesimo, benché nelle sue forme accidentali, imponendo al giudice la necessità di un esame che supera per avventura la sfera della sua competenza. — Borsari, *Comm.* I, p. 128.

2. Cadendo la contestazione unicamente sopra una quota della rendita, per esempio, sulla ritenzione del quinto o del decimo, si prenderà a calcolo soltanto questa quota ed il capitale corrispondente. — Pisanelli, *Comm.* I, 1, p. 665. — Borsari, *Comm.*, I, p. 128.

Art. 82 c. p. c.; 1574
c. c.

77. Nelle controversie sulla validità o continuazione di una locazione il valore si determina cumulando i fitti, le pigioni, le mercedi, di cui si contende, e gli accessori.

Ancorché sia proposta a giudicare in primo capo l'esistenza di un contratto di fitto, la competenza per ragione di materia o valore va regolata dall'art. 77 e non dall'art. 72, accumulando cioè i fitti relativi al tempo che ancora rimane a decorrere, e che formano l'oggetto del capo secondo, in quanto dal complesso della citazione o dalla contestazione incidentale risulti che il capo primo è solo il fondamento e la *causa juris* del secondo e che non è contesa l'esistenza del contratto ivi proposto. — *Appello Venezia*, 8 giugno 1874. *Saibante—Andreola. Mon. Trib.*, XV, 643.

Vedi art. 81 sent. n. 4, e art. 82 sent. n. 14, 18, 23, 25.

La presente disposizione è applicabile anche alle locazioni di mobili o di opere o di industrie. — Borsari, *Comm.*, I, p. 128. — Saredo, *Istit.*, n. 167, — Mattei, *Annotaz.* — Gargiulo, *Comm.*, p. 211.

Pisanelli è d'avviso contrario (*Comm.*, I, 1, DCLXXVII) considerando che la locazione di mobili, il godimento della cosa pone in balia di chi lo ha lo stesso diritto di proprietà, e che la cessazione della locazione importando cessazione del godimento, la controversia sulla medesima vale quanto la cosa, come d'altro canto nei contratti di locazione delle opere e delle industrie, il loro inadempimento dà diritto al risarcimento dei danni-interessi, i quali soli perciò rappresentano il valore della causa.

Le parole *validità* e *continuazione*, adoperate in questo articolo, servono a contrassegnare due ipotesi, quella cioè che il contratto non si sia cominciato ad eseguire, e l'altra che siasi già recato in atto. È nella prima di queste ipotesi che il valore delle cause si desume dalle pensioni di tutti gli anni: nella seconda da quelle sole che rimangono a decorrere (*). Però la controversia sulla continuazione comprende tutte le ragioni per le quali può chiedersi lo scioglimento dell'affitto, non esclusi i vizi originari per cui il contratto debba dirsi invalido. — Pisanelli, *Comm.*, I, 1, DCLXXIII. — (*) Gargiulo, *Comm.*, p. 211.

78. Nei casi indicati nei due articoli precedenti, o in altri simili casi, se la prestazione debba farsi in derrate, il valore non determinato dal titolo è dichiarato dall'attore.

Se l'attore non faccia la dichiarazione, o il convenuto non l'accetti, il valore si desume dai prezzi medj del mercato più vicino al luogo della prestazione.

79. Nelle controversie sulla proprietà dei beni immobili il valore della causa si determina moltiplicando per cento il tributo diretto verso lo Stato.

Se la controversia cada sull'usufrutto o sulla proprietà nuda il valore si determina moltiplicando il tributo per cinquanta.

Art. 407 seg. c. c.

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 millecinquecento.

1. La contestazione che insorga fra il proprietario d'un piano e quello di un altro della stessa casa intorno al diritto competente ad essi di costruire opere murarie sovra una parte della scala che divide i piani stessi, è questione di proprietà e non di servitù; e però per determinare il valore che deve servire di base alla competenza, si deve ricorrere al primo e non al terzo capoverso dell'articolo. — *Cass. Torino, 6 settembre 1866. Mon. Trib., VII, 888.*

2. Nelle controversie sulla proprietà dei beni immobili, sull'usufrutto o sulla proprietà nuda, sopra una servitù prediale o sul regolamento di confini, il giudice è tenuto ad indagare e riconoscere egli stesso il valore della causa, nè le dichiarazioni od ammissioni espresse o tacite delle parti possono tener luogo di prova che il valore della causa non oltrepassi i limiti della sua competenza. — *Cass. Torino, 5 marzo 1869. Mosca Siez—Pedrò, Mosca Siez. Mon. Trib. X, 397.*

3. Il valore degli immobili per stabilire la competenza in tema di proprietà e di servitù non può determinarsi in altro modo che moltiplicando per cento il tributo diretto imposto sui medesimi verso lo Stato.

E se il valore non si può determinare dal tributo, la causa si presume di valore eccedente le lire 1500.

Ma perchè questa presunzione abbia luogo deve si provare la impossibilità di determinare il valore sulla base del tributo: nè è lecito ricorrere ad altri mezzi di prova per stabilire che il valore supera le lire 1500 e quindi eccede la competenza pretoria. — *Cass. Torino, 12 maggio 1870. Bernardi—Sapetti. Giurisprudenza, VII, 399.*

4. L'attestato dell'amministrazione delle tasse è documento sul quale può basarsi il giudice per dichiarare a quale tributo sia soggetto un immobile per gli effetti della competenza.

Allorquando risulti che il fondo non fu sottoposto a tassa, attesa la tenuità della rendita imponibile, il giudice rettamente ne deduce, che si verifichi la competenza del pretore, e non è applicabile l'ultimo allinea di questo articolo. — *Cass. Firenze, 11 luglio 1872. Noferi—Batacchi. Annali, VI, 262.*

5. A differenza del codice del 1859 che ammetteva anche la prova per titoli, nessun altro criterio è dal nuovo codice permesso per determinare il valore d'un immobile all'infuori del multiplo del tributo. — *Cass. Torino, 26 luglio 1872. Traxino—Penco. Gior. delle Leggi, IV, 61.*

6. Di regola il tribunale o il pretore adito si presume competente anche nelle controversie che riflettono beni immobili sino a che il convenuto, che eccepisce l'incompetenza per ragione di valore, abbia dimostrato il fondamento della sua eccezione nei modi stabiliti dalla legge. — *Cass. Torino, 30 luglio 1873. Municipio di Vigliano d'Asti—Roasenda. Mon. Trib. XIV, 946.*

7. Sebbene la servitù prediale si eserciti e si soffra sopra una parte sola del fondo, lo colpisce però e lo deprezza tutto quanto. Viola perciò la legge la sentenza che per determinare il valore della causa in ordine alla

giurisdizione, prende per misura il valore della sola parte del fondo che è direttamente affetta dalla servitù. — *Cass. Firenze, 11 dicembre 1873. Menabuoni—Zaccagnini. Legge, XIV, 217.*

8. Viola il testo e lo spirito dell'articolo presente il giudice, il quale ammette che nelle controversie sulla proprietà dei beni immobili, alla definizione della competenza, possano concorrere altri elementi uniti a quello del contributo prescritto dalla legge. — *Cass. Napoli, 20 gennaio 1874. Irace—Milano. Gior. dei Trib., III, n. 104.*

9. Il criterio unico e tassativo per determinare il merito della causa, in cui si controverta la proprietà di beni immobili, consiste nel tributo diretto verso lo Stato.

Quando questo tributo sia ignoto, non è ammesso alcun equipollente per farne le veci: e la causa dovendosi dichiarare di valore indeterminato è devoluta alla giurisdizione del tribunale.

La regola per la quale si presume competente il tribunale adito, finchè non sia provato il contrario, vale soltanto per le cause concernenti la proprietà mobile. — *Cass. Firenze, 15 giugno 1874. Talluri e Comp. — Fabbri. Legge, XIV, 865.*

10. Nel determinare col criterio del tributo la giurisdizione o competenza per valore nelle controversie relative ai beni immobili, devono computarsi anche i centesimi addizionali che si pagano allo Stato. — *Cass. Napoli, 6 luglio 1874. Basile—Pugno. Legge, XIV, 854.*

11. Nelle controversie sulla proprietà di beni immobili mancando l'elemento del tributo diretto verso lo Stato, il valore della causa può essere accertato ed apparire manifestamente per il fatto medesimo delle parti, dai documenti su cui si basa l'azione o l'eccezione. — *Cass. Torino, 20 gennaio 1875. Raverta—Zerbi. Gior. dei Trib., IV, n. 46.*

Se il cons. Borsari è d'avviso che di fronte alla regola stabilita da questo articolo non si debbano ammettere altre prove di genere deduttivo, crede però debba farsi eccezione quando la dimostrazione fosse evidentissima, quando risulti da documenti *certi* che il fondo, intorno al quale si disputa, ha una superficie così ristretta che non potrà mai sorpassare la misura legale della competenza. (*Comm. I, p. 131*).

Sarebbe invece opinata che quelle stabilite da questo articolo siano le sole norme che la legge ammette per determinare il valore, epperò che le parti non potrebbero ricorrere ad altri criteri (*Istit., n. 169*).

80. Nelle controversie relative a beni mobili il valore della causa è determinato dall'attore nella domanda.

Se l'attore non lo determini 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 valore della causa sia nei limiti della sua competenza.

1. Tuttochè l'attore abbia presentata domanda indeterminata al tribunale civile, questo non è costretto a conoscerne, ma può dichiarare la sua incompetenza, quando sia evidente che la condanna non supererebbe mai le lire 1500. — *Appello Napoli, 11 marzo 1867. Cardente—Jacobucci. Annali, I, 255.*

2. L'eccezione del convenuto sul valore dell'oggetto domandato non può appoggiarsi a perizie o ad altre verificazioni, ma a quei soli elementi di prova, che scaturiscono allo stato degli atti, e se quelli mancano, si ritiene il valore incerto. — *Appello Perugia, 14 aprile 1869 Bura, II. cc.— Rotoni. Annali, III, 377.*

3. Nelle controversie relative a beni mobili il convenuto, contumace può, valendosi del mezzo dell'opposizione o dell'appello, impugnare nella sua prima comparsa di risposta il valore della causa ritenuto colla sentenza contumaciale. — *Cass. Torino, 30 luglio 1869. Giustavino—Novella. Annali, IV, 14.*

4. Il convenuto che nelle cause relative a beni mobili vuole impugnare il valore della lite, deve farlo nella sua prima risposta e non lo può nel giudizio d'appello. — *Cass. Firenze Pimpignoli-utrinque, 24 gennaio 1870. Annali, IV, 108.*

5. Benchè al principio della lite la domanda sia nei limiti della competenza pretoria, se per le eccezioni del convenuto venga ad essere di valore indeterminato, è a ritenersi di valore eccedente le lire 1500, e così di competenza del tribunale. — *Cass. Torino, 10 settembre 1870. Bandini—Giachesi. Coll. Uff., 553.*

V. art. 79, sent. n. 6.

Il giudice non ha facoltà di apprezzare la cosa mobile oggetto della lite meno di quello che lo fu espressamente o implicitamente dall'attore e dal convenuto col non aver sollevato opposizione, e non può perciò declinare per questo suo apprezzamento la competenza propria a giudicare nella causa. — *Borsari, Comm., I, p. 132. - Saredo, Istit., n. 170.*

81. Le controversie di stato, di tutela, di diritti onorifici, e altre di valore indeterminabile, si considerano di valore eccedente lire millecinquecento.

1. La questione sulla qualità ereditaria non costituisce una questione di un valore indeterminato eccedente i limiti della competenza pretoriale quando sorga in occasione di una lite.

Il vigente cod. civ. non avendo più richiamato il disposto dell'articolo 989 del cod. civ. Alb., giusta il quale colui contro il quale un creditore o legatario della successione avea ottenuto una sentenza proferita in contraddittorio e passata in giudicato, che lo avea dichiarato erede e condannato espressamente in tale qualità, era riputato erede verso tutti i creditori o legatari della stessa successione, ne conseguita che la questione sulla qualità ereditaria non potrebbe, secondo la mente del legislatore, costituire una questione di stato, o altrimenti una questione avente tratto successivo di una entità indeterminata e quindi eccedente i limiti della competenza pretoriale. — *Cass. Torino, 14 marzo 1872. Silva—Zanotti. Gior. delle Leggi, III, 178.*

2. L'art. 81 che considera di valore eccedente lire 1500 le controversie di stato, di tutela, di diritti onorifici ed altre di valore indeterminabile, non riguarda il valor commerciale e permutabile, ma concerne soltanto quello che non può ragguagliarsi ad una somma di danaro. — *Cass. Napoli, 12 maggio 1874. Cartaneis—Cartaneis. Legge XIV, 730.*

3. Il disposto dall'art. 81 trova applicazione quando l'oggetto stesso in disputa ha un valore indeterminato, non quando l'indeterminato valore si vuol trarre dalle future, possibili, ma non controverse conseguenze del-

l'esito della contesa. Il valore di queste conseguenze è già inchiuso ed incorporato nell'oggetto stesso di cui si contende in quanto che il valore di questo porta con sé naturalmente e si calcola in vista dei diritti che possono discenderne. — *Cass. Torino, 20 gennaio 1875. Raverta—Zerbi. Gior. dei Trib., IV, n. 46.*

4. Pel codice italiano il contratto di colonia viene annoverato fra le specie di locazioni-conduzioni, ed è governato dalle regole comuni a queste.

Nelle controversie sulle risoluzioni in tronco del contratto di colonia, il valore della causa è indeterminabile, e perciò è sempre di competenza dei tribunali civili, non dei pretori.

Non sarebbe applicabile a tali controversie l'art. 80 C. P. C., che riguarda soltanto quelle relative ai beni mobili, e non lo sarebbero neppure le norme prescritte dagli art. 77 e 78, desunte dal cumulo dei *fitti, pigioni e mercedi*, o dal prezzo medio del mercato, imperocché non si tratta di contratto in cui siasi convenuta una prestazione in danaro o in derrate certa e invariabile, ma di contratto in virtù del quale debbono essere distribuiti fra il padrone e il colono i frutti stessi del fondo, incerti nella quantità e nel valore. — *Cass. Firenze, 6 aprile 1875 Cini—Castelli. Annali, IX, 159.*

5. Vedi art. 72, sent. n. 15.

1. Il pretore è competente a conoscere d'una controversia riguardante la qualità quando sia proposta in via incidentale in un altro giudizio. In questo caso però è naturale che la sentenza del giudice avrà un'autorità limitata ai soli diritti che formarono l'oggetto della domanda principale. — *Pisanelli, Comm., I, 1, p. 569.*

2. Il convenuto dinanzi al giudice di mandamento pel pagamento di somma inferiore alle lire 1500 indarno declinerebbe la competenza mandamentale, *allegando di non avere la suppostagli qualità di erede del debitore*, ed eccitando così una questione sulla quale il giudice in via principale e diretta non sarebbe competente a decidere. Il giudice esaminerà *incidentem quaestionem* in via incidentale *non ut de ea pronunciet*, ma per condannare il debitore al pagamento di somma non eccedente le lire 1500 e la questione di stato rimarrà illesa per ogni altro riguardo. — *Pescatore, Spos. Comp., I, 182.* — Lo stesso illustre autore nella sua opera intitolata *Filosofia e Dottrine giuridiche* (p. 232 e seg.) sviluppando questo concetto insegna:

« Se le parti contendenti sulla questione principale sono *anche* i legittimi contraddittori, l'uno riguardo all'altro sulla questione incidente, e se l'una o l'altra delle parti, usando del suo diritto, vuole che si decida anche la questione incidente, prendendo in tal senso apposita conclusione; non v'è dubbio che, a pronunziare su entrambe le questioni, si richiederà nel giudice una competenza *completa*; e poichè il giudice della domanda principale si presume incompetente per la domanda incidentale, niun dubbio che egli dovrà spogliarsi interamente della causa, e le parti dovranno per entrambe le questioni adire quell'autorità, che sola è competente a decidere l'una o l'altra. Che se invece le parti contendenti sulla questione principale, *o non sono legittimi contraddittori* sulla questione incidente, o pur essendolo, *si accordano nel volerla escludere dal giudizio, e nel volere così limitare la giurisdizione del giudice adito all'oggetto della domanda principale*, basterà che questi sia rivestito di competenza in riguardo alla questione principale per decidere della medesima: e decidendo di questa, egli esaminerà la questione incidente, non per istatuirvi, ma solo per giungere a pronunciare sulla questione di sua competenza, così che il valore di giudicato, proprio della sua sentenza, non si estenderà che alla questione principale. »

3. Non può esser dubbio che il giudice dell'azione è pur competente per l'eccezione, salvo che la legge disponga diversamente in casi speciali, o l'eccezione racchiuda una questione che per indole sua propria non appar-

tenga alla stessa giurisdizione, ovvero si risolva in un vero *praejudicium* nel senso già definito dal diritto romano per le quistioni di stato. — *Relazione* Pisanelli.

82. Sono di competenza dei pretori, qualunque sia il valore della causa, purchè proposte entro l'anno dal fatto che vi diede origine:

1. Le azioni per guasti e danni dati ai fondi urbani e rustici, alle siepi, chiudende, piante e ai frutti;

2. Le azioni possessorie;

3. Le azioni di danno temuto e denuncia di nuova opera, in conformità degli articoli 698 e 699 del codice civile;

4. 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;

5. Le azioni di sfratto per locazione finita, salvo il disposto dall'articolo 70.

1. L'azione *locati-conducti* deve aversi nel rapporto del locatore col fondo come possessoria, e non si può quindi in lite per pagamento di fitti conoscere della proprietà vantata da un terzo intervenuto in causa, per aggiudicarli a lui anzichè al locatore. Di tal guisa si confonde il possessorio col petitorio.

Ovè un tal giudizio sulla proprietà venga emesso in grado di appello, ed il fondo superi l'importare di competenza del primo giudice che decise il possessorio sui fitti, il giudizio d'appello viola anche le leggi sulla competenza. — *Cass. Napoli*, 17 aprile 1866. *Marano—Carbonelli*, II. cc. *Bettini*, XVIII, 237.

2. Se a respingere l'azione di sfratto il conduttore produca un atto di rinnovazione della locazione, il pretore deve esaminarlo non per decidere sulla sua validità, ma per giudicare sulla giustizia dell'azione di sfratto. — *Cass. Napoli*, 6 luglio 1867. *Ruggero—Petroli Annali*, II, 99.

3. Sono sottratti alla competenza pretoriale quei giudizi che sotto specie di regolamento di distanze inchiudono una questione di proprietà ed hanno per oggetto la rivendicazione di un terreno più o meno esteso. — *Cass. Firenze*, 11 novembre 1867. *Legge* VIII, 17. — *Cass. Torino*, 1 luglio 1868, *Legge*, VIII, 719.

4. Le azioni di sfratto per locazione finita proposte entro l'anno sono di competenza dei pretori qualunque sia il valore della causa.

Allora è a dirsi finita una locazione quando, a tenore del contratto, il termine di essa è trascorso; ma quando esso non è trascorso non si verifica che una controversia sulla risoluzione del contratto, che è regolata dai principii generali di competenza. E perciò se cumulando i fitti del tempo rimanente e gli accessori si ha una somma superiore a 1500 lire il pretore non è competente. *Cass. Torino*, 24 gennaio 1868. *Alberti—Municipio di Milano. Annali*, II, 53.

5. Le azioni di sfratto per locazione finita sono di competenza dei pretori quando la durata del contratto non sia più in questione tra le parti. Se dunque il convenuto alla domanda di sfratto opponga l'esistenza di una nuova locazione il cui merito eccede le lire 1500, il pretore deve dichiararsi incompetente. — *Cass. Torino*, 3 aprile 1868. *Corti—Pallavicini. Annali*, II, 156. — *Cass. Napoli*, 14 agosto 1867. *Cesaro—Clarizia. Annali*, II, 61.

Art. 77, 93, 938 c. p. c.
579, 686 seg., 693 seg.,
698, 699 c. c.

6. La giurisdizione pretoriale pelle azioni di danno temuto è circoscritta a provvedere provvisoriamente per evitare i danni avvenibili per effetto della nuova opera, ma non permette al giudice di statuire sul diritto dell'autore dell'opera di eseguirla, materia questa che spetta conoscere ai tribunali se il valore della causa è indeterminato o supera lire 1500. — *Cass. Torino*, 25 aprile 1868. *Oreggia—Amoretti. Mon. Trib.*, IX, 517. — *Appello Genova*. . . *Musso—Cappa. Mon. Trib.*, VIII, 36.

7. Non ogni violazione dell'altrui possesso può dar luogo all'azione possessoria in manutenzione, ma quella sola commessa con intenzione di acquistare o esercitare un diritto sulla cosa.

Ove manchi questa intenzione potrà il danneggiato sperimentare l'azione ai danni e interessi, ma non l'azione possessoria. — *Cass. Napoli*, 2 maggio 1868. *Gregorace—Tucci. Mon. Trib.*, X, 695.

8. Affinchè il procedimento di nunciazione di nuova opera non sia più concesso è necessario che l'opera sia veramente compiuta; ed ove l'opera in parte sia eseguita, in parte no, è sempre ammissibile la nunciazione per questa seconda parte. — *Cass. Napoli*, 9 maggio 1868. *Gnozza—Bergollis. Bettini*, XX, 469.

9. La denuncia di nuova opera allora si deve portare davanti al pretore quando forma istanza principale e di per sè stante. Ma se la denuncia si fa in modo accessorio e col medesimo libello col quale è mossa la lite sulla sostanza del diritto, allora la di lei cognizione deve recarsi al trib. civ. (Vedi art. 938). — *Appello Potenza*, 15 maggio 1868. *Loffredo—Bochicchio. Annali*, II, 591.

10. All'azione di sfratto non può opporsi nel merito che la consentita continuazione della locazione, perchè ogni altra indagine o domanda riconvenzionale dev'essere dal pretore rimandata ad altra sede. — *Cass. Napoli*, 22 giugno 1868. *Demanio—Volpe. Bettini*, XX, 646.

11. Le cause di danno dato deferite alla competenza del pretore, qualunque sia il merito della causa, sono quelle annuali e di celere spedizione, *damni injuria dati*, non quelle di degradazione ai fondi locati. — *Appello Firenze*, 28 dicembre 1868. *Dukase—Franchetti. Annali*, II, 490.

12. Le azioni di sfratto per locazione finita sono sempre di competenza del pretore, sebbene il conduttore adduca per eccezione che il locatore gli rinnovò verbalmente la locazione. — *Cass. Napoli*, 17 giugno 1869. *Gusman—Torelli. Annali*, IV, 244.

13. Il pretore è incompetente a conoscere di un'azione di manutenzione e reintegrazione in possesso, se per intrinseca sua natura viene a colpire il petitorio, dal quale è dipendente e necessariamente assorbita. — *Cass. Torino*, 15 dicembre 1869. *Provincia di Sondrio—Spedale di Como. Giurisprudenza*, VII, 94.

14. L'istanza pella dichiarazione di validità di una disdetta di fitto non può confondersi coll'azione di sfratto, ed è di competenza del pretore. — *Cass. Firenze*, 14 marzo 1870. *Pozzesi—Talli. Annali*, IV, 84.

15. La domanda di rifazione dei danni è parte integrante del giudizio di turbativa o di spoglio. Perciò, come il pretore è competente a giudicare dell'azione possessoria, così è competente non solo a condannare in genere ai danni, ma anco a liquidarli, sebbene l'ammontare di questi si faccia ascendere a somma superiore alle lire 1500. — *Appello Torino*, 22 aprile 1870. *Ferrero—Redi. Annali*, IV, 434. — *Appello Torino*, 6 dicembre 1870. *Solaro del Borgo—Pasta. Giurisprudenza*, VIII, 138.

16. Sotto il nome di guasti e danni la legge intende ogni maniera di turbativa per via di fatto, ossia qualunque atto arbitrario od illegittimo; onde, concesso un pascolo per titolo, non si può ritenere il pretore com-

petente per danni che ai fondi da questa concessione si assumano derivare. — *Cass. Napoli, 21 gennaio 1871. Dimopoli—Manzoni. Gazz. del Proc. VI, n. 1.*

17. Se in seguito a denuncia di nuova opera venne innanzi al pretore ed al tribunale civile trattato il merito della causa, è inapplicabile il disposto di questo articolo, pel quale viene data competenza al pretore locale pei relativi provvedimenti temporanei, ma la questione deve risolversi colle ordinarie norme di competenza.

Un giudizio in via di denuncia di nuova opera impinge nel merito se il giudice fa dipendere dall'ordinata perizia il determinare se le opere lamentate possono o non sussistere. — *Cass. Torino, 2 febbraio 1871. Fiorito—Bergoglio. Giurisprudenza, VIII, 150.*

18. Quando contro l'azione di sfratto siasi opposta, in via di eccezione, la rinnovazione di locazione, e l'attore abbia allora proposta altra distinta azione di risoluzione per decadenza *ipso jure* del conduttore, il pretore è incompetente a giudicare sulle cause riunite, sempre che la somma dei fitti superi la sua competenza.

Questa incompetenza, che, sebbene non opposta, dovea rilevarsi d'ufficio sia dal pretore, sia dal tribunale in grado di appello, induce nullità di entrambe le sentenze. — *Cass. Firenze, 11 dicembre 1871. Mittendorfer—Frugoli. Annali. VI, 35.*

19. Il giudice competente a conoscere di una causa può bene per deciderla deliberare anche una questione pregiudiziale incidente che, come azione principale, eccederebbe i limiti della sua competenza, ma non può formalmente pronunciare sopra di essa con decisione che costituirebbe cosa giudicata in qualunque altro rapporto fra le parti.

Quindi se ad un'azione di pagamento di fitti e rilascio di beni per locazione finita, il convenuto opponga la proprietà dei beni stessi, può il pretore senza eccedere la sua competenza deliberare la questione di proprietà per decidere l'altra, ma non può senza divenire incompetente giudicare espressamente sulla questione di proprietà. — *Cass. Torino, 26 luglio 1872. Tracino—Penco. Mon. Trib., XIII, 1008.*

20. La competenza del pretore a conoscere dell'azione di sfratto non cessa perchè dal convenuto venne opposta la illegittimità della disdetta intimatagli.

Proposta un'azione di sfratto dinanzi al pretore, la competenza del medesimo si limita a conoscere della illegittimità o legittimità della medesima, e non si estende già a conoscere se il contratto debba o no essere proseguito in forza del patto di rilocazione.

L'eccezione è una replica ed un ostacolo che si oppone alla azione spiegata; la riconvenzione è una contraria azione che si propone ad elidere quella proposta dall'attore.

Quando il convenuto all'azione di sfratto oppone la illegittimità della disdetta, con ciò non propone già una riconvenzione, ma bensì soltanto un'eccezione all'azione spiegata. — *Cass. Firenze, 21 novembre 1872. Bedoni—Caracciolo. Legge, XIII, n. 3.*

21. La competenza speciale per azioni di sfratto a causa di finita locazione non può declinarsi per eccezioni o domande riconvenzionali fondate sopra elementi che non siano celeremente valutabili dal pretore adito, esclusa ogni altra abbindolata indagine che al convenuto piacesse innestarvi.

Quindi è competente il pretore a pronunciare sull'azione di sfratto benchè in via di eccezione dal convenuto si opponga la esistenza di un nuovo contratto di affitto. — *Cass. Napoli, 23 aprile 1873. Basile—Lionelli. Gior. dei Trib., II, n. 236.*

22. La voce *frutti* usata dal legislatore in questo articolo, n. 1, è generale e comprende tanto quelli inerenti, quanto quelli distaccati dal suolo. — *Cass. Napoli*, 1 ottobre 1873. *Maffia—Ferrovie Meridionali. Legge*, XIV, 109.

23. Nei giudizi di liquidazione di danni per sofferto spoglio, la competenza risiede in quello stesso pretore che emise la condanna generica ai danni, qualunque sia la somma cui questi si fanno ascendere. — *Appello Torino*, 24 gennaio 1874. *Ghisoli—Reynaud. Gior. delle Leggi*, V, n. 44. — *Appello Torino*, 22 aprile 1870. *Ferrero—Rodi. Giurisprudenza*, VII, 435.

24. Non è azione di sfratto per locazione finita, assegnata senza limitazione di valore alla competenza pretoriale, la domanda di risoluzione di una affittanza per inadempimento degli obblighi assunti. — *Appello Venezia*, 21 aprile 1874. *Sbrojavacca—Michieli. Mon. Giud.*, III, 341.

25. Il pretore è competente non solo per dare provvedimenti temporanei sulla domanda di nunciazione di nuova opera, ma anche per giudicare sul merito se il fondo su cui cade la controversia è di valore inferiore alle lire 1500. — *Cass. Napoli*, 23 aprile 1874. *Amonte—Fien-dole. Legge*, XIV, 704.

26. Nelle controversie riguardanti puramente e semplicemente l'azione di sfratto per finita locazione, è competente il pretore qualunque sia il valore della causa.

La sua competenza cessa ogniquale volta la contestazione oltre allo sfratto, cada anche sulla durata, continuazione o termine d'una locazione il cui valore ecceda le lire 1500. — *Cass. Firenze*, 22 giugno 1874. *Bel-lotto—Collegio Armeni. Gior. dei Trib.*, III, n. 181.

27. Quantunque le azioni di danno dato siano indistintamente di competenza dei pretori, pure questi debbono rimettere la causa al tribunale se contro le dette azioni si opponga un'eccezione che ecceda i limiti della competenza pretoria. — *Cass. Firenze*, 9 luglio 1874. *Gaetani—Fagioli. Bettini*, XXVI, 709.

28. Introdottosi un giudizio possessorio, se per eccezioni fatte e pelle prove offerte il giudizio stesso cangi natura e carattere, sicchè trattisi soltanto di stabilire una indennità per inoltramento sul fondo altrui avvenuto in buona fede ed a scienza del proprietario, diviene incompetente a conoscere il pretore. — *Cass. Torino* *Bettini*, II, 476.

1. L'azione di danno si esercita contro chi, senza intenzione di esercitare un diritto, arreca un danno ad altri sia volontariamente che involontariamente ed ha perciò per unico scopo di ottenere il risarcimento del danno ricevuto.

L'azione possessoria invece si esperisce allorquando chi ci fu causa di un danno e turbò il nostro diritto pretende di avere un diritto al nostro superiore e di conseguenza molesta il nostro possesso.

È chiaro però che la differenza tra le due azioni essendo spesso basata sull'intenzione di chi à arrecato il danno e deve essere convenuto in giudizio, le dichiarazioni di quest'ultimo varranno a definire l'indole della lite.

Ed allorquando il fatto che fu origine della medesima poteva essere variamente interpretato, è a ritenersi che se il convenuto colle sue dichiarazioni tranquillizzi l'attore e ne dissipi i dubbj intorno alla turbativa del possesso da lui temuta, dovranno tuttavia le spese della citazione stare a carico del convenuto medesimo. — *V. anche Pisanelli, Comm.*, I, 1, p. 216 e seg.

2. Se per giudicare su d'una azione di danno, il pretore debba discutere e statuire sul diritto di proprietà e sulla sua estensione egli diventa incompetente. Se però fosse evidente il diritto o dell'attore o del convenuto, il pretore non dovrebbe arrestarsi innanzi ad una eccezione che racchiudesse

una manifesta cavillazione, come non deve arrestarsi quando al danno si aggravi una questione possessoria. — Pisanelli, *Comm.*, I, l. n. CXII e CCLII.

3. Fra i guasti e danni di cui parla il n. 1 di questo articolo sono compresi così gli immediati come i mediati ed anche quelli cagionati dagli animali e dalle persone delle azioni delle quali si è responsabili giusta l'articolo 1153 c. c. — Pisanelli, *Comm.*, I, l. p. 228.

4. La questione dell'esservi stata o meno colpa da parte del convenuto in un danno che gli è imputato, rientra necessariamente nella competenza del giudice di mandamento, poichè un fatto giuridicamente non esiste se non concorrono i due attributi della esistenza materiale, cioè, ed imputabile. — Pisanelli, *Comm.*, *ib.* p. 230.

5. Non può esservi giudizio possessorio ed azione possessoria se gli atti violatori non appariscano informati dall'intenzione di togliere altrui il possesso delle cose su cui furono rivolti.

Non può esservi giudizio possessorio là dove per difetto di ogni controversia di proprietà o altro diritto sulla cosa, un petitorio non è concepibile.

Il criterio che ci deve guidare nel qualificare un'azione come possessoria, si è di constatare se nell'agente esisteva l'intenzione di attentare al diritto del molestato o spogliato e se fra queste parti per quella contestazione sia poi possibile l'istituzione di un petitorio.

Scopo finale ed unico dell'azione possessoria si è quello di far stabilire dal giudice chi abbia il possesso, onde sapere quale dei due contendenti debba nel futuro giudizio petitorio sostenere le parti di attore, quale le parti di reo. Il giudizio possessorio è inconcepibile senza la possibilità d'un posteriore giudizio petitorio. — Belime, *Traité du droit de poss. et des act. poss.*, n. 315-322. — Pisanelli, *Comm.*, I, l. p. 216. — Scotti, *Mon. Trib.* X, 681.

6. A ben determinare la competenza dei pretori in fatto di nunciazione di nuova opera è mestieri distinguere i vari giudizi cui essa dà luogo, cioè il giudizio di inibizione da quello di remissione. Il primo ha per iscopo di ottenere il divieto dal giudice alla continuazione dell'opera, finchè non si conosca nel giudizio di sua sede se l'innovatore abbia o no diritto di innovare. In cotesto giudizio il pretore può e deve indagare se l'attore sia nel novero di quelle persone cui è permesso di fare la denuncia, e se la nuova opera sia nociva in modo qualunque, ma egli non può ricercare se l'innovatore aveva o no diritto di innovare appunto per non rendere inutile il posteriore giudizio di remissione.

Il giudizio di remissione poi rimane o meno di competenza del pretore secondo la specie di azione che viene a cadere nell'esame di tale giudizio, se cioè un'azione possessoria, ovvero un'azione petitoria, ovvero da ultimo un'azione possessoria e petitoria ad un tempo.

Cadrebbe in esame una semplice azione possessoria quando il diritto d'impedire l'opera e far distruggere l'innovato si fa derivare dal semplice possesso in cui è il denunziante del predio, cui nuoce la novella opera, indipendentemente da ogni diritto di proprietà.

Cadrebbe in esame un'azione affatto petitoria quando non si eleva disputa sul possesso, ma sulla proprietà o sul diritto d'innovare. Ciò posto, i pretori possono o rimettere l'inibizione, o far ridurre l'innovato *ad pristinum*, quando nel giudizio di remissione viene in esame un'azione meramente possessoriale, ma essi nol possono se l'azione sia petitoriale o petitoriale e possessoriale ad un tempo. — Pisanelli, *loc. cit.*, p. 275 e seg.

7. Il pretore nelle controversie della distanza delle piantagioni può giudicare di tutte le eccezioni e perciò anche della prescrizione sulla distanza legale, e può ancora risolvere tutte le questioni che ad occasione di questo giudizio si possono muovere intorno ai titoli, salvo che l'eccezione o la questione importino una controversia sulla proprietà. — Borsari, *Comm.*, I, p. 136. — Pisanelli, *loc. cit.*, p. 289.

8. L'azione di sfratto non può, nè deve esercitarsi se non contro l'occupatore di un fondo, che non ha verun titolo all'appoggio del suo ingiusto possesso, e le parole *locazione finita* accennano abbastanza come l'azione di sfratto possa solo esercitarsi quando il termine della locazione sia trascorso

o quando non vi sia seria contestazione fra le parti, se la locazione abbia in realtà toccato il suo termine. Non può dirsi finita quella locazione che durevole ancora giusta il tenore del contratto, può in date circostanze venir risolta per sentenza di giudice perchè all'epoca in cui si promuovesse l'azione di sfratto, la locazione sarebbe tuttora in corso. — *Motivato sent. Cass. Torino, 24 gennaio 1868. Alberti—Municipio Milano, n. 4.*

9. Colla competenza speciale di questo art. si deroga soltanto alla maggiore e più ampia dei trib. civili e non anche a quella minore dei conciliatori.

Vedi, ristrettivamente alle azioni di danni e guasti di cui al n. 1, dell'articolo, a favore lo scritto dell'avv. Luigi Neri nella *Legge*, 1867, p. 344, e contro quello dell'avv. R. Molina nello stesso periodico, 1867, p. 433.

Il Gargiulo (*Comm.*, p. 219) è d'avviso che il pretore sia competente purchè l'azione sia promossa nell'anno, tanto se l'azione sia per cosa il cui valore è sotto le lire 30, come se il valore della cosa ecceda le lire 1500. Nessuna eccezione, egli osserva, si trova all'uopo nell'articolo e quindi non potrebbe ritenersi il contrario; mentre avendo la legge voluta l'eccezione per l'azione di sfratto, per locazione di un valore inferiore alle lire 30, attribuendola al conciliatore, l'ha espressamente sanzionata nel n. 5 dell'articolo presente.

10. Quale è azione di sfratto nei sensi del n. 5 di questo articolo?

Fino dai primi tempi dell'attuazione del nuovo codice grave fu la contestazione sorta intorno al n. 5 del presente articolo. Nella Lombardia specialmente per le reminiscenze della cessata procedura austriaca, la quale conteneva opportune disposizioni speciali sulle disdette di finita locazione, si agitò vivissima la questione, e dappprincipio la magistratura parve seguire una via che richiamava il passato ed avvicinava le nuove alle vecchie norme processuali.

Si ricredette, è vero, in seguito, ed instaurò un sistema che meglio corrisponde allo spirito del nostro codice; ma ciò non avvenne che dopo una lotta non breve. Le due opinioni ebbero ciascuna i loro validi propugnatori che trattarono la tesi in modo ampio e completo nel *Monitore dei Tribunali* del 1867 e 1868, ed ecco il riassunto della discussione:

L'azione di sfratto per finita locazione, si disse da alcuni, ha un duplice scopo, secondochè il locatore intende recuperare la cosa dal conduttore, che si rifiuta a restituirla dopo scaduta la locazione, ovvero a munirsi del documento esecutivo di prova dell'obbligo che il conduttore assume coll'accettazione del congedo, di rilasciargli la cosa locata senza eccezioni nel giorno dal congedo indicato.

Parlando più specialmente del secondo caso, il *giudizio di sfratto* è una logica conseguenza del diritto che la legge civile accorda al locatore e dell'obbligo che gl'impone di premettere la licenza nelle locazioni a tempo indeterminato. Chi à dato la disdetta potrà citare il diffidato in giudizio proponendo in suo confronto a giudicare che la locazione si debba ritenere finita pel giorno in cui scade, e si intenda obbligato il conduttore a lasciare pel tal giorno la cosa locata a disposizione del locatore.

Dalle parole della legge: *azione di sfratto per locazione finita*, non può ritenersi esclusa l'azione che mette in essere il fatto della licenza per *locazione finita*.

La licenza in materia di locazione non ha significato, nè valore giuridico se non è motivata dalla scadenza del termine, dallo scopo di por fine ad una locazione *per solo titolo del termine*.

Se la legge appose alla parola *sfratto* la qualificazione: *per locazione finita* fu, non già per restringere la competenza nelle specie diverse, ma soltanto per distinguere lo sfratto per titolo diverso, che si deve proporre colle norme generali di competenza e di forma processuale.

L'azione che tende a mettere in essere la licenza per locazione finita ha d'altra parte lo stesso carattere d'urgenza e semplicità delle altre azioni enumerate in questo articolo, giacchè garantisce il locatore che nel tal tempo avrà libera la cosa propria.

Deve ammettersi adunque che l'articolo presente al n. 5 si riferisca oltrechè all'azione materiale di espulsione, dopo finita la locazione, anche al

giudizio per conferma della licenza. — (Righini: « *Intorno alle azioni di sfratto per locazione finita*. » *Mon. Trib.*, VIII, 665 e 1133).

A questi argomenti si rispose dall'altra parte:

Sfratto e *licenza* non sono sinonimi. *Sfratto* è invece sinonimo di *espulsione* ed include l'idea di allontanamento coattivo, che non è certo espressa dalla *licenza*. E difatti il legislatore adopera i due termini in senso diverso, nè l'uno sostituisce mai all'altro. Nel codice civile usa la parola *licenza* nel senso di disdetta, diffida o congedo, in quello di procedura adopera sempre ed unicamente la voce *sfratto* in senso ben differente ed equivalente invece all'*espulsione* della giurisprudenza francese e dell'art. 220, n. 4, del codice sardo del 1859 — (Vedi Dalloz, *Rép. Louage*, 702; *Troplong*, n. 431; art. 3 legge francese 25 maggio 1838).

Seppure la disposizione speciale di questo articolo si potesse estendere per analogia ai casi d'urgenza, questa urgenza non esisterebbe nell'azione di disdetta, avendo il locatore a sua disposizione tutto il tempo che corre tra la diffida e la scadenza del termine, che spesso è di lunga durata.

Estremo essenziale per la proponibilità di qualunque azione essendo l'esistenza di un diritto sconosciuto e violato, sarebbe autorizzare un giudizio di provocazione o di jattanza lo accordare al locatore la facoltà di proporre in confronto del conduttore il riconoscimento di un obbligo che non fu mai legalmente contraddetto, facendogli sostenere le spese di un giudizio al quale egli non è dato legittima causa — (Secco Suardo, *Mon. Trib.*, VII, p. 1105 e IX, p. 673).

Dopo la pubblicazione di questi scritti, la giurisprudenza si pronunciò quasi concorde in favore della seconda tesi, alla quale si unì ben anche l'illustre Borsari nel suo *Commentario* (vol. I, p. 137).

« L'azione di sfratto, dice il Borsari, è una domanda che ha per dato di partenza e per condizione il *trascorso del termine* assegnato alla durata della locazione, ed ha per iscopo un *ordine di espulsione* da ottenersi sommariamente dal giudice locale.... L'*ordine di sfratto* non può quindi aver luogo prima che la locazione sia veramente e *materialmente finita*, e il giudice se ne persuade colla scrittura che gli viene sottoposta ».

Questo concetto risulta poi chiaramente anche dalle parole della relazione del ministro Vacca a S. M., nella quale, accennando alla competenza pretoriale per le azioni di sfratto, come ad una modificazione recata al progetto del ministro Pisanelli, così il ministro si esprime: « L'aggiunta venne suggerita dall'art. 103, n. 7, del codice napoletano, e ristretta all'azione di sfratto, promossa quando la durata del contratto non sia più in questione *per aver avuto termine*, rimane giustificata pienamente dal considerare quanta prontezza di provvedimenti sia richiesta, massime nei centri popolosi e abituati a scadenze periodiche, per ovviare inconvenienti e pericoli ne' casi frequenti di opposizioni e di contrasti ».

Il ministro intende evidentemente di parlare di locazione *già finita* e per questa soltanto ha introdotto il provvedimento pronto e spiccio dell'azione di sfratto da esercitarsi davanti ai pretori.

Sarà però vietato un giudizio sulla validità e conferma della diffida?

Questo io non intendo certamente di affermare. Anche prima che il termine della locazione sia scaduto il locatore potrà promuovere un giudizio espressamente per domandare la conferma della licenza, sia che l'abbia data per impedire la tacita riconduzione, oppure l'abbia notificata per semplice cautela ed allo scopo di impedire una contestazione futura. Provocando questa controversia egli potrà ottenere che prima della scadenza del termine sia dichiarata l'efficacia della disdetta e sia tolta così la base a qualsiasi opposizione all'azione di sfratto o di espulsione che dopo scaduto il termine fosse costretto di esperire.

Per questo giudizio sulla diffida non vale però la competenza speciale dell'art. 82, n. 5, ma bensì quella ordinaria dell'art. 77, tanto nel caso che il giudizio sorge provocato dal locatore, come in quello che si iniziò per la opposizione alla disdetta sollevata dal conduttore.

È evidente infatti che non si può giudicare sull'efficacia della diffida senza pronunciare implicitamente sulla durata della locazione e quindi su di una controversia soggetta alle norme di competenza stabilite dall'art. 77.

83. I pretori pronunziano in grado d'appello sulle sentenze dei conciliatori nei casi degli articoli 456, 458 e 459.

84. I tribunali civili conoscono :

1. In prima istanza, di tutte le cause in materia civile, il cui valore ecceda lire millecinquecento, salvo le disposizioni degli articoli 71 primo capoverso e 82, e di tutte le cause in materia di imposte dirette o indirette, qualunque ne sia il valore ;

2. In grado di appello, di tutte le cause in materia civile decise in prima istanza dai pretori, o dagli arbitri nei limiti della competenza dei pretori e salvo il disposto dall'articolo 28.

Conoscono pure, con la distinzione indicata nei due numeri precedenti, delle cause in materia commerciale, quando fanno le veci di tribunali di commercio.

1. L'incompetenza del Tribunale civile, come tale, a giudicare una causa in materia di commercio non è assoluta ma relativa ; e quando il convenuto non l'abbia dedotta prima di ogni difesa non merita di essere rinunciata. — *Appello Parma*, 26 marzo 1867. *Casella—Garioni. Annali*, I, 279. — *Cass. Torino*, 18 giugno 1863. *Trucco—Conte. Bettini*, I, 623. — *Appello Firenze*, 31 gennaio 1868. *Pardo—Forgioni. Annali*, II, 238.

2. La competenza eccezionale del trib. civ. sulle questioni sulle imposte dirette e indirette è creata a favore dello Stato esclusivamente ; laonde quando l'imposta fu già pagata e nasca controversia tra i privati chi debba sopportarla, risorgono le regole generali di competenza. — *Cass. Napoli*, 7 maggio 1868. *Colletta—Fato. Annali*, II, 266.

3. Un tribunale che abbia giurisdizione civile e commerciale è competente a conoscere una causa civile sebbene sia stato adito come tribunale di commercio.

In questo caso la natura civile o commerciale della lite determina il procedimento da praticarsi, non il tribunale competente, che è sempre lo stesso. — *Cass. Firenze*, 17 dicembre 1868. *Pandolfini—Freppa. Annali*, II, 326. — *Cass. Firenze*, 12 gennaio 1870. *Poggiali—Martini. Bettini*, XXII, 33. — *Appello Venezia*, 7 aprile 1875. *Menis—Cicchietti. Mon. Giur.*, IV, 241.

4. La questione sul pagamento della tassa di dazio consumo è questione d'imposta, e perciò deve essere giudicata dal tribunale, quantunque si tratti di somma certa inferiore alle lire 1500 a titolo di abbuonamento. — *Cass. Napoli*, 21 gennaio 1869. *Guadagno—Rea. Annali*, III, 208.

5. La competenza esclusiva dei tribunali civili per giudicare delle cause di imposte è stabilita sulle vere imposte che si esigono nell'interesse del pubblico erario e non anche sulle municipalità. — *Cass. Napoli*, 11 maggio 1869. *Municipio di Altamura—Sabino. Annali*, III, 248. = *Contra: Appello Catanzaro*, 15 gennaio 1869. *Versace—Corigliano. Annali*, III, 45.

6. Non è in facoltà delle parti di far decidere le loro controversie commerciali da un tribunale civile e le controversie civili da un tribunale di commercio.

Il silenzio o l'errore di una delle parti nello eccitare nei pretori o nei tribunali con doppia giurisdizione l'una piuttosto che l'altra delle due giurisdizioni non fa cessare quella per cui sono competenti a sentenziare sulla controversia.

Devono perciò ritenere la causa spiegando la giurisdizione che le è

Art. 70, 71, 156, 157, 793-796, 799-805, 811, 836, c. p. c. 16-36, 136, 158, 168, 224, 225, 235, 236, 237, 238, 271, 276, 292, 293, 299, 301, 319, 366, 401, 404 c. c.; 42, 52, 53, 54 ord. giud.; 231 reg. giud.; 133, 134 legge reg.; 44 legge bollo; 20 legge lav. pub.

propria e seguendo le norme di procedura e di diritto stabilite secondo l'indole civile o commerciale della stessa causa.

L'omissione della dichiarazione della qualità nella quale pronunziano non produce nullità della sentenza. — *Cass. Torino, 27 aprile 1870. Gai—Gorretta. Mon. Trib., XI, 486.*

7. Un tribunale civile adito in grado di appello con le funzioni di commercio, dichiarando la causa essere di sua natura civile, non può in merito pronunziarsi. — *Cass. Napoli, 15 novembre 1870. Roselli—Sacchetti. Gazz. del Proc., VIII.*

8. Un tribunale che possieda ad un tempo la giurisdizione civile e commerciale è tenuto a seguire secondo le diverse materie le forme stabilite pel procedimento civile e commerciale, ma se il tribunale abbia pronunziato in via commerciale in una causa di natura civile, quando dal procedimento seguito non ne sia venuto danno ad alcuna delle parti, la sua sentenza non può essere eccepita di nullità. — *Appello Milano, 10 maggio 1872. Perotti—Fumagalli, U. cc. Legge, XII, n. 67.*

9. Spetta al giudice davanti al quale viene portata la causa il pronunziare sulla propria competenza e sulla ammissione o rejezione degli incumbenti diretti a giustificarla od escluderla.

A radicare la competenza non per il solo valore, ma per materia propriamente detta, e però quella dei tribunali di commercio, non bastano le allegazioni dell'attore; il convenuto ha diritto di escluderla colle sue eccezioni e il tribunale è tenuto ad ammettere o rigettare le prove che a tale effetto sono state dedotte. — *Cass. Torino 19 giugno 1872. Laschi—Pozzoni. Mon. Trib. XIII, 617.*

10. Per giudicare se una causa appartenga alla giurisdizione civile o commerciale vuolsi aver riguardo unicamente alla natura delle questioni che ne formano l'oggetto, niun conto fatto delle dichiarazioni delle parti in ordine alla competenza.

Quando il tribunale riunisce, a termini di questo articolo, la doppia giurisdizione civile e commerciale, l'errore di una delle parti nell'eccitare l'una piuttosto che l'altra di quelle giurisdizioni non potrebbe far cessare in esso quella per cui sarebbe capace a pronunziare.

Ma la sentenza di appello che dichiara di competenza commerciale una causa di sua natura meramente civile, e la rimanda pel corso ulteriore avanti il tribunale investito della doppia giurisdizione affinchè pronunci in definitivo nella qualità di tribunale di commercio, deve essere annullata perchè implicitamente autorizza l'applicazione di quelle norme di procedimento istruttorio, probatorio e di esecuzione che nei giudizi meramente civili non possono ricevere applicazione. — *Cass. Torino, 29 luglio 1872. Gallo—Garbiglia. Mon. Trib., XIII, 1109.*

11. Non è necessario che l'attore abbia nell'atto di citazione indicato di voler adire il tribunale civile avente doppia giurisdizione come tribunale di commercio. — *Cass. Torino, 28 dicembre 1872. Cerrato e Gai—Gorretta. Gior. delle Leggi, IV, 117. — Cass. Torino, 22 luglio 1874. Banca Nazionale—Giacoboni. Mon. Trib., XII, 721.*

12. La mancanza di giurisdizione dei tribunali commerciali nelle materie civili è assoluta e d'ordine pubblico, e l'eccezione deducibile dalla medesima si può proporre in qualunque stato e grado di causa. — *Cass. Napoli, 26 gennaio 1875. Conte—De Pace, Legge, XV, 389.*

13. Colla scorta dell'aureo lavoro del cons. Paoli « sulle discordanze della giurisprudenza delle nostre Corti » riportiamo e completiamo le decisioni sulle questioni insorte relativamente alla competenza dei tribunali civili a conoscere di cause commerciali, dei tribunali commerciali a cono-

scere di cause civili e dei tribunali aventi doppia giurisdizione a giudicare secondo l'una o l'altra nei diversi casi.

I. *Affare commerciale deferito ad un tribunale civile dove esista un vero tribunale di commercio.*

a) L'incompetenza è assoluta.

Cass. Torino, 1 aprile 1854. Bettini, 292.

Appello Torino, 29 ott. 1866. Saracco—Zanzi. Giurisprudenza, IV, 77.

Cass. Torino, 27 dic. 1870. Ghisolfi—Terriani. Mon. Trib., IX, 42.

Cass. Torino, 27 aprile 1870. Gai—Gorretta. Annali, IV, 235.

Cass. Napoli, 6 agosto 1870. Biscaglia—Tugressi. Annali, IV, 176.

Cass. Torino, 5 genn. 1871. Bernabò—Sampietrò. Mon. Trib., XII, 176.

Cass. Torino, 28 dicembre 1872 (a sezioni riunite). Gai—Gorretta, Annali, VII, 206.

Cass. Napoli, 26 gennaio 1875. Conte—Di Pace. Legge, XV, 389.

b) L'incompetenza è solo relativa e non deve dichiararsi d'ufficio.

Cass. Milano, 18 giugno 1863. Trucco—Conte. Bettini, 623.

Appello Lucca, 28 gennaio 1867. Annali, I, 276.

Cass. Napoli, 23 marzo 1867. Parrini—Rossi. Annali, I, 188.

Appello Parma, 26 marzo 1867. Casella—Garrioni. Annali, I, 279.

Appello Firenze, 31 gennaio 1868. Pardo—Forgioni. Annali, II, 238.

Appello Firenze, 20 maggio 1868. Gazz. del Proc., III, 166.

Cass. Napoli, 23 luglio 1868. Roberto—Pesconi. Gazz. del Proc., III, 267.

Appello Milano, 26 luglio 1869. Bellinzaghi—Villa. Mon. Trib., X, 805.

II. *Affare civile cognito da un tribunale di commercio vero e proprio.*

È costante la giurisprudenza nel ritenere la incompetenza assoluta.

III. *Affare civile o commerciale deferito ad un tribunale avente doppia giurisdizione e del quale sia stata accettata la giurisdizione non corrispondente alla natura della lite.*

a) È questione di incompetenza e non solo di forma di procedimento

Cass. Torino, 7 settembre 1852. Canepa—Elena. Bettini.

Cass. Torino, 1854. Sanna—Pischedda. Bettini.

b) È solo questione di rito.

Cass. Napoli, 23 luglio 1868. De Robertis—Petroni. Gazz. del Proc., III, 267.

Cass. Firenze, 17 dicembre 1868. Freppa—Pandolfini. Annali, II, 326.

Cass. Firenze, 18 gennaio 1869. Annali, III, 28.

Cass. Firenze, 27 dicembre 1869.

Appello Milano, 26 luglio 1869. Bellinzaghi—Villa. Mon. Trib., X, 805.

Cass. Firenze, 12 gennaio 1870.

Cass. Torino, 26 aprile 1870. Gai—Gorretta. Annali, IV, 235.

Appello Milano, 10 maggio 1872. Perotti—Fumagalli. Legge, XII, n. 67.

1. L'incompetenza del tribunale civile a giudicare una causa in materia di commercio anche ove funzioni da tribunale commerciale è assoluta. — Zavateri, *Comm. p.* 269. — Borsari, *Comm. p.* 198. — Scotti, *Mon. Trib.*, IX, 1067. — Napoletani, *Gazz. dei Trib. di Napoli*, 1865. De Martinis, *ib.* — La Legge, 1867, n. 57.

2. In causa commerciale se il tribunale civile competente è adito senza dichiarare che viene adito in figura di tribunale di commercio, intendosi dall'attore invocata quella giurisdizione del tribunale che si conforma alla natura del giudizio, qualora il tribunale possieda la duplice giurisdizione. — Borsari, *Comm. I, p.* 247.

3. Se è adito in figura di tribunale di commercio un tribunale civile che ne fa le veci, ed è riconosciuto nel corso del processo che l'indole dell'azione è civile, il giudice non deve astenersene rinviando la causa al giudice competente che sarebbe lui stesso nella qualità di giudice civile, ma può ritenere la causa, dichiarando con sentenza che ha carattere civile e non commerciale e come tale deve proseguirsi, semprechè non vi sia una ragione particolare per annullare gli atti condotti fino a quel punto.

Questa ragione speciale esisterebbe sia riguardo alla facoltà del convenuto di svolgere le sue difese coll'ampiezza del rito civile, come riguardo ai mezzi di prova già ammessi. — Borsari, *Comm.*, I, p. 284.

4. L'incompetenza dei tribunali civili a conoscere le cause commerciali è assoluta e, nel silenzio delle parti, deve ben anche essere sollevata d'ufficio. — Pisanelli, *Comm.*, I, I, p. 342. — Carré, Boncenne, Boitard, Delamare et Lepoittevin. — *Contra*: Merlin, Chauveau sur Carré, Vincens, Pardessus, Bioche, Nougier, Despreaux, Orillard.

85. La competenza dei tribunali di commercio è regolata dal codice di commercio e dalle leggi relative.

Art. 45-48, 52-63
giud.; 723-725 cod

Essi giudicano:

1. In prima istanza, di tutte le cause in materia commerciale, il cui valore non ecceda lire millecinquecento;

2. In grado di appello, di tutte le cause in materia commerciale, decise in prima istanza dai pretori o dagli arbitri nei limiti della competenza dei pretori, e salvo il disposto dall'articolo 28.

86. La competenza dei consoli e dei tribunali consolari istituiti fuori del regno secondo le norme del diritto internazionale è regolata da leggi speciali.

D. R. 28 gennaio
colla legge consoli
agosto 1858 modif.

I casi e i termini per proporre appello contro le sentenze dei tribunali suddetti, e le corti del regno che dovranno conoscerne, sono determinati dalle leggi medesime.

87. Le corti di appello conoscono di tutte le cause giudicate in prima istanza dai tribunali civili e dai tribunali di commercio, o dagli arbitri nei limiti della competenza di essi tribunali, e salvo il disposto dall'articolo 28.

Art. 108 seg., 78
c. p. c.

L'incompetenza assoluta per ragione di grado nella Corte d'appello sancita dall'art. 66 ord. giud. e dall'87 C. P. C. a conoscere di una causa che non sia stata precedentemente giudicata da un tribunale di prima istanza non viene a cessare per la circostanza speciale che l'affare deferito alla Corte in via di giurisdizione contenziosa è stato precedentemente trattato e risoluto avanti il Tribunale in via di giurisdizione volontaria.

La incompetenza per ragione di grado siccome quella che attiene essenzialmente all'ordine pubblico, si agguaglia all'incompetenza per ragione di materia e valore; può quindi essere proposta in qualunque stato e grado della causa ed essere sollevata la prima volta in sede di Cassazione. — *Cass. Firenze, 17 aprile 1873. Ciotti, U. cc.—Macciocchi. Gior. dei Trib. II, n. 123.*

88. La corte di cassazione conosce dei ricorsi per annullamento delle sentenze, a norma dell'articolo 517.

89. Ogni autorità giudiziaria esercita inoltre quelle attribuzioni che le sono affidate dalla legge.

Art. 572, 576, 5
614, 619, 623, 62
626, 627, 628, 63
639, 647, 654, 75
847, 868, 926, c. p.
seg. 343, 344, 78
981 c. c.; 4, 18, 5
c. com.

SEZIONE II.

Della competenza per territorio.

Art. 96, 187, c. p. c.;
16, 416 seg. c. c.

90. L'azione personale e l'azione reale su beni mobili si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza.

Se il convenuto non abbia domicilio o residenza conosciuta, si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui esso dimora.

L'azione personale e l'azione reale su beni mobili contro una società si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è la sede dell'amministrazione, o si trova uno degli stabilimenti sociali con un rappresentante della società.

1. L'azione per conseguire dall'usufruttuario la cauzione della proprietà da lui usufruita è personale e perciò va proposta al foro del domicilio del convenuto. — *Appello Milano*, 25 settembre 1866. *Mon. Trib.*, VII, 1044.

2. L'eccezione di incompetenza per ragione di domicilio deve essere proposta prima di ogni altra istanza o difesa, ed anche prima della eccezione di nullità della citazione. — *Cass. Torino*, 7 febbraio 1867. *Annali*, I, 217. — *Cass. Firenze*, 27 marzo 1867. *Annali*, I, 118.

3. Introdotto il giudizio, non sarebbe più in facoltà dell'impetito, col trasportare altrove il suo domicilio, di far anche trasportare la causa presso il suo nuovo giudice personale. — *Cass. Firenze*, 27 marzo 1867. *Annali*, I, 118.

4. Colui che assume la qualità di agente generale di una compagnia non può, in difetto di espresso divieto, sfuggire la rappresentanza nel luogo ove risiede, della compagnia medesima pelle azioni che contro di essa si sperimentano. — *Appello Napoli*, 22 aprile 1868.

5. Questo articolo accorda bensì la facoltà all'attore in ogni azione personale di proporla innanzi al foro del domicilio o a quello della residenza, ma nel solo caso che il convenuto non abbia domicilio conosciuto, oppure la residenza sia fissa e centro di affari permanenti. — *Cass. Napoli*, 10 dicembre 1868. *Nunziante—utrinque. Mon. Trib.*, X, 324.

6. Nel caso di azione personale o reale mobiliare è libera all'attore la scelta tra il foro del domicilio e quello della residenza del convenuto. — *Appello Milano*, 4 marzo 1869. *Nunziante—Nunziante. Mon. Trib.*, X, 306. — *Appello Torino*, 11 giugno 1870. *Talacchini—Weill-Weiss. Giurisprudenza*, 1870, n. 34.

7. La ignoranza del domicilio o della residenza, di cui parla il secondo alinea di questo articolo deve esser una ignoranza non facilmente vincibile, comune, non individuale, e meno di colui che contrattò colla persona a citarsi. — *Cass. Napoli*, 6 dicembre 1870. *Castaldo—Olivieri. Gazz. del Proc.*, V, n. 45.

8. Il domicilio d'origine si intende conservato fino a che non consti della volontà di cambiarlo: il solo fatto di cambiare dimora non altera il domicilio, e chi, per infermità di mente, non può far atto di vera volontà, conserva il domicilio d'origine, per quante dimore gli siano fatto mutare.

Se per determinare la competenza sia necessario risolvere una questione di domicilio, e questa dipenda dalla prova della capacità mentale di una persona, i giudici hanno debito di deciderla, e non possono ricusarsi

col pretesto, che tale questione, una volta decisa, verrebbe a pregiudicare la futura risoluzione della lite di merito. — *Cass. Torino*, 29 dicembre 1870. *Paraluppi—Paraluppi. Giurisprudenza*, VIII, 631.

9. La Società delle Ferrovie Alta Italia non può dirsi che tenga alcun stabilimento od altra legale rappresentanza con effetti giuridici, a sensi dell'art. 98, fuori del luogo della residenza della Direzione o del Consiglio d'amministrazione. Però le azioni personali contro la detta Società devono proporsi davanti al tribunale ove risiedono quegli uffici principali, e ciò anche nel caso che fosse stato impetito il Capo-traffico di una Divisione provinciale. — *Appello Venezia*, 4 aprile 1874. *Ferr. A. I.—Giacopuzzi. Gior. dei Trib.*, III, n. 145.

91. 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 possono anche proporsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce, o in cui deve eseguirsi l'obbligazione, sebbene il convenuto non sia ivi citato in persona propria.

Art. 1468, 1508 c. c

1. Il solo fatto della consegna della merce in dato luogo non basta a stabilire la competenza del giudice del luogo stesso, ma è d'uopo che ivi pure, mercè il consenso delle parti, si perfezioni il contratto. — *Cass. Torino*, 14 aprile 1866. *Vanni—Mancini. Bettini*, XVIII, 336.

2. Il luogo di esecuzione del contratto di vendita non è quello in cui si spediscono le merci, comunque si spediscono franche di porto e a domicilio, ma quello in cui le merci devono confezionarsi e mettersi a disposizione del terzo consegnandole ad un suo incaricato o al commissario di trasporto.

La consegna all'incaricato del trasporto, al vetturale, alla ferrovia costituisce l'esecuzione del contratto per parte del venditore. — *Appello Genova*, 22 giugno 1866. *Gazz. dei Trib.*, XIX, 31. — *Appello Genova*, 27 novembre 1866. *Gazz. dei Trib.*, XIX, 382. — *Appello Torino*, 22 dicembre 1868. *Giurisprudenza* VIII, 250.

3. Se non sia espressamente fissato il luogo di consegna delle merci, il patto di garantirle in peso e qualità fino a un dato luogo deve far tenere questo siccome il luogo di consegna.

Malgrado l'art. 91, per la competenza giudiziale tant'è che la merce sia stata consegnata nel luogo quanto che ivi dovesse consegnarsi.

Allorquando il pagamento della merce deve farsi con accettazioni cambiarie, il luogo ove queste devono accettarsi o rilasciarsi deve aversi pel luogo di pagamento. — *Cass. Napoli*, 6 dicembre 1866. *Faraud—Dreyfus. Bettini*, XVIII, 878.

4. Quando la fattura spedita dal venditore al compratore porta che il prezzo sia pagabile al domicilio del venditore, questa enunciazione, quando sia accettata anche tacitamente dal compratore, basta perchè il luogo indicato sia il luogo di pagamento, ed attribuisca quindi la competenza al tribunale di quel luogo. — *Appello Genova*, 8 febbraio 1867. *Bumiller—Viti. Gazz. dei Trib.*, XIX, 670. — *Cass. Francese*, 15 gennaio 1866. *Long—Coulon. Dalloz*, 1866, 1, 439. — *Corte di Lione*, 19 luglio 1866,

Leboyee—*Mille. Dalloz*, 1866, 2, 223. — *Corte di Lione*, 21 luglio 1869.
Sanoner—*Gutman. Dalloz*, 1869, 2, 20.

5. Trattandosi di materia non commerciale, il luogo stabilito pel pagamento non è ragione di competenza se il debitore non sia citato in esso luogo in persona propria. *Cass. Firenze* 27 marzo 1867. *Cavalensi*—*Dini. Annali*, I, 118. — *Appello Brescia*, 24 ottobre 1871. *Rigolini*—*Ceriali. Annali*, VI, 53.

6. Se nelle materie commerciali l'azione può proporsi all'autorità del luogo destinato per l'esecuzione dell'obbligazione, il principio reggerebbe egualmente nel caso in cui il pagamento debba effettuarsi in un luogo diverso da quello destinato per la esecuzione dell'obbligazione. — *Appello Genova*, 24 maggio 1867. *Annali*, II, 22.

7. La legge ammette bensì come foro del contratto anche quello del luogo ov'esso fu stipulato, ma solo in quanto nel silenzio dei contraenti intorno a quello dove il contratto debba poi eseguirsi si presume che il luogo della stipulazione sia anche quello della esecuzione. Quando invece quest'ultimo fu espressamente determinato, esso prevale nel fondare la competenza. — *Appello Milano*, 16 agosto 1867. *Ditta Giambonini e C.*—*Ditta Luraghi e C. Mon. Trib.*, IX, 446.

8. Poichè il contratto proposto per lettera o per telegrafo non può dirsi perfetto finchè il proponente non abbia ricevuta la notizia della accettazione, le dispute che possono sorgere intorno ad un contratto proposto da un negoziante d'Italia ad un negoziante straniero, devono esser giudicate dal tribunale italiano del luogo in cui il proponente ha ricevuta l'accettazione. — *Appello Torino*, 28 settembre 1867. *Sueur*—*Enrico. Annali*, I, 477.

9. A rendere competente un tribunale di commercio che non sia quello del domicilio del convenuto deve concorrere la duplice circostanza che in quel perimetro giurisdizionale abbia avuto luogo tanto la promessa quanto la consegna della merce. — *Appello Torino*, 1 febbraio 1868. *Baroni*—*Abbate. Annali*, II, 14. — *Trib. Com. Cagliari*, 22 giugno 1870. *Thovel*—*Torelli*.

10. Per potere in causa civile citare il convenuto al foro contrattuale non è necessario che esso sia in quel luogo citato in persona propria basta che sia intimato in persona propria a comparirvi. — *Appello Milano*, 18 marzo 1868. *Cassinera*—*Congregazione Carità. Annali*, II, 12. — *Appello Milano*, 31 agosto 1869. *Vivaldi*—*Rozzia. Mon. Trib.*, X, 1067.

11. La cambiale tratta dal venditore sul compratore non importa novazione nè rinuncia all'esperimento delle azioni nascenti dal contratto di vendita, tanto più se non fu quitanzata la relativa fattura.

Benchè il debitore abbia accettato quella tratta, ma non l'abbia soddisfatta, se il pagamento del prezzo della merce doveva effettuarsi in luogo diverso da quello della cambiale, competente a pronunciare sulla domanda di pagamento si è il tribunale del luogo ove la vendita fu convenuta. — *Appello Torino*, 18 maggio 1868. *Laclaire*—*Carrera. Bettini*, XX, 403.

12. Nelle controversie commerciali è competente anche il tribunale del luogo dove deve farsi il pagamento o eseguirsi alcuno degli obblighi del contratto. — *Cass. Napoli*, 9 giugno, 1868. *Annali*, II, 267.

13. È competente, in tema di compra-vendita, a provvedere sulle relative contestazioni il tribunale del luogo dove le parti convennero dover farsi la consegna, e nel quale presumibilmente deve pur farsi il pagamento. — *Appello Milano*, 10 luglio 1868. *Giacone*—*Thomas. Bettini*, XX, 626.

14. È incensurabile in Cassazione l'apprezzamento dei fatti dai quali

si argomenta l'esistenza delle condizioni volute da questo articolo per attribuire la competenza ad un foro diverso da quello ordinario del domicilio del convenuto. — *Cass. Torino*, 29 gennaio 1869. *Secchi—Montelero: Mon. Trib.*, X, 177.

15. Nelle azioni personali, perchè il convenuto domiciliato o residente in comune diverso da quello in cui l'obbligazione fu contratta o si deve eseguire possa essere legalmente citato avanti il giudice di questo comune, devono concorrervi le due circostanze, che egli si rinvenga nel comune medesimo e che la citazione venga alla sua persona consegnata. — *Cass. Napoli*, 25 giugno 1870. *Conte—Parodi. Gazz. del Proc.*, IV, n. 21.

16. A tenore del capoverso di questo articolo nelle materie commerciali è competente a conoscere dell'azione personale e dell'azione reale su beni mobili l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce, nè vuolsi che vi concorra anche l'altro requisito dell'esecuzione pattuita nello stesso luogo.

Quindi la competenza in tema di contratto di noleggio spetta al giudice del luogo in cui il noleggio fu convenuto e fu consegnata la merce, nè è necessario che ivi pure il contratto debba eseguirsi. — *Cass. Torino*, 27 luglio 1870. *Stagno—Crillanovick. Mon. Trib.*, XI, 775.

17. La disposizione di questo articolo per la quale l'azione personale si può proporre anche davanti al tribunale del luogo in cui deve eseguirsi l'obbligazione, purchè il convenuto sia ivi citato in persona propria, non si applica nel caso di amministrazioni dello Stato tra le quali è da annoverarsi il Fondo pel culto. — *Cass. Napoli*, 24 novembre 1870. *Fondo pel culto—Minori Osservanti. Gazz. dei Trib. Napoli*, 21 gennaio 1871.

18. Per l'art. 91 l'azione personale in materia commerciale può per eccezione proporsi sia davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui la promessa fu fatta ed insieme la merce fu consegnata, sia davanti l'autorità del luogo in cui deve eseguirsi la obbligazione.

..... Se uno fu il luogo della promessa ed altro quello della consegna della merce, nè il tribunale dell'uno, nè il tribunale dell'altro è eccezionalmente competente a giudicare, ma l'azione deve intentarsi davanti il tribunale del domicilio del convenuto.

Trattandosi di compra-vendita commerciale, il luogo in cui deve eseguirsi l'obbligazione è pel venditore quello in cui deve eseguire la consegna, pel compratore quello in cui deve pagare il prezzo. — *Appello Ancona*, 23 gennaio 1871. *Bauer—Amantini. Il. cc. Annali*, V, 208.

19. Nei contratti stabiliti fra le parti per mezzo di lettere o di telegrammi, il luogo da cui è partita la proposta epistolare o telegrafica, e a cui giunge la risposta affermativa, deve considerarsi come quello della riunione dei due consensi. *Appello Genova*, 27 febbraio 1871. *Clerico—Wild. Giurisprudenza*, VIII, 666.

20. Nelle azioni personali mobiliari il convenuto può essere citato nel luogo dove l'obbligazione fu contratta o deve eseguirsi, a condizione che sia ivi citato in persona propria. Questa condizione avendo per fine di evitare sorprese al convenuto sovente lontano o domiciliato altrove, non ha più ragione di esistere quando si è certi che l'atto gli pervenne, così che comparve all'udienza. Se non eccepi preliminarmente la nullità della citazione, questo vizio sanato per la comparizione, sta ferma la competenza del tribunale del luogo ove l'obbligazione fu contratta o deve eseguirsi. — *Appello Napoli*, 29 marzo 1871. *Bocchicchio—Amodei. Gazz. del Proc.*, V, 92.

21. È meramente personale l'azione mossa dal compratore contro il venditore di cosa mobile per ottenere l'adempimento delle obbligazioni nascenti dalla vendita.

Non muta tale carattere, quantunque l'azione stessa si spieghi nel senso di ottenere condannato il venditore a riprendere la cosa venduta, attese le avarie ond'è viziata.

Dunque questa azione deve proporsi al foro del convenuto venditore.

Se la vendita commerciale fatta tra commercianti si deve ritenere conchiusa ed eseguita nel luogo della residenza del venditore, se ivi le merci dovevano consegnarsi al commissionario di trasporto, e dovevano le medesime viaggiare a rischio e pericolo del committente compratore, colà pure doveva pagarsene il prezzo. Epperchè il compratore non potrebbe proporre l'azione al foro del proprio domicilio. — *Appello Torino, 31 marzo 1871. Debenedetti—Hauteville. Giurisprudenza, VIII, 337.*

22. Le convenzioni per corrispondenza non rimangono perfette se non quando sia giunta al proponente la notizia della accettazione della sua offerta.

Quindi il luogo del contratto per determinare la competenza è quello in cui risiede il proponente, e in cui viene indirizzata la lettera d'accettazione.

Comechè il compratore abbia pagate alcune rate del prezzo al domicilio del venditore, non ne segue che questo abbia a tradursi in obbligo per le rate successive, e che quel domicilio debba ritenersi il luogo del pagamento per determinare la competenza, se nulla si disse al riguardo nel contratto.

A radicare la competenza di che a questo articolo non basta che in un luogo siasi conchiuso il contratto, ossia fatta la promessa, ma è pur necessario che nello stesso luogo dovesse farsi la consegna della merce. — *Appello Torino, 14 aprile 1871. Dellafosse—Huguet. Giurisprudenza, VIII, 421.* — *Appello Genova, 23 giugno 1868. Mazzeo—Conti e Bosco. Gazz. dei Trib., XXI, 78.* — *Appello Napoli, 27 gennaio 1869. D'Aloè—Gonello. Gazz. del Proc., IV, 142.* — *Appello Torino, 28 dicembre 1872. Bocca—Scavini. Legge, XIII, n. 33.*

23. Quando la causa è commerciale, sia pure pel solo convenuto, l'attore ha facoltà di citare l'avversario o al tribunale del luogo del di lui domicilio o al tribunale del luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita.

Nelle cause commerciali, a differenza delle cause civili, il convenuto è legalmente citato al tribunale del luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita, sebbene non sia stato ivi citato in persona propria.

Per attribuire la competenza al tribunale commerciale del luogo in cui l'obbligazione deve essere eseguita non si richiede una prova scritta precostituita, ma l'attore può a tale oggetto proporre le prove occorrenti per stabilire l'esistenza dell'obbligazione e la sua eseguibilità nel luogo del tribunale adito. — *Cass. Torino, 28 febbraio 1872. Caviglia—Cogo. Annali, VI, 206.*

24. La disposizione di questo articolo, per la quale il luogo dove deve eseguirsi l'obbligazione, ovvero deve farsi il pagamento serve a determinare la competenza per ragione di territorio, quando il convenuto sia ivi citato in persona propria, ed in materia commerciale ancorchè non lo sia, non deroga alla regola per la quale la citazione devesi sempre notificare alla persona del convenuto o alla sua residenza, domicilio o dimora conosciuti; quindi la citazione non può farsi al luogo del destinato pagamento. — *Appello Torino, 2 aprile 1872. Pavarino—Camino. Bettini, XXIV, 218.*

25. In materia commerciale perchè l'azione personale o l'azione reale mobiliare possa utilmente proporsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo

in cui fu fatta la promessa, è mestieri che ivi pure sia avvenuta la consegna della merce; la particella *e* del secondo comma va intesa nel senso di congiunzione copulativa.

In ogni contratto che interviene fra assenti a mezzo di corrispondenza, il momento in cui si incontrano i due consensi, del proponente e dell'accettante, determina il luogo nel quale il contratto medesimo deve ritenersi avvenuto che è pur quello della sua perfezione.

La presunzione è che sia il luogo di dove parti la proposta. — *Appello Roma*, 17 gennaio 1873. *Silvestri—Ditta Joest. Bettini*, XXV, 27. — *Appello Roma*, 3 gennaio 1873. *Monastero S. Silvestro—Zelli, Bettini*, XXV, 1.

26. Il contratto di compra-vendita mediante corrispondenza si perfeziona nel tempo e nel luogo nel quale il proponente è informato dell'accettazione, od ha ricevuto la scritta che gliela partecipa. — *Appello Venezia*, 23 gennaio 1873. *Bödtker—Sanders e C. Mon. Giud.* II, 167.

27. Perchè possa aver luogo la competenza speciale di questo articolo circa al luogo in cui fu contratta l'obbligazione, è necessario che la citazione sia consegnata nelle mani stesse del convenuto. — *Cass. Firenze*, 31 marzo 1873. *Ferr. Romane—Filippi. Legge*, XIII, n. 93.

28. Principale estremo per l'applicabilità dell'allinea di questo articolo quello si è di esaminare e prestabilire il luogo in cui la promessa fu fatta, ossia il luogo nel quale si riunirono i consensi dei contraenti e si formò per conseguenza la convenzione fra assenti, per mezzo di lettera.

Ora se è vero che la dottrina e la giurisprudenza furono e sono tuttora oscillanti nelle diverse questioni, che può presentare questa eccezionale posizione di contraenti, non può la Corte suprema riconoscere che la Corte di Roma (V. sent. n. 25) abbia adottato quella risoluzione che possa mostrarsi la più conforme ai principii giuridici sulla materia, e alle esigenze in un tempo delle molteplici transazioni commerciali.

Di vero, essendo normale principio di ragione che ogni convenzione, ogni contratto si sostanzii nell'incontro del consenso di due o più contraenti, circa ad uno stesso oggetto, ad uno stesso valore, *duorum vel plurium in idem placitum consensus*, quando il fatto positivo di un tale incontro siasi verificato, il conseguente effetto della creazione del vincolo di diritto, della formazione del contratto, è, come ognuno vede, un fatto giuridico, che sorge, s'informa, e si compie di per sé, per opera e dichiarazione della legge stessa, *ope juris*.

Mentre fra presenti quella manifestazione e questo incontro dei consensi fra il proponente e l'accettante si verifica colla materiale simultaneità della presenza reciproca di essi contraenti, e con identità di tempo e di luogo, la materiale reciproca presenza esclusa invece, per presupposto necessario, nei termini di contratto fra assenti, non può esser supplita a detti effetti, che per via di finzione giuridica, la quale, senza danno della sostanza delle cose, corrisponda al rigore e alla verità dei principii.

Ai termini di questi, la proposta di un contratto bilaterale, che, come nel caso concreto di compra e vendita, si faccia per lettera da una persona in un luogo, al suo corrispondente in un altro, trasmessa che sia liberamente al suo destino, acquista da questo punto esteriorità effettiva, esistenza giuridica di per sé stante, e tale da rappresentare appieno il proponente come se egli viaggiasse, e si presentasse a fare al corrispondente la proposta che nella lettera è scritta, e, come dicevasi nella passata giurisprudenza sulla scorta delle L. 75 ff. de legat. 2. *Concord, epistola facit praesentem scriptorem, semper loquitur, et nedum loquitur sed etiam clamat*.

Il destinatario per quella finzione ed equipollenza giuridica, trovan-

dosi così di fronte il proponente, come realmente questi gli fosse presente, e parlasse, chiaro è pertanto che laddove gli estrinsecchi in modo certo e positivo il suo consenso, ed accetti la fattagli proposta, questa sua estrinseccazione non possa più emergere isolata ed inane, ma trovandosi al dirimpetto del vivo e perdurante consenso del proponente stesso, con questo consenso naturalmente si incontri, armonizzi ed unifichi, da formare lì veramente, *ipso jure*, quell'ente giuridico del *duorum in idem placitum consensus*, che vale omai connubio delle due volontà, vincolo di diritto, contratto legalmente stabilito, irretrattabile ed efficace.

A questo punto (e salvo il caso eccezionale di condizione speciale, dal proponente prestabilita) immaginare ancora la necessità giuridica che la lettera di accettazione firmata e spedita debba pervenire a lui, e da lui essere letta, onde abbia luogo la riunione dei consensi, e la formazione del contratto, mostrasi in urto coi fatti giuridici come sopra compiuti; sarebbe un moltiplicare le finzioni di diritto, senza bisogno, quando è certo che in virtù di quella prima suindicata, la compresenzialità delle due parti legalmente verificossi, e i due consensi, trovatisi a contatto, vennero così a riunirsi e stringersi insieme.

La verità di questa risoluzione è confortata dal concetto che nel caso sempre, e più comune, come il concreto, il proponente che precisa al suo corrispondente le condizioni del progettato contratto, già anticipatamente se gli dichiara vincolato ora per allora, quando il ricevitore della lettera sia per accettare puramente e semplicemente quelle propostegli condizioni, per modo che nella previsione di accettazione siffatta, esso proponente già si dia eventualmente per notificato di quel preveduto avvenimento, e tengasi obbligato agli effetti del vincolo contrattuale, in analogia col concetto espresso al § 6, *Inst. de verb. obl.*, circa le condizioni: — *Quae per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.*

Appena occorre dire come la lettera di accettazione, scritta e consegnata alla posta, o il telegramma consegnato all'ufficio telegrafico, non sono davvero un fatto allo stato per anco interno e psicologico, un *propositum in mente retentum*, mentre costituiscono invece la estrinseccazione naturale, nel modo il più formale e positivo, della deliberazione voluta ed esteriormente manifestata.

Il sostenere poi la notificazione al proponente dell'avvenuta accettazione, come fatto complementare e necessario dello stringersi del contratto, più non sarebbe conforme al principio che questo fatto giuridico essenzialmente consiste e si sostanzia nello incontro effettivo dei due consensi, ma dipenderebbe da quella notificazione che più non sarebbe opinione di diritto, *ope juris*, ma dipendente dal fatto accidentale dell'uomo, dalle vicende di un ufficio postale o telegrafico, estraneo affatto a quel concetto di diritto, che dato il fatto, sempre vive, e non può pertanto non verificarsi.

In ultima analisi, ben ponderando i molteplici argomenti della diversa opinione, ne risulta in via definitiva che i fautori di questa vengono sostanzialmente a confondere il fatto giuridico in sé della riunione dei consensi e della conseguente formazione del contratto, con la prova di questo fatto giuridico, operatosi, e per sé stante.

La risoluzione che la Corte suprema ritiene la vera, e che è pur quella pacificamente adottata dall'antica giurisprudenza civile e commerciale del *gius comune*, secondo la teoria del Baldo sulla *L. multum interest. Cod. si quis alteri vel sibi*, vedesi pure accolta da parecchi tribunali supremi ed eretta in legge pei codici commerciali di diverse incivi-

lite nazioni. — *Cass. Firenze, 30 luglio 1873. Ditta Joest—Silvestri. Gior. dei Trib., II, n. 184. — Appello Lucca, 27 dicembre 1874 (in sede di rinvio). Ditta Joest—Silvestri. Annali, IX, 71.*

29. Il giudizio sulla competenza spetta al tribunale dinanzi al quale fu proposta l'azione; dove questa sia negata, può e deve farsi luogo allo esperimento dei mezzi di prova diretti all'accertamento dei fatti influenti sulla di lei giuridica determinazione.

All'effetto dell'esperimento dell'azione personale avanti l'autorità giudiziaria del luogo ove s'è fatta la promessa e la consegna della merce, non è necessario che l'attore ne abbia la prova preconstituita, potendo questa, in caso di impugnativa per parte del convenuto, concludersi nella continenza stessa del giudizio.

..... In questo caso però i mezzi di prova richiesti devono restringersi a ciò che può influire sulla questione pregiudiziale relativa alla competenza.

La consegna della merce di cui si parla in questo articolo si reputa avvenuta nel luogo donde ne è fatta la spedizione. — *Appello Lucca, 12 luglio 1873. Treves—Milani. Annali, VII, 618.*

30. La disposizione di questo articolo capoverso, non è applicabile nei soli casi di azioni che in base a contratto di compra-vendita vengano promosse pel pagamento del prezzo o per la consegna della merce, ma anche alle azioni redibitorie. — *Cass. Firenze, 24 novembre 1873. Galligani-Beccaria. Gior. dei Trib., III, n. 18. — Cass. Torino, 9 giugno 1868. Scamacca—Ferri. Annali, II, 267.*

31. Nei contratti di compra-vendita l'obbligazione del compratore consistendo nel pagamento del prezzo, il luogo in cui questo deve pagarsi è, rispetto a lui, il luogo in cui deve eseguirsi l'obbligazione. Quando non sia stabilito nulla in proposito, il compratore deve pagare nel luogo in cui deve farsi la tradizione della cosa comperata. Perciò il tribunale competente a conoscere della causa relativa al pagamento, è quello del luogo ove la tradizione doveva eseguirsi. — *Cass. Firenze 1 marzo 1874. Rossi—Cardosi. Legge XV, n. 12.*

32. Fra assenti non può dirsi verificato il concorso delle due volontà, nè quindi la perfezione del contratto, finchè al proponente non sia giunta dall'altra parte la risposta d'accettazione.

Già da gran tempo, infatti, vertiva la controversia circa il momento e il tempo in cui debbasi avere per conchiusa una convenzione trattata per corrispondenza epistolare, quando il codice civile italiano, volendo usare nella definizione del contratto una precisione di linguaggio migliore di quella che si riscontrava nell'art. 1101 del codice francese, e nell'art. 1189 del codice albertino, disse nell'art. 1098, che il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico, dalla quale definizione si scorge come essendo necessario lo accordo dei contraenti fra loro, risulti necessario del pari che i contraenti sieno consapevoli del reciproco loro consenso perchè si possa affermare il concorso delle due volontà *in idem placitum*.

Che se il giureconsulto Ulpiano affermò (leg. 1, dig. de verb. obl.) « *stipulatio non potest confici nisi utroque loquente* » e se è vero quel che dicevasi in base alla leg. 75, dig. de legatis et fid. II, che: « *epistola facit praesentem scriptorem et nedum loquitur, sed etiam clamat* », viene ad essere pur chiaro che non accade la consapevolezza delle due volontà, non si può verificare l'accordo fra loro, laddove tra assenti non sia giunta al proponente *per epistolam*, l'accettazione data nella stessa forma alla di lui proposta, appunto perchè senza la lettera di accettazione non può egli

figurarsi di avere *praesentem scriptorem*, e d'intenderne la voce: e ciò non è in tal caso una finzione giuridica, ma una realtà, senza della quale manca quell'incontro delle due volontà *in idem placitum*, che tutti riconoscono essere normale principio di ragione.

E se l'effetto della creazione del vincolo è un fatto giuridico che sorge, s'informa e si compie di per sè, per opera e dichiarazione della legge stessa — *ope juris* — non può esser lecito di supplire alla legge per via di altra finzione, che nello spirito e nella parola della legge non troverebbe giuridico appoggio.

La legge vuole che siavi l'accordo delle due volontà, senza distinguere fra i presenti ed assenti. Se fra presenti l'accordo non altrimenti si afferma che mediante la reciproca manifestazione e la precisa intelligenza del rispettivo consentimento, una tale manifestazione, una siffatta intelligenza, comechè possa assumere parvenze diverse quanto alla forma estrinseca, non può sostanzialmente eliminarsi, senza ledere il normale principio di ragione sovraccennato, che è veramente per sè stante.

Non serve l'argomento cui vuolsi ricorrere e desunto da che nel § 6, *de verb. obl.* delle Istit. Giustinianee trovisi dichiarato: « *Quae per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint* » — perchè siffatto giudizio dipende dalla certezza di fatti esistenti per *rerum naturam*, non già per volontà delle parti contraenti. E veramente trattasi ivi di obbligazione che si fosse intesa sotto condizioni « *quae ad praesens vel futurum tempus referantur* » — e si avverte — che: « *aut omnino non differunt, veluti si Titius consul fuit vel si Mevius vivit dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet* ». Ond'è palese che l'efficacia della obbligazione dipende da fatti esistenti, non per loro stessi e senza il concorso della volontà delle parti, ma che pur tuttavia è necessità giuridica che le parti sieno venute d'accordo a stabilire quelle condizioni della obbligazione; dal che sorgerebbe novella prova della verità legale, per cui non havvi contratto di sorta alcuna, senza l'accordo stesso fra le parti.

Potendosi trattare *per nuncium*, come *per epistolam*, è pure ovvio che sino al punto in cui il nunzio o commesso non abbia palesato il suo consenso, non può dirsi che abbia conchiuso negozio pel suo mandante; e se il nunzio o commesso non si trovasse munito di poteri sufficienti, non potrebbesi aver per conchiuso il contratto soltanto che il mandato regolare gli sia giunto e l'abbia presentato.

Che se vengono posti innanzi degli esempi di irretrattabilità del consenso da parte di chi abbia scritto ad un suo corrispondente di fare acquisto per lui di una determinata merce entro designati limiti di prezzo dopo che la merce fu consegnata; oppure abbia ordinata la vendita di una cosa certa ad un indicato prezzo, e così la merce sia stata venduta; sovrviene tosto l'avvertenza che negli accennati e simili casi non trattasi che di un semplice mandato, e che il mandato obbliga il mandante non solo sino al punto in cui abbiato revocato, ma eziandio sino a quello in cui la revocazione sia giunta a notizia del mandatario (articoli 1760, 1752, 1758, 1759 del cod. civ. ital.); e se l'art. 1738 ammette la tacita accettazione del mandato, egli è perchè non occorre altro atto da parte del mandante per investire il mandatario dei suoi poteri, e perchè l'accettazione del mandante può esser tacita, e risultare dall'esecuzione che il mandatario abbiavi data.

Invano il ricorrente argomenta pertanto dal surriferito art. 1738 come invano si rivolge all'art. 1128, dal quale risulta invece, e sempre più u

la necessità della effettiva consapevolezza del consenso reciproco, affinché ne sorga l'accordo in *idem placitum*, poichè il terzo a cui favore sia stato da altri stipulato, deve dichiarare a costoro di volerne approfittare, se vuole impedire che dessi possano revocare la stipulazione; ed invano eziandio si è invocato l'art. 1057, essendo che questo articolo dispone appunto che laddove il donatario, non presente all'atto di donazione, abbia accettato per atto separato, non tengasi tuttavia vincolato il donante, e la donazione non abbia effetto se non dal giorno in cui al donante è notificato l'atto di accettazione; e veramente la ragione delle cose, la lettera e lo spirito della legge, concorrono a persuadere che un consenso non consaputo da ambe le parti fra di loro non esiste, e che nel solo punto della coesione delle due volontà, si compie l'accordo e nasce il vincolo giuridico.

Posta la necessità dell'accettazione della proposta fatta al corrispondente lontano, non è esatto il dire che si cade nel circolo vizioso di un ricambio indefinito di simile notizia, poichè tale ricambio non è necessario a mettere le parti in parità di condizione. Difatti, la volontà di obbligarsi dal canto del proponente è già nota all'accettante; e la parità di condizione si raggiunge nel punto in cui al proponente sia comunicata la risposta che manifesta la volontà dell'altra parte, e ne espone il consenso mediante l'accettazione. — *Cass. Torino, 22 dicembre 1874. Pertusio—Fernandez. Annali, IX, 14.*

33. L'accettazione del pagamento della cambiale nel luogo in essa esposto, diverso da quello della residenza dell'accettante, importa di diritto elezione di domicilio ivi pel pagamento e per gli atti occorrenti, compresa la citazione e il giudizio per la condanna. — *Cass. Torino, 20 gennaio 1875. Luzzi—Ottolenghi. Mon. Trib., XVI, 238.*

34. Quando si tratta di una compra-vendita commerciale, e non è stabilito il luogo in cui il compratore deve pagare il prezzo, s'intende, giusta l'articolo 1508 cod. civ., che il luogo di questo pagamento sia quello in cui deve consegnarsi la cosa venduta.

Il luogo in cui deve pagarsi il prezzo, è, rispetto al compratore, il luogo in cui deve eseguirsi per parte sua l'obbligazione, e perciò egli, quantunque domiciliato altrove, può essere legittimamente citato avanti l'autorità giudiziaria di quel luogo. — *Cass. Firenze, 1 marzo 1875. Ditta Rossi—Cardosi e Carrara. Annali, IX, 87.*

1. Per poter in causa civile citare il convenuto al foro contrattuale o dove è situata la cosa mobile, basta che egli sia citato in qualunque luogo in persona. (L'autore fa confronti colla disposizione dell'art. 17 del codice sardo). — *Mallegari, Mon. Trib., VIII, 753. = Contra: Redaz. Annali II, 2, p. 13; poichè quest'interpretazione consuona col diritto romano, leg. 17, lib. 1, tit. 5 dig. che ammette che l'attore possa citare il convenuto nel luogo del contratto (ubi debuit si ibi inveniatur; poichè altrimenti la parola ibi diventerebbe un pleonismo, e perchè la disposizione di questo articolo concorda coll'art. 17 codice sardo. - Borsari, Comm., I, p. 143. - Mattei. Annotaz. - Saredo, Istit., n. 177. - Gargiulo, Comm., p. 262.*

2. La determinazione del foro contrattuale implica, come vedemmo, la soluzione della interessante e disputata questione intorno alla perfezione dei contratti fra assenti o per corrispondenza.

Quale è nei contratti fra assenti il momento in cui è perfetto il contratto e si può dire esista il consenso?

Come è grande il dissenso su tale punto, fra i tribunali, altrettanto rimarchevole è tra gli scrittori.

Gli uni sostengono che il contratto è perfetto soltanto allora che sia giunta al proponente la notizia della accettazione della sua proposta. Gli altri

sono d'avviso che alla perfezione del contratto basti che il consenso dell'accettante sia espressamente dichiarato.

Stanno fra i primi: Arndts, Briel, Basevi, Bekker, Bender, Bugnet, Championnière e Rigaud, Daries, Dalloz (*Vente*), Delamare et Lepoitevin, Darbois, Delvincourt, Eineccio, Esperson, Gauthier Lachapelle, Goldschmidt, Grozio, Hasse, Hert, Kritz, Larombière, Massé e Vergé su Zachariae, Maynz, Massé (*Droit-Comm.*) Merlin, Mittermaier, Mühlenbruch (*Doctrina Pandectarum*), Precerutti, Regnoli, Robert, Rocco, Rosshirt, Sanchez, Schupfer, Seuffert, Strippelmann, Treitschke, Troplong, Toullier, Unterholzner, Vangerow, Vidari, Voet, Wächter, Würth.

Fra gli altri: Antonelli, Asser, Aubry e Rau, Azuni, Baldo, Bellavite, Borsari, Brunnemann, Bluhme, Burgundus, Carozzi, Ceneri, Cuiacio, Curtius, Émile Cadres, Dalloz (*Enregistrement*), De Luca, Demolombe, Duranton, Duvègier, Foelix, Glück, Göschen, Guyard, Hagemann, Hepp, Hommel, Holzchucher, Höpfner, Keller, Koch, Lauterbach, Litten, Marcadé, Meyer, Molitor, Mühlenbruch (*Pandekten*), Namur, Pacifici Mazzoni, Pardessus, Parodi, Pigozzi, Pothier, Puchta, Puffendorff, Reyscher, Savigny, Scheurl, Serafini, Sintenis, Thöl, Villeumier, Wening, Windscheid, Zachariae.

Questo elenco, che tolgo, completandolo, dal pregevole lavoro sull'argomento dell'avv. Giuseppe Pigozzi, pubblicato nell'*Archivio Giuridico* del prof. Serafini, 1870, p. 3-60, basta a dimostrare quanto il tema sia dibattuto e come nè l'una, nè l'altra delle due soluzioni manchi di argomenti a suo favore.

Ritenendo impossibile di dir cose nuove in materia così profondamente pertrattata e sviluppata dai più insigni cultori delle giuridiche discipline, riassumerò gli argomenti che dalle due scuole si adducono a sostegno della propria tesi e mi varrò a tal uopo principalmente della bellissima monografia dell'illustre Regnoli, pubblicata negli *Annali*, vol. III, parte 3., nonché dei lavori del Pigozzi e del Vidari (*Gior. delle Leggi*, 21 luglio 1870).

Coloro che sostengono essere perfetto il contratto per la sola accettazione di colui, al quale la proposta fu diretta, adducono i seguenti argomenti:

Quando l'accettazione ha luogo, ossia quando la volontà di accettare è positivamente e sufficientemente espressa, avviene quella coesistenza e riunione delle due volontà, dei due consensi, nella quale consiste appunto il contratto, *duorum in idem placitum consensus*. Dunque da quell'istante il contratto è perfetto; e la notizia che poscia dell'accettazione pervenga al proponente, è cosa accessoria e non riguarda che la esplicazione del già compiuto contratto. Infatti il consenso del proponente già esisteva nella sua coscienza, e l'accettante non fa che rendere *attuale e reale* ciò che la sua coscienza gli dava come *futuro*.

La volontà del proponente, una volta espressa, è presunta durare nell'animo suo, finchè non viene contraddetta formalmente dall'espressione di una volontà contraria esternata dal medesimo. La proposta acquista quindi, per così dire, una esistenza esteriore e indipendente, e sta dinanzi al destinatario come rappresentante la volontà di chi l'ha fatta, finchè non venga una revoca espressa a toglierle valore. Onde deducesi che allorquando la volontà dell'accettante si è manifestata, venne ad unificarsi a quella del proponente già esternata e perdurante.

« Celui qui a écrit la première lettre est censé s'être transporté chez l'autre partie, et y avoir reçu son consentement » dice il Savigny. — Ed è mestieri di ammettere questa presunzione, nota il Marcadé, perchè altrimenti si incorrerebbe nell'assurdo di rendere impossibile la perfezione del contratto, facendola dipendere da un avvicinarsi continuo ed infinito di volontà reciprocamente conosciute. (*Explic. théor. et pr. du Cod. Nap.*, art. 1108).

Si adducono inoltre alcuni articoli del Codice civile francese e dell'italiano e specialmente il 1128, che fa dipendere la perfezione del contratto stipulato a favore di un terzo dalla sua *accettazione*, non dalla notizia che ne abbia lo stipulante, e il 1738 del nostro (1935 C. franc.), per provare come anche il *mandato* (e così la *commissione*) possa accettarsi senza che il sappia il mandante, e che perciò, potendo l'accettazione essere *tacita* e risultare

dal fatto, non può nel caso del contratto fatto per lettera essere necessaria la risposta scritta che pervenga al proponente; e finalmente il 1057 (932 franc.), che esigendo la notificazione al donante della accettazione fatta con atto separato dal donatario per la perfezione della donazione, con ciò stesso dimostra che la regola è contraria: *Exceptio firmat regulam*.

A tutto ciò rispondono i sostenitori della teoria contraria, coloro cioè che opinano non esservi un perfetto contratto prima che il proponente conosca l'accettazione dell'altra parte:

Finchè il proponente non sappia se la sua proposta sia accettata, l'accettazione per lui è come inesistente, è per lui un *propositum in mente re-tentum*, e non si può certo concepire l'idea di una obbligazione di cui si ignora l'esistenza.

Che poi la lettera del proponente faccia le veci di lui stesso, e perciò, com'egli stesso presente sarebbe atto a ricevere il consenso dell'accettante, così la lettera lo riceve, non si può dire, poichè non si potrà mai spingere la finzione di diritto al punto di attribuire al foglio qualità che non possono convenire che ad una vera persona.

Come dunque il proponente deve far sì che la sua proposta pervenga realmente a colui al quale è destinata, altrimenti *proposta non vi è*, così se la risposta di accettazione, affidata o verbalmente ad un messo, o scritta in una lettera non pervenisse effettivamente a colui cui era destinata, *accettazione non vi è*.

La maggior parte delle sentenze che stabiliscono la tesi opposta, dichiarano soltanto che la convenzione è conclusa dove si accetta la proposta, senza porre eziandio la ulteriore questione se fosse mestieri che l'accettazione pervenisse a cognizione del proponente.

D'altronde a suffragio di questa soluzione sta la necessità di porre, per quanto è possibile, due contraenti distanti fra loro nello identico rapporto in cui sarebbero se fossero presenti. Ora fra presenti i consensi mutuamente espressi, sono eziandio mutuamente uditi e intesi nelle convenzioni verbali e inoltre mutuamente veduti e letti nelle scritte. — I contratti fra presenti sono la regola; che se per eccezione, per facilitare le operazioni e le scambievoli relazioni, si ammisero anche contratti fra assenti, essi vogliono essere intesi e attuati nel modo che meglio ponga i contraenti nella stessa rispettiva posizione in cui sarebbero se contrattassero presenti. Questo modo è certo quello che esige la notizia dell'accettazione.

L'obiezione del Marcadè non è che speciosa, giacchè se è necessario che la notizia dell'accettazione pervenga al proponente, non è però d'uopo che l'accettante conosca che al proponente pervenne la lettera dell'accettante, e così di seguito.

Infatti se i consensi si riunirono quando al proponente giunse la lettera dell'accettante, il contratto divenne allora perfetto e tutto ciò che poscia abbia luogo è indifferente alla sua perfezione.

Di più si ammette che il consenso è revocabile finchè la notizia dell'accettazione sia giunta al proponente; come negare adunque che il contratto non sia ancora perfetto?

Nè maggior valore, si aggiunge, hanno gli argomenti dedotti dall'articolo 1738 C. C. e dalla circostanza che l'accettazione può risultare anche dal fatto, come nella *commissione* e nel *mandato*, poichè quella è vera eccezione che dimostra contraria la regola, e di più il diritto comune ed il nostro ammettono la *negotiorum gestio* a vantaggio degli assenti *senza mestieri di mandato*, e perciò tanto più il mandato può eseguirsi di fatto senza la scienza dell'assente, non necessaria neppure quando non è mandante. Ed inoltre l'accettazione in genere, in ogni contratto può risultare tanto da lettera, quanto da messo, quanto ancora dal fatto.

L'art. 1128 non è poi applicabile alla questione, poichè il terzo non è contraente. E l'art. 1057 può egualmente invocarsi da ambedue le scuole, giacchè può dirsi che il legislatore non volle nè poteva volere di certo che oltre la forma, gli elementi intrinseci e necessari per la esistenza e validità della convenzione fossero diversi o maggiori di quelli che bastano per la perfezione di ogni altro contratto.

Sopra questo importantissimo tema, oltre il prof. Regnoli, il prof. Vidari e l'avv. Pigozzi, dagli scritti dei quali, come ho detto più sopra, trassi in gran parte il riassunto degli argomenti addotti dalle due scuole, scrissero di recente il signor Bonini Costantino in una monografia intitolata: *Della perfezione dei contratti tra assenti*, sostenendo la tesi della necessità della cognizione dell'accettazione da parte del proponente, ed il prof. Capelli Bernardino in altro lavoro: *Della perfezione della vendita commerciale fra assenti*, nel quale propugna la opinione contraria a quella del Bonini.

Da ultimo anche l'illustre cons. Pescatore si occupò dell'argomento nel *Gior. delle Leggi*, V, n. 10, esaminandolo nella sua pratica applicazione con quello acume che gli è proprio, e giungendo alle seguenti conclusioni:

1. Non dovere tenersi in conto di atto giuridico di accettazione, nelle trattative *inter absentes*, se non quello emesso in modo dall'accettante, che egli nol possa più richiamare, e debba inevitabilmente pervenire più tardi a notizia dell'offerente.

2. Emesso e divenuto irrevocabile, l'atto di accettazione forma istantaneamente, e benchè non ancora pervenuto a notizia dell'offerente, il vincolo giuridico per entrambe le parti nei casi seguenti:

a) Se l'offerente avrà dichiarato espressamente il suo volere in questo senso;

b) Se questo volere sia implicito nelle condizioni dell'offerta medesima;

c) Se il corrispondente abbia immediatamente accettato, cioè mandato l'atto di accettazione, sì che più celeremente non avrebbe potuto;

d) Che se differisce per qualche tempo, entrando in deliberazioni sulle proprie convenienze, la ritardata accettazione non vincolerà l'offerente, se non in quanto gliene pervenga la notizia *re integra*.

Passando alla giurisprudenza, da quella che abbiamo riportata si fa chiaro come due sole delle quattro Corti Supreme si sieno pronunciate sulla grave questione, quella di Torino, cioè, e quella di Firenze. La prima in parecchie decisioni ha omai fissato per le provincie che ne dipendono, che non si dia contratto tra assenti, finchè il proponente non abbia notizia dell'accettazione della sua proposta.

Della seconda invece abbiamo una sola decisione in senso contrario, decisione che fu vivamente e, mi sembra, trionfalmente combattuta da quello eletto ingegno che è il prof. Vidari, nel *Giornale delle Leggi*, IV, n. 36.

Le Corti d'appello del Regno seguono per la maggior parte la giurisprudenza della Cassazione Torinese, in senso conforme alla quale giudicarono in Francia parecchie Corti, e tra le altre: la Corte di Parigi nell'11 gennaio 1854 in causa Ledoux e Lecus, la Corte di Bordeaux nel 13 giugno 1856 in causa Migne e Dufau, la Corte di Bourges nel 19 gennaio 1866 in causa Gillain-Fourrier.

Ben presto però vedremo risolta legislativamente l'ardua questione, ed abbiamo ragione di credere, in senso conforme alla giurisprudenza della Cassazione di Torino.

L'art. 40, infatti, del *Progetto preliminare per la riforma del Codice di commercio*, è così concepito:

« Tra persone lontane il contratto è perfetto, tostochè l'accettazione è conosciuta dal proponente.

« Chi propone un contratto non è obbligato, e può revocare la proposta finchè questa non giunga a conoscenza del destinatario. Parimenti lo accettante non è vincolato e può revocare l'accettazione, finchè questa non giunga a notizia del proponente.

« L'autore della proposta non può revocarla dal momento in cui essa è giunta a conoscenza del destinatario e per tutto il tempo sufficiente all'arrivo della risposta, ma rimane svincolato per qualunque ritardo, anche accidentale, di tale arrivo.

« La determinazione del tempo occorrente alla risposta e la questione del ritardo sono giudicate secondo le circostanze del caso e gli usi del commercio ».

Non fu però senza una seria discussione che venne approvato questo articolo, proposto dal comm. Mancini.

Nella tornata del 22 ottobre 1869, al verbale XXII, n. 84, dietro relazione del comm. Alianelli, la Commissione aveva deliberato di accettare in massima i principii sanciti dagli articoli 318 *usque* 322 del Codice germanico, l'art. 321 del quale è del seguente tenore: « Se un contratto fu stipulato fra assenti, il momento in cui fu consegnata, per essere spedita, la dichiarazione d'accettazione, si riguarderà come il momento della conclusione del contratto ».

Di conformità a questa deliberazione, la Sotto-Commissione fece le sue proposte che furono messe in discussione nella seconda tornata del 30 aprile 1870 (verb. XLIII, n. 186).

Ma il comm. Mancini, ritornando sulla determinazione anteriore, dimostrò come le disposizioni del Codice germanico non fossero troppo consonone fra di loro, dessero luogo ad incertezze non lievi e fossero per di più in contraddizione con quanto stabilisce il § 862 del Codice civile austriaco, il quale richiede che l'accettazione sia notificata al proponente, e si manifestò favorevole all'adozione del sistema contrario, ritenendolo prevalente nella dottrina e nella giurisprudenza italiana ed accennando come sia stato anche adottato nel progetto di Codice svizzero.

Risalendo ai principii, egli fece, tra le altre, anche le seguenti considerazioni:

I. Nei contratti fra assenti conviene ricercare quel fatto generatore dell'obbligazione e del vincolo che si richiede nei contratti fra presenti. L'esistenza di due volontà concordi non può bastare in verun caso se ne manca la conoscenza reciproca. L'ufficio che fra presenti fa la parola, è sostenuto fra assenti dalla lettera o dallo scritto, e perciò nella stessa guisa in cui, anche fra presenti, sarebbe impedita la formazione del vincolo contrattuale se una fisica incapacità od altro accidente non rendesse comprensibile al proponente l'accettazione di quello a cui è fatta la proposta, non può negarsi la stessa efficacia fra assenti al difetto di notizia dell'accettazione.

II. Non può esistere obbligazione finchè manca la coscienza di essere obbligato. Tale coscienza manca finchè il proponente ignora se la sua offerta sia stata accettata. Senza essa non può esservi debito, nè colpa d'inadempimento. Per qualunque motivo la risposta non arrivi, l'obbligazione non esiste, nè una volontà invisibile ed ignota può produrre effetto obbligatorio. Altrimenti avremmo una obbligazione priva di effetto, benchè esistente in diritto, e ciò sarebbe una contraddizione, ovvero, se volessimo una obbligazione efficace e vincolante benchè ignorata, cadremmo nell'irrazionale e nell'assurdo.

III Non regge la finzione di Savigny che il proponente sia rappresentato dalla lettera, perchè è assurda tale rappresentanza in un essere inanimato.

IV Non regge nemmeno l'argomento desunto dalla condizione sospensiva che perfeziona l'obbligazione anche se ne sia ignoto l'adempimento, perchè la condizione suppone che la obbligazione esista, e qui trattasi di conoscere se e quando sia nata.

La proposta fu accettata dai membri comm. *Bruzzo*, sen. *Cabella*, prof. *Carnazza Puglisi* e prof. *Vidari*, e la Commissione deliberò di adottare il sistema del Codice svizzero, e mantenne tale deliberazione malgrado che il presidente (Alianelli) nella tornata del 3 febbraio 1872 (verb. CXXXII, n. 779) dichiarandosi contrario alla medesima, insistesse perchè si rinnovasse la discussione sul grave tema.

3. Come si determina il luogo della promessa e quello della consegna? Se la convenzione fu fatta tra due negozianti a viva voce o per atto firmato da ambedue nel medesimo istante, non si può elevare alcun dubbio sul luogo della promessa.

Ma quando il contratto fu conchiuso per corrispondenza allora sorge il dubbio. Però gli autori insegnano con ragione che in tal caso è il luogo donde è datata la lettera di accettazione definitiva che si deve ritenere come il luogo della promessa.

Se l'affare fu convenuto col mezzo d'un commesso viaggiatore, presumendosi che questi abbia mandato sufficiente per vendere ed obbligare la

propria casa, è nel luogo in cui egli accetta le domande che la promessa ritiensi fatta. Ma sarebbe a dirsi altrimenti se si provasse che il viaggiatore non aveva facoltà di vendere e che la casa che lo impiegava erasi riservata la ratifica delle sue operazioni.

Quanto alla consegna, se nulla fu stabilito intorno al luogo in cui deve farsi, e se si tratti di cosa certa, s'intende dovesse farsi nel luogo in cui si trovava al momento del contratto. Le cose indeterminate invece si ritengono debbano consegnarsi al magazzino del venditore o dello speditore, uscendo dal quale cominciano appunto a stare a rischio del compratore.

Ma è chiaro che una convenzione espressa può derogare a queste regole. Se perciò fu convenuto che il venditore trasporterebbe la mercanzia in un luogo dove il compratore potrebbe rifiutarla se la trovasse danneggiata dal trasporto, è questo luogo che si dovrebbe considerare come quello della consegna. — Carré, III, *quest.*, 1507, *bis* - Ib. *Compétence*, art. 398, n. CCXLII.

4. Come si determina il luogo nel quale deve farsi il pagamento? Se questo luogo non fu fissato, conviene distinguere il caso in cui la vendita fu fatta a contanti, e quello in cui fu fatta a termine. Nel primo caso il luogo del pagamento del prezzo è quello della consegna della merce; nel secondo è il domicilio del compratore.

A questo secondo principio non si fa eccezione nemmeno per la circostanza che la fattura sia stata stillata pagabile al domicilio dello speditore, quando questa fattura e le merci non furono accettate espressamente. — Carré, *quest.*, 1508 *bis*, vol. III - Pardessus, n. 1354 - Favard, t. 5, p. 708, - Carré, *Compét.*, art. 398, n. CCXLII.

Il tribunale del luogo in cui il pagamento deve essere fatto, è competente così per la domanda di pagamento proposta dal venditore, come per quelle di consegna della merce e di risoluzione del contratto avanzate dal convenuto. — Carré, III, *quest.*, 1508, *ter*.

5. Se fu stabilito che il pagamento delle merci comperate sarà fatto mediante cambiali pagabili in luogo diverso da quello nel quale sono tratte, qualora sorgano contestazioni sul contratto, l'azione può essere proposta davanti il giudice del luogo dove le cambiali date, od accettate in pagamento, sono pagabili e non davanti a quello del luogo da cui sono datate. Carré, III, *quest.*, 1509, il quale cita a favore una sentenza della cassazione 29 gennaio 1811 - Dalloz, 5, p. 458 - Sirey, II, p. 142 = Vedi in senso contrario una sentenza della Corte d'appello di Trèves del 14 marzo 1810 in Dalloz, 5, p. 457.

6. Chi ha rifiutato di accettare una cambiale non essendo parte nel contratto di cambio, non può subire la competenza che questo contratto a creata, e deve essere citato al suo foro personale. — Carré III, *quest.* 1510.

7. La competenza di questo art. è limitata alle contestazioni relative alla vendita ed al pagamento delle merci. — Carré, III, *quest.*, 1508 - Pardessus, n. 1354 - Thomine, n. 467.

92. L'azione personale e l'azione reale su beni mobili, quando sia convenuta una delle amministrazioni dello Stato, deve sempre proporsi, salvo il disposto dall'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 giurisdizione è l'ufficio che deve riscuotere, o che ha riscosso l'imposta.

1. La competenza a conoscere delle azioni dirette da un subappaltatore contro l'appaltatore e la pubblica amministrazione dello Stato che diede in appalto, e dell'appaltatore contro la stessa amministrazione per garanzia,

è regolata da questo articolo e dall'art. 725 Cod. com. — *Appello Bologna 12 settembre 1868. Annali, II, 363.*

2. Le amministrazioni dello Stato, di cui è parola nel presente articolo, sono tanto le centrali quanto le subalterne e dipendenti, ed a tutte si applica il disposto di tale articolo circa la competenza ivi stabilita.

Se l'obbligazione dell'amministrazione fu contratta, o debbasi eseguire in luogo diverso dalla capitale e suo circondario, la citazione del ministro non altera la competenza stabilita da questo articolo. — *Cass. Firenze 10 dicembre 1868. Annali, II, 299.*

3. La parola *obbligazione* di cui parla questo art., non indica soltanto il rapporto di diritto che nasce dalla convenzione, ma abbraccia tutte le fonti dalle quali un tale rapporto può nascere fra l'amministrazione dello Stato ed i privati. — *Appello Firenze 24 maggio 1869. Fondo pel culto—Neri. Annali, III, 58.* — *Appello Firenze 18 dicembre 1869. Righetti—Ministero Finanze. Annali, III, 306.*

4. Trattandosi di convenire in giudizio una amministrazione dello Stato pel pagamento del prezzo di lavori appaltati, meno il caso di elezione di domicilio, è competente il tribunale del luogo in cui deve farsi il pagamento, ovvero quello nella cui giurisdizione fu stipulato l'appalto, quantunque i lavori non siano stati eseguiti nel territorio di essi tribunali.

Per *obbligazione formante oggetto dell'azione*, quest'articolo contempla l'obbligo particolare assunto dalla convenuta amministrazione e dedotto in giudizio, non la stipulazione corrispettiva dell'intero contratto d'appalto. — *Appello Genova 20 gennaio 1871. Ministero Lavori pubblici—Rapetti. Bettini, XX, 19.*

93. Le azioni reali su beni immobili, e quelle indicate nell'articolo 82, si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo, ove è posto l'immobile, o seguita lo spoglio o la turbativa di possesso della cosa mobile.

Art. 16407, 1165. 1°
1999, 2013 seg. c. c.

Quando l'immobile sia soggetto a più giurisdizioni, l'azione è promossa davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è posta la parte soggetta a maggior tributo diretto verso lo Stato, o davanti l'autorità giudiziaria del luogo, in cui sia posta una parte qualunque e alcuno dei convenuti abbia domicilio o residenza.

1. La competenza delle azioni reali sui beni immobili, si determina non avuto riguardo alla natura delle azioni, ma al loro oggetto, talchè si devolvono al foro *rei sitae* ogni qualvolta riflettano un diritto reale sopra un bene immobile fatta astrazione dalla persona che ne sia al possesso. — *Trib. Cremona 30 giugno 1866. Mon. Trib., VII, 751.*

2. L'azione diretta ad ottenere la cancellazione di una iscrizione ipotecaria è di sua natura reale; e perciò, trattandosi di proporla non in modo secondario e famulativo ad altra domanda, ma in via principale e mediante domanda per sè stante, deve adirsi il tribunale del luogo nella cui giurisdizione sono posti i beni colpiti dall'iscrizione. — *Appello Lucca 7 marzo 1872 Ottolini II. cc.—Marcantoni. Annali, VI, 455* — *Appello Milano 9 maggio 1873. Fè—Salvadei. Mon. Trib., XIV, 625.*

1. La regola fissata da questo art. si applica a tutte le azioni immobiliari, siano esse personali o reali, petitorie o possessorie, e a quelle di denunzia di nuova opera o di danno temuto. — *Relazione Pisanelli.*

2. L'azione per far valere il patto di ricupera di un immobile venduto, per nullità di contratto di vendita di immobili, di rifusione a causa di lesione, sono personali se esercitate contro i contraenti, reali se contro i terzi. — Borsari, *Comm.*, p. 144 - Carré, n. 369 vol. III - Mattei, *Annotaz.*

3. Le azioni miste oggidi sono divenute personali — Borsari, *Comm.*, p. 145, Mattei, *Annotaz.*

4. L'azione di cancellazione d'ipoteca è reale se fondata sulla nullità dell'iscrizione, personale se sull'obbligo assunto di cancellare. — Borsari, *Comm.*, p. 145 - Carré, n. 353, vol. III.

94. Si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo dell'aperta successione:

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

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

3. Le azioni contro l'esecutore testamentario, purché proposte prima della divisione, e, se la divisione non sia necessaria, entro un biennio dall'aperta successione;

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

Quando la successione siasi aperta fuori del regno si propongono davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è posta la maggior parte dei beni immobili o mobili da dividersi, e, in difetto, davanti quella del luogo in cui il convenuto ha domicilio o residenza.

1. I tribunali del regno sono competenti a conoscere dell'azione in petizione e divisione dell'eredità d'uno straniero relativamente ai beni qui esistenti, sebbene la successione siasi aperta all'estero. — *Appello delle Calabrie* 3 dicembre 1868. *Costantino II. cc.*—*Costantino. Mon. Trib.*, X, 424.

2. Questo art. non è applicabile alla successione dello straniero, ma si bene alla successione dell'italiano che conservando la sua nazionalità avesse acquistato domicilio all'estero. — *Cass. Napoli* 30 novembre 1869. *Costantino*—*Costantino. Annali*, IV, 49 — *Contra: Cass. Torino* 3 maggio 1872. *Giurisprudenza*, 1872, 476 — *Cass. Torino* 30 gennaio 1874. *Giurisprudenza*, 1874, 321.

1. I tribunali italiani ritengono la loro giurisdizione anche nella successione di uno straniero aperta all'estero. — Borsari, *Comm.*, I, p. 148.

Di contrario avviso è la direzione del *Mon. dei Trib.* in una nota a pagina 426 del vol. X, osservando: che avendo il Cod. civ. proclamato il principio che la successione sia da regularsi con una legge unica rispetto a tutti i beni, non si può più distrarre dal foro dell'aperta successione alcuna lite in causa della situazione dei beni, e che essendo tuttavia troppo chiara la lettera di questo articolo, lo si deve interpretare così che i nostri tribunali siano competenti a conoscere delle azioni riguardanti una successione aperta all'estero, quando risulti che i tribunali stranieri non hanno voluto o potuto occuparsi anche della sostanza esistente nel regno o quando gli interessati anno convenuto di assoggettare le liti ai tribunali nostri senza determinare quale.

2. Se il domicilio del defunto non è conosciuto, quale sarà il tribunale competente per le azioni contemplate in questo articolo?

Pisanelli crede (*Comm.* I, n. CDXIV), che debbano applicarsi a questo caso le stesse regole dell'art. 90 Cod. proc. francese corrispondenti all'art. 16 Cod. proc. sardo, avvertendo però che siccome l'uomo, dopo morto non ha più dimora, così anche per questa vuolsi seguire il medesimo tenore che si serba pel domicilio, cioè in difetto di domicilio e di residenza si deve stimar competente il giudice del luogo in cui il defunto ebbe l'ultima sua dimora, che non può esser altro che quello ove cessò di vivere.

Il Borsari invece (*Comm.* I, p. 146) ritiene che trattandosi di una eredità, di un complesso di beni, il concetto del domicilio di chi possedeva tutte queste cose può sempre apparire, e che la legge pone a regola fissa il *domicilio* (vedi art. 923 Cod. civ.) e non tiene conto delle gradazioni di residenza e di dimora come fa in tutti gli altri casi. È di conforme opinione il Gargiulo, *Comm.*, p. 267.

3. Relativamente alla competenza per le azioni dei legatari e creditori d'una eredità, sembra si debba fare differenza nel caso che siano dirette all'esercizio d'un diritto reale. Questa distinzione non risulta a dir vero dal n. 4 di questo articolo, ma è però esplicitamente dichiarata nella relazione del Pisanelli colle seguenti parole: « I legatari andranno soggetti alla detta giurisdizione (il foro dell'aperta successione) ancorchè promuovano un'azione immobiliare, che per la situazione dell'immobile dovrebbe altrimenti essere proposta davanti un'altra autorità giudiziaria, mentre i creditori che promuovono un'azione immobiliare, non vengono sottratti alla regola che determina la competenza per la situazione della cosa ».

« La ragione della differenza (soggiunge il Pisanelli) è palese. Il diritto dei legatari sorge dal fatto stesso della successione: quindi la legge può sottoporre l'esercizio alle norme che reggono la competenza in tale materia, quantunque il diritto dei legatari si riferisca ad un immobile. Il diritto dei creditori è per contro indipendente dalla devoluzione ereditaria; però, se trattandosi di azioni personali o mobiliari, la legge per motivi di convenienza rende continuativo il domicilio del defunto nel luogo dell'aperta successione, gli stessi motivi non sono applicabili quando si promuova un'azione immobiliare, il cui esercizio, in ordine alla competenza, non è mai regolato dal domicilio del convenuto ».

Vedi anche Borsari, *Comm.*, I, p. 147.

4. Al tribunale del luogo dell'aperta successione, si recano le azioni che riguardano il diritto della divisione e le controversie che nascono da questo diritto, ma il giudizio di divisione, separazione od assegnamento di quote che ne consegue, è regolato dalla legge comune di competenza. Non è, a parlar propriamente, che un giudizio esecutivo.

In altre parole l'azione in divisione è l'*actio familiae erciscundae*, che a per oggetto precipuo la divisione (il gius), ed accessoriamente anche l'adempimento di personali obbligazioni che nacquero dall'eredità. — Borsari, *Comm.*, I, p. 147.

5. Usando l'articolo la espressione *fino alla divisione*, se per avventura fosse in parte avvenuta la divisione di determinati beni, l'azione di divisione per gli altri rimasti, non entrerebbe nell'ipotesi dell'articolo medesimo, poichè l'operazione non sarebbe anteriore alla divisione. — Gargiulo, *Comm.*, 267.

Questa opinione non mi sembra punto accettabile, perchè l'espressione *sino alla divisione*, non può significare se non che *sino compiuta la divisione*, sino cioè che sia sciolto il rapporto di comunione ereditaria.

Ed infatti, quale influenza può avere rispetto alla competenza speciale stabilita da questo articolo, il fatto che sia avvenuta tra i coeredi una divisione parziale degli oggetti di spettanza dell'eredità? La legge intese di regolare la competenza delle azioni che sorgono ed hanno origine dalla comunione, appunto perchè la comunione ha per oggetto cose che presumibilmente trovansi riunite nel luogo dell'aperta successione, e le liti tra i coeredi possono essere dal giudice di questo luogo più agevolmente e prestamente definite. Perciò finchè dura la comunione, sia pure per una piccolissima parte della sostanza ereditaria, la ragione del foro speciale sussiste e la competenza eccezionale deve essere mantenuta.

Art. 40, 140 c. p. c.

95. Nel caso di elezione di domicilio, a norma dell'articolo 19 del Codice civile, l'azione si può proporre davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui fu eletto il domicilio.

Quando il patto di elezione di domicilio aggiunto in un contratto non contiene l'obbligo espresso di rivolgersi esclusivamente al domicilio eletto, è sempre in facoltà dell'attore di rivolgersi anche al domicilio reale del convenuto. — *Cass. Torino 24 ottobre 1870 Parlani—Novarese e C. Mon. Trib., XI, 1095.*

1. L'elezione di domicilio non deroga in modo assoluto alla competenza legale. Dovendosi presumere che l'elezione di domicilio speciale sia stipulata dalla parte nell'interesse esclusivo dell'altra, questa potrà convenirla o davanti l'autorità giudiziaria del domicilio reale o della residenza. Una tale presunzione deve cessare a fronte di un patto contrario, quando apparisce dai termini della convenzione essersi l'elezione di domicilio stipulata nell'interesse d'ambidue le parti: in tal caso l'autorità giudiziaria competente sarebbe soltanto quella del domicilio eletto. — *Relazione Pisanelli - Borsari, Comm., p. 150.*

2. Ove non tutti quelli che devono citarsi abbiano eletto il loro domicilio, per ragione di connessità si dovrà portare il pito alla giurisdizione legale. — *Borsari, ib.*

3. La competenza del foro contrattuale per l'elezione di domicilio si trasmette attivamente e passivamente agli eredi ed a tutti gli aventi causa dalle parti; non però ai terzi. — *Pescatore, Spos. Compend., I, p. 165 - Mattei Annotaz. - Zachariae, I, § 146 - Merlin, voc. Dom. eletto, § 2, n. 8.*

4. Anche l'azione di rescissione e di nullità del contratto dovrà recarsi al tribunale di quel circondario in cui fu eletto domicilio, perchè nel conflitto delle pretese delle parti il contratto intanto esiste. — *Pescatore, Spos. Compend., I, p. 165.*

96. L'azione tra soci si propone davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui è il principale stabilimento della società.

Si propongono davanti la stessa autorità giudiziaria le azioni tra soci, anche dopo lo scioglimento e la liquidazione della società, per la divisione e per le obbligazioni che da essa derivano, purché proposte entro un biennio dalla divisione.

1. Allorquando un particolare è citato come socio innanzi al tribunale del luogo della società, se egli pretende non avere la qualità di socio, l'eccezione deve essere assoggettata al tribunale che giudica dell'azione principale; il reo convenuto non può essere ammesso ad intentare a tale riguardo una domanda innanzi al tribunale del suo proprio domicilio; il giudice dell'azione è il giudice dell'eccezione. — *Cass. di Francia 9 maggio 1826, Biblioteca del diritto, voc. Soc. commerciale.*

2. La cognizione di tutte le contestazioni relative all'esecuzione di un atto sociale essendo attribuita ai giudici della sede della società, ne segue che la persona citata come socio dagli altri soci innanzi il tribunale del luogo in cui è stabilita la società, non può, nemmeno alloraquando essa pretendesse che la società non esiste a suo riguardo, ottenere *de plano* il suo rinvio al tribunale del suo proprio domicilio: la sua eccezione deve essere giudicata dal tribunale competente, ed il rinvio non può essere pronunciato, se non qualora tale eccezione fosse riconosciuta fondata. — *Corte di Parigi 2 luglio 1827. Biblioteca del diritto, ibid.*

3. La competenza eccezionale delle azioni tra soci derivante da quest'art. cessa quando in via pregiudiziale l'impetito impugni la qualità di socio e la sua eccezione apparisca fondata. — *Appello Lucca 28 maggio 1867 Buonaparte—Bastianelli. Annali, II, 143.*

4. Il terzo, che senza essere socio, garantisce colla sua obbligazione solidaria il debito di uno dei soci verso l'altro, non va soggetto al tribunale in cui ha sede la società, ma a quello del proprio domicilio o residenza. — *Appello Torino 6 dicembre 1871. Morandi, Vegetti—Masera. Bettini, XX, 824.*

5. Se il convenuto, chiamato come socio davanti al foro sociale, opponga in via pregiudiziale l'eccezione di incompetenza, negando la qualità di socio, il giudice adito non può entrare nella indagine se l'eccezione e la impugnativa del convenuto sia seria, dappoichè per tal modo ne sarebbe dalla sua decisione pregiudicato indubbiamente il merito della lite.

Egli deve limitarsi invece ad esaminare soltanto se l'attore intenda e dichiarare di esercitare un'azione tra soci. Questo esame è veramente pregiudiziale, di fatto e non di diritto, e non accenna ad invadere il campo d'altro giudizio.

L'indagine della *serietà* meglio può farsi su questo punto, allo scopo che le parole non prevalgano alla essenza e che sia tolto l'adito a trarre con uno stratagemma il convenuto innanzi ad un giudice diverso dal suo.

Questa indagine fatta sulla citazione e sui documenti dall'attore comunicati, non pregiudica la difesa del convenuto, che potrà svolgersi ampiamente nel merito, intatta ancora da qualunque apprezzamento, mentre l'indagine sulla *serietà* della difesa, assai più facilmente implicherebbe una intempestiva deliberazione della causa principale.

L'eccezione di incompetenza di territorio deve essere giudicata dal tenore della citazione; si deve, cioè, esaminare se a termini di questa e, data l'azione che il citante dichiara di esercitare, il convenuto sia stato chiamato avanti il giudice competente. Dove ciò sia non si può venire a contraria decisione per questo che il convenuto, eccedendo i limiti di questa discussione pregiudiziale, abbia tratto in campo eccezioni ed argomenti riservati alla difesa di merito ed atti, se vogliasi, a far respingere a suo tempo la dimanda, ma inetti a mutare i limiti della questione di competenza.

Se fosse altrimenti e si ritenesse che il giudice dovesse, sia pure da un esame superficiale ed in via di deliberazione, decidere sulla questione se il convenuto sia o meno socio, non solamente si contravverrebbe al tenore dell'art. 187 cod. proc. civ., dal quale deducesi doversi l'eccezione di incompetenza relativa per territorio opporre *prima* di ogni difesa in merito, e non potersi quindi cumulare colla difesa in merito nè sostenere con argomenti propri della medesima, ma si cadrebbe in un'assurda e strana moltiplicazione dei giudizi. Se infatti per l'esame superficiale del merito, il giudice del foro eccezionale non dovesse venire a concludere la propria incompetenza per l'effetto che l'azione sia proposta davanti al personale del convenuto perchè nuovamente delibere la questione, volta che questo trovi, ad ipotesi, giustificata all'invece la qualità di socio, si dichiarerebbe esso pure incompetente, e di conseguenza dovrebbe allora iniziarsi al foro eccezionale un terzo giudizio per la decisione in merito. — *Appello Venezia 23 gennaio 1875. Banco. Ligure—Banca Commerciale.*

[Credemmo conveniente di riferire un po' distesamente il motivato di questa decisione, sia perchè, a quanto ci consta, essa era fino ad oggi inedita, sia ancora perchè risolve una questione la quale, come dimostreremo più sotto, è assai dibattuta e grave].

1. Quest'art. si applica indistintamente a tutte quelle società commerciali o civili che hanno una sede ed uno stabilimento in un determinato luogo; non quindi alle società in partecipazione che non anno nè nome, nè ditta, nè firma sociale, nè sede, come nemmeno ad un circolo letterario o politico, che non costituiscono una vera società, — Borsari, *Comm.* I, p. 151 — Pisanelli, *Comm.* I, 1, n. CDXXVIII.

2. Una società stabilita in vari luoghi, ugualmente può essere citata in ognuna delle sue sedi. — Borsari, *ib.* — Pisanelli, *ib.*, n. CDXXIX.

3. Una società stabilita in un luogo ed avente in altri luoghi delle succursali le quali pure contrattano in nome della società, può essere convenuta in ciascuno dei detti luoghi per contratti ivi fatti. — Pisanelli, *ib.*

Ci ha nondimeno alcune azioni, quelle che concernono l'interesse generale della società, che non potrebbero intentarsi presso il giudice nel cui distretto sono stabilite le succursali, essendo necessario che si propongano al foro del principale stabilimento della società; tali sarebbero le azioni per lo scioglimento e per il fallimento della Società. — Pisanelli, *ib.* — Dalloz, *Compét. des trib. d'arr.*, n. 110 — Pardessus, n. 1357.

4. Gli agenti di una compagnia d'assicurazioni stabiliti nelle provincie per ricevere le dichiarazioni d'assicurazione, rilasciar polizze, ecc., hanno qualità per rappresentarla in giudizio. (*Appello di Chambery* 23 marzo 1853). — Bettini, 1853, II, 401.

Le compagnie d'assicurazioni, le quali abbiano delle succursali con agenti speciali, possono essere citate avanti il tribunale del luogo di queste succursali per le controversie che sorgono in occasione di obblighi contratti per mezzo dei detti agenti.

Lo stabilimento delle succursali vale elezione di domicilio attributiva di giurisdizione. — Dalloz, *Réc pér* 1847, I, 8 — II, 139 — 1850, I, 59 — 1851, I, 119.

Si è giudicato d'altra parte che una società d'assicurazioni mutue che, indipendentemente dal luogo ove la società è stabilita, ha una sede in ciascun distretto, ov'è rappresentata da un direttore, deve citare gli assicurati avanti il tribunale del luogo ove hanno contratto la loro obbligazione. — Dalloz, *Réc pér*, 1852, II, 261.

La domanda relativa all'esecuzione di un contratto d'assicurazione fatta contro l'agente della compagnia, la quale non abbia attualmente residenza conosciuta, può esser portata avanti il tribunale del luogo indicato nella polizza come domicilio dell'agente. — Dalloz, *Rec pér*, 1854, IV, 158.

Vedi in Pisanelli, *Comm.* I, n. CDXXIX in nota.

5. Anche l'azione immobiliare proposta tra soci deve essere portata al foro della società. — Borsari, *Comm.* I, p. 150 — Pisanelli *l. c.* — Chauveau in Carré, *quest.*, 261.

6. La competenza eccezionale stabilita da questo art. è applicabile al caso in cui l'individuo, citato come socio, impugni questa qualità o neghi la esistenza della società?

Ecco quanto dice Carré sopra questo importantissimo argomento:

« Si può dire per l'affermativa che l'individuo il quale contesta la sua qualità di socio, oppone una eccezione *di fondo*, la cognizione della quale appartiene al giudice investito della domanda principale; nello stesso modo che, se citato davanti il tribunale del suo domicilio egli pretendesse d'essere socio e come tale chiedesse il rinvio davanti ai giudici della società, il tribunale adito dovrebbe preliminarmente esaminare il fondamento di questa eccezione. »

« D'altra parte, se si ammette che la semplice impugnativa della qualità da parte del convenuto, debba importare il rinvio senza discussione, si darà occasione a ciò che per lo stesso affare si facciano due rinvii e tre giudizi successivi, poichè il tribunale del domicilio potrà appunto riconoscere l'esistenza della società e rinviare nuovamente davanti i giudici scelti da principio. »

« Per queste considerazioni ci sembrerebbe che tutte le volte che si oppone davanti qualunque tribunale una eccezione d'incompetenza, questo tribunale à diritto di esaminarla; altrimenti bisognerebbe dire che una asser-

zione pura e semplice è capace di annichilare la sua giurisdizione e di legargli le mani, ciò che non è ammissibile. »

« Il nostro sistema fu abbracciato da Favard, *t. 1, p. 322, n. 4*, e consacrato dalla Cassazione il 14 marzo 1810, ed il 7 giugno 1821 (Dalloz *t. 20, p. 381*), Sirey, *t. 16, p. 230*. »

« Tuttavia sembra si debba adottare un contrario avviso nel caso che la deliberazione sull'eccezione fosse così connessa con quella del merito, che non si potesse giudicare separatamente, se, in una parola, il fatto della esistenza della società fosse subordinato alla decisione della lite stessa; poichè è necessario che la competenza sia riconosciuta prima che il tribunale esamini il merito; e sarà sempre più conveniente che, se l'eccezione non possa essere giudicata senza il merito, sia il giudice naturale ordinario che ne conosca, piuttosto che il giudice eccezionale. Tali sono le ragioni che anno determinato la Cassazione il 10 luglio 1837 (Sirey, *p. 732*) a rigettare il ricorso contro una sentenza della Corte di Nîmes che aveva in quest'ultimo senso giudicato. »

« Si vede adunque che, secondo le circostanze, la soluzione può essere differente, e che perciò non v'è contraddizione tra la decisione più recente della Corte suprema e quelle da noi precedentemente citate. — Carré, I, *quest. 261, quater*. »

Il Dalloz (*Comp. civ. n. 117 e seg.*) ponendo la questione se colui che è impetito come socio davanti il tribunale della società possa, negando l'esistenza della società o pretendendo di non farne parte, chiedere il rinvio davanti il giudice del proprio domicilio, osserva:

Questa questione è controversa. Da una parte si dice che la disposizione che attribuisce competenza in materia di società al giudice del luogo dove la società è stabilita, deve necessariamente applicarsi anche al caso in cui l'esistenza della società è negata, altrimenti si lascierebbe al convenuto un mezzo facile per eludere a suo arbitrio la giurisdizione di questo tribunale colla semplice negativa del fatto della società, quando non ci sia un contratto sociale. Questo diniego non deve essere considerato, al contrario, che come una eccezione che appartiene al giudice dell'azione di apprezzare, se per natura sua non esce dai limiti della sua competenza.

D'altro lato si risponde che il diritto di impetire nel luogo della sede della società è una deroga alla regola generale, *actor sequitur forum rei*, deroga che deve essere ristretta nei suoi confini. Ora l'art. 59 del Codice di proc. civ., dicendo che il convenuto sarà impetito in materia di società, *se esista*, davanti al giudice del luogo ove è stabilita, suppone necessariamente il fatto preesistente e non contestato di una società stabilita e riconosciuta, e ciò tanto più che le società anche commerciali, devono essere constatate per iscrizione.

« Invano (soggiunge Dalloz) si obietta la massima che il giudice dell'azione è anche il giudice dell'eccezione, poichè l'applicabilità di essa è subordinata all'esistenza di un fatto certo attributivo di giurisdizione ».

« E perciò fu stabilito anzi che l'adagio secondo il quale il giudice dell'azione è giudice dell'eccezione, suppone che esista tra l'azione e l'eccezione tale differenza che il giudizio sull'una sia affatto distinto e indipendente dal giudizio sull'altra, ma che questo adagio è inapplicabile quando il giudizio sull'eccezione deve, per la natura della domanda, essere necessariamente quello dell'azione stessa ».

Noterò però che esiste una notabilissima differenza tra l'art. 56 del Codice francese ed il nostro art. 96, mancando in questo le parole « *in quanto esista la società* » che offrono un valido argomento all'opinione accennata dal Dalloz, per la quale egli sembra propendere.

Venendo agli scrittori italiani, il Pisanelli (*Comm. I, 1, CDXXXI*) così si esprime: « Concedendosi al tribunale del luogo ove è stabilita la società, la competenza per tutte le azioni che la concernono, non può credersi che non si fosse preveduta anche l'azione che più direttamente poteva ferirla, ch'è appunto quella che le nega perfino l'esistenza, e se non è stata espressamente tolta a quella competenza deve ritenersi compresa in essa. La quale conclusione è anche potentemente avvalorata dal principio di diritto che il giudice competente per l'azione lo è pure per l'eccezione ».

Dello stesso avviso sembra sia anche il Pescatore. (*Spos. Comp. I, p. 164*). Io osserverò che le considerazioni della sentenza sopraccennata della Corte d'appello di Venezia in causa Banco Ligure-Banca commerciale di Verona mi sembrano di una capitale importanza e tali da risolvere con criteri affatto nuovi codesta quistione che pur da tanto tempo occupa le menti dei proceduristi.

È indubitato ed indiscutibile che il principio della economia dei giudizi si oppone a che per l'eccezione del convenuto che neghi la qualità di socio, si debba la causa dal foro eccezionale rimettere al foro personale per la risoluzione di questa preliminare e pregiudiziale controversia, ed in seguito a tale decisione portarla eventualmente di bel nuovo alla competenza del giudice prima adito. E perciò è duopo porre la massima che questa competenza speciale si regoli colle norme della competenza per valore, di guisa che, come la competenza per valore è determinata dalla *domanda* dell'attore, così anche della competenza di cui in questo art. si debba giudicare soltanto dal tenore della citazione per modo che in base della medesima e dei documenti annessivi, si debba esaminare se si intenda e si dichiarare *severamente* di proporre l'azione tra soci.

Stabilita l'analoga tra le due specie di competenza, come non potrebbe il convenuto addurre l'eccezione di incompetenza per valore sostenendo che il suo debito è minore o maggiore della somma domandata, non può nemmeno opporre l'incompetenza del foro sociale negando d'essere socio.

97. L'azione per rendimento di conti di una tutela o di una amministrazione si propone davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui la tutela o l'amministrazione fu conferita o esercitata.

SEZIONE III.

Della competenza per connessione o continenza di causa.

98. L'azione contro più persone che per domicilio o residenza dovrebbero essere convenute davanti 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.

1. Il creditore di una società che per conseguire il pagamento del suo credito conviene la medesima come debitrice diretta ed insieme un di lei supposto socio e debitore del caratto sociale onde farsi colla stessa sentenza aggiudicare quanto risulta essere da questo dovuto alla predetta società, esercita due azioni giuridicamente separate e distinte pel titolo e per l'oggetto, sebbene cumulate materialmente nella stessa domanda, e per conseguenza, non ricorrendo l'estremo della connessione, quello dei convenuti che non abbia né domicilio, né residenza nella giurisdizione del tribunale adito dall'attore, è nel diritto di declinare la competenza. — *Appello Lucca 28 maggio 1867. Annali II, 143.*

2. Se i convenuti non fossero obbligati in modo eguale non potrebbe aver luogo l'applicazione di questo art., ed il debitore principale non può perciò essere tratto al foro del fidejussore. — *Appello Casale 9 ottobre 1867. Annali II, 28.* — È conforme la giurisprudenza francese. Vedi in *Carré quest. 255.*

3. Per chiamare allo stesso foro di uno dei convenuti tutti gli altri correi, è necessario che il convenuto, il quale è citato al suo tribunale, e trae a questo gli altri sottoposti a tribunali diversi, sia un convenuto vero, non un terzo che l'attore cita al solo fine di distrarre il vero convenuto dal proprio foro; e tale dovrebbe essere considerato quello cui l'attore nulla domanda — *Appello Napoli 16 dicembre 1867. Annali, II, 68.*

4. Il principio di questo art. che si possano convenire più persone avanti ad uno stesso tribunale, quantunque alcuna di esse per domicilio o per residenza sia soggetta ad un foro diverso, non procede quando il citato, che deve attrarre gli altri al suo foro, sia un convenuto larvato e senza interesse nella causa, e non procede neppure quando alcuno dei citati abbia un foro coattivamente speciale; nel qual caso questi deve invece attrarre gli altri al suo foro, per esempio quello del Demanio. — *Appello Firenze 24 maggio 1869. Fondo pel culto—Neri. Annali, III, 57.*

5. Si fa luogo al disposto di quest'art. quando si tratta di una sola o di una stessa azione esperibile ad un tempo contro più persone. Si fa luogo invece al disposto dall'art. 99 quando all'attore competono due azioni distinte, una principale ed una accessoria; nel qual caso deve necessariamente adire il tribunale competente per l'azione principale. — *Cass. Torino 24 luglio 1869. Bandi di Visone—Garnier. Annali, III, 187.*

6. Questo art. non comprende nella sua disposizione il caso della competenza speciale dell'art. 92. — *Cass. Firenze 24 febbraio 1870. Neri—Demanio. Annali, IV, 91.*

7. Non vi è connessione di causa, e però non può applicarsi questo art. ogniquale volta, essendo pure identico l'oggetto delle obbligazioni, siano diverse le persone dei contendenti e distinti e separati i titoli da cui sorgono i diritti e gli obblighi rispettivi. — *Cass. Napoli 9 aprile 1870. Scarabeo—Antonelli. Gazz. del Proc., IV, n. 12.*

8. La disposizione di questo art. non è applicabile quando l'incompetenza deriva da difetto di giurisdizione. — *Appello Torino 25 aprile 1870. Python—Magna-Bottino e C. Annali, IV, 190.*

9. Per citare più persone, domiciliate o residenti in luoghi diversi, dinanzi al foro competente per una di esse, è d'uopo che esista connessione di causa, sia per l'oggetto della domanda, sia per il titolo o fatto cui mette capo.

La decisione se tale connessione esista, è giudizio di diritto proponibile in Cassazione. — *Cass. Napoli 6 novembre 1873. Carriero—Corbo. Gior. dei Trib., III, n. 71.*

1. Perché l'attore si giovi della facoltà stabilita da questo art. è duopo che la sua scelta cada sul tribunale del domicilio dei suoi avversari e che egli elegga tra più tribunali tutti competenti per ragione del domicilio. A questa facoltà non può quindi far ricorso quando la competenza di un tribunale rispetto ad uno dei convenuti procedesse da una causa diversa dal domicilio. L'ipotesi della legge essendo quella che l'attore abbia a rivolgersi contro più persone che debbano essere convenute presso il tribunale del loro domicilio, non si può l'eccezionale disposizione estendere oltre il caso da essa contemplato. — *Pisanelli, Comm. I, I, p. 429 e 430.*

2. Se si impetiscano in giudizio più persone per una obbligazione parziale o divisibile dovrà bastare la circostanza che essa procede dallo stesso titolo o deriva dallo stesso fatto, per costituire la connessione di causa, e così distrarre una parte dei convenuti dal foro del loro domicilio, della loro residenza?

Stando ai principii rigorosi del diritto la negativa sembrerebbe inopugnabile, perché essendo diverse le persone convenute, diversa la cosa

domandata a ciascuna di esse (la rispettiva porzione), vengono meno due degli elementi che determinano la connessione di causa; il solo elemento comune sarebbe il titolo o il fatto a cui si appoggia la domanda, il quale però non importa sempre identità di quistioni. Tuttavia per ragioni di convenienza, il progetto adottò il sistema contrario. Havvi pur sempre la possibilità che il titolo o il fatto sia impugnato o contestato da tutti i convenuti per ragioni comuni a tutti: l'interpretazione di una clausola concernente tutti gli obbligati potrebbe essere data in senso contrario da autorità diverse. — *Relazione Pisanelli - Borsari, Comm. I, p. 153.*

3. Sulla competenza per connessione di causa scrisse con concetti affatto nuovi ed in modo veramente completo il sommo Pescatore nella sua *Sposizione compendiosa* (capitolo IV, tit. IV), alla quale invitiamo a ricorrere chi voglia trovare sviluppato esattamente e chiaramente il sistema di questa competenza tanto importante per le numerose specie che abbraccia, che il legislatore non à espressamente contemplato e preveduto.

Vedi art. 100 note.

4. Perchè sia il caso dell'art. 98, è necessario aversi questa condizione, cioè che le persone le quali debbonsi citare, poste in diverse giurisdizioni, debbano essere *in un modo simile ed eguale* obbligate; imperocchè l'interesse è la misura delle azioni, e quando esso non è direttamente esistente contro il convenuto, non si potrebbe per via indiretta ottenere una condanna diretta. — Gargiulo, *Comm.*, p. 274.

99. L'azione accessoria è proposta davanti l'autorità giudiziaria competente per l'azione principale.

1. Il principio che il fideiussore risponde come il debitore principale si applica non solo rispetto alle azioni spettanti al creditore, ma ancora rispetto alla competenza dei tribunali che devono giudicarne.

La regola patisce solo eccezione quanto alla competenza, quando il fideiussore non è commerciante ed è convenuto pel pagamento del debito, posto da parte il debitore principale. In questo caso l'obbligazione del fideiussore, essendo civile, è devoluta alla competenza civile. — *Cass. Torino 21 febbraio 1866. Carre, Perussi—Murgia. Mon. Trib.*, VII, 240 — *Cass. Torino 31 luglio 1868. Viale—Olivero. Mon. Trib.*, IX, 795 — *Cass. Torino 15 giugno 1874. Giurisprudenza*, VIII, 537.

2. Se il creditore vuole agire contemporaneamente contro il debitore principale e, contro il fideiussore, può congiuntamente chiamare il fideiussore che non fece atto di commercio, davanti al giudizio commerciale competente pel debitore principale. — *Cass. Torino 21 febbraio 1866. Mon. Trib.*, VII, 240 — *Appello Torino 17 gennaio 1871. Giurisprudenza*, VIII, 153 — *Appello Torino 16 novembre 1872. Giurisprudenza*, X, 215 — *Appello Napoli 20 giugno 1873. Gior. dei Trib.*, III, 103.

3. L'attore può citare il fideiussore o garante a quello stesso foro a cui cita il debitore principale; ma non può all'incontro citare il debitore principale al foro del mallevadore o garante. — *Appello Casale 9 ottobre 1867. Langella—Bartolucci. Annali*, II, 28.

Vedi art. 98 sent. n. 5.

100. L'autorità giudiziaria, davanti cui pende la causa principale, è competente a conoscere, eccettuato il caso d'incompetenza per materia o valore, e salvo quanto è stabilito negli articoli 101 e 102:

1. Dell'azione in garanzia;

2. Della compensazione;

3. Dell'azione in riconvenzione dipendente dal titolo dedotto in giudizio dall'attore, o dal titolo che già appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione.

1. La compensazione legale o di un credito liquido ed esigibile può opporsi in via d'eccezione anche quando non scaturisca dal titolo su cui si fonda l'azione. Se invece la compensazione legale non può avvenire, il credito può essere opposto in via di riconvenzione, ma purchè scaturisca dal titolo su cui si fonda l'azione o l'eccezione.

In questo caso, se la cognizione sul credito opposto è di facile risoluzione si abbinerà alla causa principale, altrimenti no. — *Appello Brescia 5 febbraio 1868. Bettinelli—Marazzi. Mon. Trib., IX, 681.*

2. Non può negarsi la decisione della domanda riconvenzionale proposta dinanzi al giudice della principale, e per un di più connessa con questa, nè rimandarsi ad altra sede l'accertamento chiesto in via riconvenzionale di crediti, la cui esistenza o inesistenza influisca necessariamente sulla decisione della domanda principale. — *Cass. Torino 23 maggio 1868. Masoero—utrinque. Bettini, XX, 518.*

3. In un giudizio fra commercianti davanti ad un tribunale di commercio non è ammissibile l'azione in garanzia che l'una delle parti voglia promuovere contro persona non commerciante e che non ha fatto atto di commercio. — *Appello Napoli 6 dicembre 1869. Camerlingo—Brancia. Annali, III, 599.*

4. La riconvenzione è ben proposta per comparsa; conseguentemente nei giudizi a rito sommario è ben proposta per conclusioni all'udienza (arg. art. 162 seg.).

Non è ammissibile quella domanda di riconvenzione che abbia un oggetto non dipendente dal titolo dedotto in giudizio dall'attore. — *Appello Brescia 20 aprile 1870. Zanetti-Pialorsi—Melzani, Annali, IV, 50.* — *Appello Firenze, 28 giugno 1869, Cosci—Welikanoff. Annali, III, 461.*

5. Il principio per cui il giudice può e deve risolvere tutte le questioni insorte nel corso della causa, la cui risoluzione sia necessaria per farsi strada allo scioglimento della controversia principale, non soffre eccezione neppure allorché in via incidentale si sia sollevata davanti a un tribunale civile una questione di stato. — *Appello Torino. 9 maggio 1870. Giurisprudenza, VII, 404.*

6. La regola che il giudice dell'azione è pur quello dell'eccezione ha solo luogo quando si tratta di vera eccezione avente carattere ed effetto di risposta e difesa contro l'azione, non quando si propone in via di eccezione una domanda che non ha relazione coll'azione, ed è da questa affatto distinta, nè la distrugge in alcun modo. — *Cass. Torino, 14 giugno 1870. Mercuri—Alesi. Giurisprudenza VII, 488.*

7. Il principio per cui il giudice dell'azione principale è anche competente per quella di garanzia, cessa quando quest'ultima per il suo valore è soggetta ad altra competenza. — *Cass. Torino, 30 novembre 1870. Pasquini—Lajo. Bettini, XXII, 893.*

8. Benchè la riconvenzione debba proporsi al pari di ogni altra domanda mediante citazione, pure se essa può considerarsi più propriamente come una eccezione opposta alla domanda dell'attore, può bene spiegarsi a processo sommario nella comparsa conclusionale. — *Cass. Napoli, 21 gennaio 1871. Riario Sforza—Municipio Napoli. Gazz. dei Trib., Napoli, 25 febbraio 1871.*

9. Nulla vieta che la causa riconvenzionale sia proposta anzichè nella

forma ordinaria con comparsa, separatamente dalla causa principale con atto di citazione. Ma anche in questo ultimo caso sono condizioni essenziali dell'azione riconvenzionale, che sia tuttavia pendente la causa principale e per modo che possa essere poi decisa contemporaneamente a quella riconvenzionale, previa la loro unione, e che entrambe le cause si agitano fra le stesse parti. — *Appello Milano, 31 gennaio 1871. Fiers—Parodi. Mon. Trib., XII, 278.*

10. Il Tribunale è competente a conoscere delle domande in riconvenzione od in compensazione, la cognizione delle quali, ove fossero state proposte in via principale, sarebbe spettata al pretore od al conciliatore. — *Cass. Torino, 8 gennaio 1873. Patrioli—Maestri. Annali VII, 9.*

11. Ogniqualvolta una domanda riconvenzionale abbia per iscopo di elidere in tutto od in parte l'azione principale, quantunque dipendente da titolo diverso, può essere proposta davanti la stessa autorità giudiziaria competente per l'azione medesima. — *Cass. Firenze, 19 gennaio 1874. Soldani—Soldani. Gior. dei Trib., III, 107.*

Vedi art. 99, sent. n. 1 e 2.

Vedi art. 102, sent. n. 1, 2, 3.

1. La deroga alla competenza ordinaria in materia di garanzia si verifica tanto nel caso in cui la domanda principale sia fondata sopra un'azione reale, quanto nel caso in cui la medesima sia fondata sopra un'azione personale. — *Relazione Pisanelli.*

2. La seconda parte dell'articolo n. 3 colla locuzione, *o dal titolo che già appartiene alla causa principale come mezzo di eccezione*, sembra voler dire che il reo può dedurre anche dai suoi propri documenti il fondamento della domanda riconvenzionale, ove da essi scaturisca la eccezione che direttamente combatte l'azione; nel che suppone non più identico, ma diverso titolo. La legge esige un nesso, un rapporto di convergenza fra i mezzi di contrasto e di opposizione che vengono a misurarsi sullo stesso terreno, e in questo caso il nesso si trova fra la stessa eccezione e l'azione riconvenzionale. — *Borsari, Comm., I, p. 155.*

3. Siamo nell'ipotesi del n. 3 dell'art., solamente quando la riconvenzione anche dipendente da titolo diverso abbia per oggetto una somma compensabile colla domanda del primo attore.

La riconvenzione deve scaturire da quel titolo stesso che si è prodotto in causa per l'eccezione, nè in ciò v'ha nulla di strano od illegale, poichè chi promuove un'azione deduce nella causa, oltre l'azione medesima, tutte le eccezioni opponibili e l'azione ancora che il convenuto creda di poter dedurre dal titolo che ne appoggia l'eccezione.

Ma se la riconvenzione dipendente da un titolo diverso avesse anche per oggetto una cosa non compensabile, la nuova domanda non apparterebbe allo stesso giudizio e le due cause dovranno seguire la rispettiva competenza ordinaria.

Ciò posto si sarebbe ad esempio nel caso del n. 3 dell'art. allorchando il convenuto per pagamento di una somma, pure riconoscendo il suo debito, oppone un suo credito per somma maggiore e dipendente da titolo diverso, ed approfittando del giudizio dall'attore iniziato, chiede che sia in di lui confronto pronunciata la compensazione del credito chiesto in citazione con parte del credito proprio dedotto dal nuovo titolo da lui portato in causa, e per di più conclude, in via riconvenzionale, perchè il suo avversario sia condannato a pagargli quella parte del credito che rimane dopo operata la compensazione. Al contrario non è proponibile la domanda riconvenzionale nel caso in cui il convenuto difendendosi dalla domanda dell'attore pel pagamento di una somma di danaro mutuatagli, allega un suo diritto di proprietà sopra un fondo che dice essere posseduto indebitamente dall'attore e, producendo il suo titolo di proprietà, conclude perchè il giudice, pronun-

ziando sulla domanda di mutuo, statuisca sull'azione di rivendicazione da esso convenuto promossa in via riconvenzionale.

La giustizia e la eguaglianza di condizione e trattamento delle parti litiganti esigono infatti che come il convenuto non possa essere obbligato a sostenere il giudizio sopra una questione essenzialmente diversa da quella promossa dall'attore coll'atto di citazione, così questi non abbia ad essere costretto a difendersi in una controversia che colla sua azione non ha provocato.

D'altra parte lo ammettere la deducibilità delle domande riconvenzionali senza veruna restrizione sarebbe oltremodo dannoso a quella economia dei giudizi che appunto colla competenza per connessione di causa si tende a raggiungere, e la semplicità e la ragione della maggiore celerità si oppongono a che due cause fra loro affatto distinte si complichino inutilmente riunendole in un solo giudizio, mentre la decisione di una di esse non può influire sulla decisione dell'altra.

Fu per queste ragioni, osserva il Pisanelli nella sua *Relazione*, che sebbene il Codice di procedura francese nulla disponesse sulle domande riconvenzionali, andò tuttavia prevalendo in Francia la dottrina che riconosce soltanto la continenza di causa nelle domande riconvenzionali, le quali o dipendono dallo stesso titolo da cui dipende la domanda principale, o se derivano da titolo diverso, hanno però per oggetto una cosa compensabile.

Questa dottrina, aggiunge il succitato giureconsulto, venne poscia accolta dalle leggi francesi sul riordinamento delle giudicature di pace e dei tribunali di prima istanza: ed il progetto intese di riprodurla con una formula più esplicita. — Pisanelli, *Relazione*, p. 43, 44 — Pescatore, *Spos. Comp.* p. 168 e 172

4. La continenza di causa in materia di compensazione è manifesta. Il convenuto per il pagamento di un debito ha diritto anzitutto di opporre la eccezione di pagamento già fatto, epperò quella equivalente di compensazione dedotta da un suo credito, ancorchè dipendente da altro titolo: la compensazione estingue i due debiti sino al limite delle rispettive loro concorrenze. I titoli sono diversi, ma ambidue furon virtualmente dedotti in giudizio dall'attore: imperocchè l'attore sempre deduce in giudizio tutti i titoli dai quali possa desumersi un'eccezione alla sua domanda. — Pisanelli, *Relazione*, p. 45.

5. Come si propone la domanda riconvenzionale?

Essa non è una domanda incidente, quindi non si propone col rito dell'art. 181. È un nuovo giudizio di merito simultaneo, che non può correre il processo incidentale, che si congiunge al processo principale, come cosa anch'essa principale.

È quindi una di quelle eccezioni che nei processi formali si fa per comparsa (art. 162), per conclusione nei sommari. — Borsari, *Comm.* I, p. 242.

6. La compensazione non altrimenti si chiederà con successo dinanzi ad un tribunale incompetente per ragione della materia, salvochè: 1. si restringa nei limiti di una mera eccezione, e non si trasformi in azione onde ottenere la condanna per l'eccedenza; 2. abbia per base un credito non controverso e liquido. — Pescatore, *Spos. Comp.*, p. 77, — Pisanelli, *Comm.* I, I, DCCCXXVII.

7. Il richiamo fatto da questo art. alla competenza per materia e valore relativamente alla connessione di causa per l'azione in garanzia, per la compensazione e per la riconvenzione, deve ritenersi esteso ad altri casi. Così quando vi siano più debitori principali in dipendenza di uno stesso titolo che non sia una cambiale, nè un biglietto all'ordine, ma sia tuttavia un atto di commercio per alcuni e civile per gli altri, i diversi debitori non possono impetirsi tutti al foro commerciale, ma devono chiamarsi davanti al giudice civile quelli che hanno contratto un debito civile, ed al giudice commerciale quelli per i quali il debito riveste il carattere di atto di commercio.

Dissi essere eccezzuato il caso di una cambiale o di un biglietto all'ordine, poichè per l'art. 723, n. 2, del Cod. di comm. appartiene al giudice commerciale la cognizione di tutte le controversie relative alle lettere di cambio e ai biglietti all'ordine, che hanno insieme firme di commercianti e di

non commercianti, ancorchè riguardo a questi abbiano soltanto il carattere di semplici obbligazioni civili. Questa disposizione va interpretata restrittivamente, dimodochè i non commercianti, i quali hanno firmato un biglietto all'ordine sottoscritto anche da commercianti, non sono più soggetti alla giurisdizione commerciale, se i commercianti firmatari siano affatto *disinteressati* o non siano chiamati in giudizio.

La Direzione della *Giurisprudenza* di Torino, in una nota assai diffusa sulla sentenza 29 aprile 1871 della Cassazione di Torino in causa Tiranti — Leroux (VIII, 482), ritiene però che cessi la competenza commerciale rispetto all'obbligato civile, quando il firmatario commerciale sia non solo fuori causa, ma sia anche compiutamente disobbligato. In questa nota si trova poi una raccolta copiosa di giurisprudenza sulla questione, che mi faccio debito di riportare: Decisero per la competenza dei tribunali civili quando il firmatario commerciante è lasciato in disparte: Appello Torino 8 gennaio, 2 giugno, 15 luglio, 23 dicembre 1856 (*Bettini* VIII, 2, p. 37, 655; IX, 2, p. 90, 92) — Appello Torino 12 gennaio 1857 (*ib.* IX, 2, p. 94) e 28 maggio 1858 (*Diario For.* 1858, p. 386) — Appello Torino 4 settembre 1857 (*Bettini*, IX, 2, p. 699) — Cassazione Torino, 21 maggio 1856 (*Collex.* 1856, p. 389) ecc. ecc. — Appello Milano 4 settembre 1868 (*Mon. Trib.* 1868, p. 89) — Pronunciarono invece per la competenza commerciale rispetto ai firmatari civili anche quando i firmatari commerciali non sono disinteressati e non sono in causa: Appello Torino 15 dicembre 1855 (*Bettini*, VII, 2, p. 914) — *ib.* 15 luglio e 23 settembre 1856 (*ib.* IX, 2, p. 90 e 92). — Appello Casale 25 febbraio 1859 (*Giur. Casalese*, n. 300) — Appello Milano 4 maggio 1869, Robenstein-Galbiati (*Annali*, IV, 351).

Trattandosi di più debitori principali e di uno o più fideiussori ritengo che questi ultimi sebbene non commercianti, nè abbiano fatto atto di commercio, siano validamente impetiti coi debitori principali al foro commerciale e ciò pel disposto dell'art. 99, al quale rimetto il lettore per la relativa giurisprudenza.

Vedi art. 100, nota n. 1.

101. I conciliatori e i pretori conoscono delle azioni in riconvenzione che, sole o riunite, sono per materia e valore nei limiti della loro competenza, quantunque riunite alla domanda principale la eccedano.

Quando le azioni in riconvenzione eccedano per materia o valore i limiti della loro competenza essi devono rinviare le parti davanti l'autorità giudiziaria competente per l'azione principale e per quelle in riconvenzione.

102. I conciliatori e i pretori conoscono della compensazione proposta contro la domanda dell'attore, se il valore del credito opposto in compensazione non ecceda i limiti della loro competenza, o se la compensazione si desuma da credito non impugnato.

Quando il credito opposto in compensazione sia impugnato ed ecceda i limiti della detta competenza, essi devono rinviare le parti davanti l'autorità giudiziaria competente per l'azione principale e per la compensazione.

Se l'azione principale sia fondata su atto pubblico o giudiziale, scrittura riconosciuta, o confessione giudiziale, i conciliatori e i pretori possono ritenere la causa principale e rimettere le parti davanti l'autorità giudiziaria competente per la decisione della controversia sul credito opposto in compensazione, e possono ordinare che la sentenza sia eseguita con cauzione.

4. Il pretore può conoscere dell'eccezione di compensazione tuttochè il credito contrapposto dal convenuto sia superiore alle lire 1500, sempre inteso che non sia contraddetto.

Ove però il convenuto anziché limitarsi ad opporre la compensazione chieda riconvenzionalmente il pagamento del credito, il pretore dee limitarsi a provvedere sulla domanda principale. — *Appello Napoli*, 11 marzo 1867. *Chiarando—Palmieri. Annali*, I, 560.

2. Ove l'esistenza del credito opposto in compensazione, abbenchè rimanga nei limiti della competenza del giudice adito, per le deduzioni del convenuto apparisca verosimile, non deve il giudice rimandar questo ad altro giudice separato, ma, ingiunto frattanto il pagamento con cauzione, deve ammettere l'esperimento delle prove dedotte in prosecuzione dello stesso giudizio. — *Appello Torino*, 20 maggio 1867. *Deambroggio—Sassone. Annali*, I, 238.

3. Nei giudizi pretorii quando il credito dedotto in compensazione sta nei limiti della giurisdizione del pretore non può in verun caso separarsi la continenza delle due cause principale e connessa. — *Cass. Firenze*, 19 gennaio 1874. *Soldani—Soldani. Gior. dei Trib.* III, 107.

L'eccezione per sè non ha merito e quindi finchè il convenuto al pagamento di un debito per somma di competenza del pretore, si limita ad opporre un suo credito di competenza superiore in via di semplice eccezione di compensazione, il merito della causa rimane sempre lo stesso. Il pretore non conosce del credito opposto se non per dichiarare che estinse il mandato *ipso jure*, e quindi la sua pronuncia, circoscritta al rigetto della domanda, non può mai assumere un valore superiore alla domanda stessa. Se invece il convenuto, facendosi attore, chiede in via riconvenzionale il pagamento di ciò che sopravanza alla compensazione, allora la causa ha in sè due domande reciproche, delle quali una eccede la competenza del pretore, il quale perciò non può assumerne cognizione. — *Annali Nota*, vol. I, parte II, p. 560.

103. Le azioni per pagamento di spese giudiziali, di onorari ai procuratori e periti, di diritti ai cancellieri, agli uscieri, e di salari o mercedi ai tipografi, e simili, sono di competenza dell'autorità giudiziaria davanti cui fu promossa la causa che diede occasione alle dette azioni.

Art. 65 seg., 379, §
c. p. c.; 2139, 2140 c.

Per le cause di cassazione si osserva il disposto dall'articolo 571.

1. La competenza speciale di questo articolo si conserva anche a riguardo del cessionario delle azioni del procuratore. — *Appello Torino*, 30 aprile 1867. *Pellisneri—Stobbia. Annali*, II, 78.

2. Questa competenza speciale è applicabile tanto alle controversie tra le parti contendenti, come a quelle tra gli avvocati, procuratori, ecc., ed i loro clienti. Però l'avvocato può chiedere i suoi onorari così davanti alle varie autorità, davanti alle quali discusse, ovvero innanzi al giudice competente giusta l'ordinaria giurisdizione. — *Appello Napoli*, 29 maggio 1868. *Rossi—Dinez. dei Lotti. Annali*, II, 217.

3. L'azione per pagamento di compenso all'avvocato contro la parte soccombente nel giudizio non è di competenza del pretore in ragione della somma domandata; ma del tribunale davanti cui fu promossa la causa che diede occasione a tale azione. — *Appello Napoli*, 14 settembre 1870. *De Luca—De Nicola. Bettini*, XXII, 661.

4. La competenza speciale determinata da questo articolo è di ordine pubblico, nè è lecito alle parti derogarvi neppure di comune accordo. — *Appello Torino* 24 agosto 1870. *Perotti—Levi. Giurisprudenza*, VII. 643.

5. Le azioni per pagamento di spese ed onorari giudiziali sono di competenza dell'autorità giudiziaria davanti cui fu promossa la causa che diede occasione a tali azioni, anche quando sono dirette contro persone che non fecero parte del giudizio e che siano tenute, per qualche obbligazione assuntasi, a corrispondere le spese ed onorari, come sarebbe il fidejussore delle stesse.

La stessa competenza non soffre eccezione per ragione di valore nè per il debitore principale, nè per le altre persone sopra indicate, nè pel fidejussore. — *Appello Torino*, 25 novembre 1871. *Stobbia—Pezza. Bettini*, XXIII, 781.

6. L'eccezionale disposizione di questo articolo non può essere invocata che nei rapporti fra le persone in essa espressamente contemplate. Conseguentemente, non potrebbe invocarsi da quello fra i diversi consorti di lite, che, avendo pagato del proprio nell'interesse comune tutte le spese e gli onorari dovuti agli ufficiali stessi, pretende dai suoi liteconsorti il rimborso della rispettiva loro quota proporzionale. — *Appello Genova*, 31 maggio 1872. *Groppallo—Morasso. Gazz. dei Trib.*, 1872, n. 47.

7. Questo articolo, che determina l'autorità competente per le azioni di pagamento di spese giudiziali ed onorari dovuti ai procuratori, non è applicabile all'avvocato che domanda il pagamento degli onorari dal proprio cliente. — *Cass. Napoli*, 16 novembre 1872. *Mazzitelli—Scalfaro. Mon. Trib.*, XIV, 144. = *Contra: Appello Napoli*, 29 maggio 1868. *Gazz. del Proc.*, III, 141. — *Appello Modena* 1873. *Rivista Giuridica di Bologna*, I, 144 (con nota).

1. Questo articolo, colla sua generale espressione, comprende anche i notai ed ogni altra persona che abbia fatte spese o prestata l'opera sua per una lite. Non è però applicabile pel pagamento degli onorari dovuti agli arbitri. — *Pisanelli, Comm. I. 1, CDXLIV*.

2. Questo articolo è applicabile eziandio alle domande che una delle parti rivolgesse contro l'altra. — *Ib.*

3. È pure applicabile l'articolo al cessionario di uno dei crediti in esso contemplati, riguardando questa competenza speciale non tanto la qualità della persona come la natura del credito. — *Ib.* - *Dalloz, Comp. des trib. d'arr.*, n. 165.

4. Vale questa competenza particolare anche quando la domanda sia diretta contro chi si rese garante delle spese. — *Ib.* - *Dalloz l. c.*, n. 165 - *Dalloz. rec. pér.*, 1848, II, 163.

5. Questo art. è applicabile alle sole spese e competenze relative ad una procedura giudiziaria, qualunque però ne sia l'indole e lo scopo e non soltanto quando ci è stata una lite. — *Pisanelli Comm. I. 1, n. CDXLV*.

6. La competenza di cui a questo articolo è di ordine pubblico e perciò non vi si può dalle parti rinunciare e dev'essere tutelata d'ufficio dal giudice. La competenza di questo articolo può invocarsi anche da chi ha già cessato dall'ufficio. — *Appello di Aix* 3 marzo 1865 - *Dalloz, Recueil*, 1865, 2, 208.

7. *Pisanelli* riferendosi alle osservazioni della Commissione senatoria relativamente all'art. 22 Cod. Sardo, simile al presente, e dalle quali si ritrarrebbe che il conoscere delle azioni in detti articoli divise si attiene alla esecuzione del giudicato ed è quindi devoluto a quel tribunale cui spetti di provvedere intorno all'esecuzione, ovunque abbiano avuto luogo le spese nel corso del procedimento giudiziario, e per quanto il giorno della domanda delle spese si dilunghi da quello in cui ebbe termine la lite, deduce:

I. Che uno è sempre il tribunale a cui debbono rivolgersi gli avvocati

ed i procuratori, nonostante che la causa, per la quale si sono prestati, abbia percorsi diversi gradi di giurisdizione.

2. Che questa competenza speciale, non possa appartenere a quei magistrati ai quali per legge è tolto di conoscere dell'esecuzione dei giudicati, e così alla Corte di cassazione (vedi capoverso del presente art.) ed ai Tribunali di commercio (vedi Carré *quest.*, 277; Thomine, I, p. 153; Boncenne, II, 253). Che perciò per le dimande di pagamento di spese e di pratiche fatte presso il Tribunale di commercio si dovrà adire il tribunale competente per l'esecuzione delle sentenze di quello.

3. Che se l'esecuzione d'un giudicato apparterrà ad una Corte d'appello, innanzi a questa dovranno proporsi direttamente le domande menzionate in questo art., sulle quali sarà perciò pronunciato inappellabilmente, salvo il ricorso in Cassazione. (Vedi Borsari, *Comm.*, I, p. 150) — Pisanelli, *Comm.*, I, p. 484-486.

8. Questo art. è esso applicabile anche agli avvocati?

Borsari (*Comm.*, I, p. 160) e Mattei (*Annotaz.*) stanno per l'affermativa, ed il primo anzi ritiene che gli avvocati siano stati erroneamente dimenticati nel testo dell'art. Contro l'opinione di questi due illustri scrittori sta però il chiaro tenore della relazione del ministro Vacca a S. M. la quale risolve addirittura la questione e dimostra che non per errore, ma di proposito furono omessi gli avvocati tra le persone delle quali parla questo articolo.

« Statuendo sulla competenza per *connessione* o *continenza di causa* il progetto proponeva, dice la relazione Vacca, che le azioni per pagamento di spese giudiziali, di *onorari agli avvocati*, procuratori e periti, di diritti ai cancellieri, ecc., andassero devolute all'autorità giudiziaria davanti cui fu promossa la causa che diede occasione ad esse azioni. Questa disposizione sollevò discussione viva nel seno della Commissione, per quanto riguarda le *azioni per onorari agli avvocati*. La maggioranza della Commissione sostenne il Progetto, considerando d'uguale natura le azioni per onorari agli avvocati e le altre delle quali si parla, sì che valga anche per esse la ragione che l'autorità giudiziaria dinanzi la quale fu promossa la causa, sia quella che può meglio apprezzare così il lavoro degli avvocati come il lavoro dei procuratori, dei periti e degli ufficiali ministeriali. Alla minoranza della Commissione parve per l'opposito da ammettere la differenza, non tanto per rispettare le tradizioni e le consuetudini di un foro importante, quanto per ragioni sostanziali, essendo ordinario ad accadere che mentre i procuratori, i periti e gli ufficiali ministeriali assistono e difendono le parti in un solo grado della causa, gli avvocati, invece, le assistono per tutto il corso della medesima: onde se dovessero agire con le norme del Progetto, sarebbero costretti a promuovere tante cause davanti a magistrature differenti, quanti gradi ebbe a percorrere la causa nella quale prestarono il loro ufficio. Il ministro referente, dietro maturo consiglio, ha stimato che fosse da accogliere l'opinione della minoranza, *ond'è che nel codice la competenza speciale di cui si tratta non è resa comune agli avvocati*, pei quali staranno le norme comuni. Però, essendo desiderabile che le cause di somigliante natura vengano evitate possibilmente, e che ne' fori di tutto il Regno si diffondano gli usi e le pratiche migliori, si è fatta facoltà anche agli avvocati di valersi del procedimento economico e intimo che è stabilito per i procuratori, i periti e gli ufficiali ministeriali nell'art. 379 ». — *Relazione Vacca*, p. 11.

E per altro evidente che valendosi del procedimento dell'art. 379 anche gli avvocati potranno indirettamente sfuggire le norme comuni di competenza. La nota degli onorari si presenta al presidente del Tribunale o della Corte che giudicarono la causa nella quale l'avvocato ha prestato la sua opera, e sulla opposizione del cliente, il presidente rimette le parti davanti il collegio da lui presieduto.

Il Gargiulo (*Comm.*, I, p. 283) ritiene che la competenza stabilita dal presente articolo non fu estesa agli avvocati per favorirli, ma che però resta sempre per i medesimi facoltativa. — Ma la dichiarazione della relazione succitata è troppo esplicita perchè tale opinione possa essere accolta.

Art. 108, 188 c. p. c.
229 reg. giud.

104. Quando una stessa causa sia stata promossa davanti due autorità giudiziarie ugualmente competenti, o quando una controversia sia connessa ad una causa già pendente davanti un'altra autorità giudiziaria, essa deve decidersi da quella davanti cui è stata promossa preventivamente.

La citazione determina la prevenzione.

1. Non si può proporre l'eccezione di litispendenza se davanti ai tribunali stranieri penda una causa eguale a quella pendente davanti ai tribunali italiani. — *Appello Torino*, 19 gennaio 1866. *Giurisprudenza* 1866, 131. — *Appello Torino*, 20 gennaio 1872. *Giurisprudenza*, 1872, 200. = *Contra*: *Appello Milano*, 16 agosto 1867. *Gazz. dei Trib.*, XX, 349. — *Appello Torino*, 17 aprile 1869. *Giurisprudenza*, 1869, 521.

2. Non è lecito ad un debitore per titolo commerciale, di prevenire il creditore avanti il tribunale civile con una azione che implicherebbe una eccezione riconoscibile dalla giurisdizione commerciale per eludere quest'ultima appoggiandosi alla prevenzione. — *Cass. Torino*, 28 dicembre 1867. *Annali*, II, 76.

3. Quando dai principali creditori figuranti in un giudizio di graduazione davanti ad un tribunale, ed in un altro aperto davanti a diverso tribunale, si ripropongano le stesse domande di collocazione, le quali danno luogo alle stesse questioni, egli è il caso che, stante la connessità che esiste fra dette cause, si deroghi alle regole di competenza territoriale per far luogo alla unione della causa vertente davanti all'uno con quella anteriormente esistente davanti all'altro tribunale. — *Appello Torino*, 2 dicembre 1867. *Giurisprudenza*, IV.

4. Se per l'art. 229 reg. giud. la riunione per connessità o litispendenza dev'esser chiesta davanti al presidente almeno tre giorni prima che la causa sia recata all'udienza, nulla però impedisce, ove ciò non sia fatto a tempo, che la venga disposta dalla stessa Corte, salvo ad applicare l'amenda ai procuratori, per non aver provocato a tempo e dal presidente il relativo provvedimento. — *Cass. Napoli*, 1 maggio 1868. *Perna—Altamura. Bettini*, XX, 352.

5. Non si può proporre l'eccezione di litispendenza per connessione se la causa connessa penda presso tribunali stranieri. — *Cass. Torino*, 25 giugno 1870. *Giurisprudenza*, 1870, 489.

6. L'eccezione di litispendenza esige che ambidue i tribunali aditi per la medesima causa siano egualmente competenti.

Quindi promossa la lite innanzi al pretore e successivamente innanzi al tribunale, può il tribunale respingere l'eccezione di litispendenza se riconosce che il pretore sia incompetente, e dichiarando la competenza propria respingerà l'eccezione anche quando il pretore prima adito siasi dichiarato incompetente e la di lui sentenza sia tuttora appellabile avanti lo stesso tribunale. — *Appello Firenze* 19 agosto 1870. *Balenci—Martini negli Ambrosioni. Annali*, IV, 290.

7. La disposizione di questo articolo contempla il caso di due cause connesse, ciascuna principale; ove una delle due cause fosse principale, l'altra accessoria, sarebbe applicabile non più quest'articolo, ma l'art. 99, pel quale la causa principale trae a sé l'accessoria. — *Appello Napoli*, 23 gennaio 1871. *Fortunato—Tedesco. Gazz. del Proc.*, V, 548.

8. La diversità di grado fra le due autorità investite di cause identiche o connesse non è di ostacolo a che vi possa essere litispendenza. — *Appello Bologna*, 5 aprile 1872. *Vallier—Ospedale di Bologna. Annali*, VI, 309.

9. Non è ammissibile l'eccezione di litispendenza quando una causa siasi iniziata presso altro tribunale dopochè il primo, presso cui fu portata, abbia dichiarato la propria incompetenza, anche se durasse ancora il termine utile per appellare dalla sentenza con cui tale incompetenza fosse stata pronunziata. — *Appello Brescia, 17 febbraio 1873. Pastore—Pastore. Gior. dei Trib., II, n. 238.*

10. La giurisdizione, e quindi anche la competenza, essendo demandate solo dal potere legislativo, non può parlarsi di conflitto di giurisdizione e di competenza che tra autorità giudiziarie tra loro, o tra le stesse ed altre autorità, non mai tra autorità e giudici arbitri nominati dalle parti.

Perciò non può opporsi quale eccezione d'incompetenza, nè quindi colle forme degli incidenti, la eccezione desunta dal fatto, che la controversia fosse stata rimessa alla decisione di giudici compromissarii.

Una tale eccezione va proposta e discussa nella causa di merito. — *Appello Venezia, 21 ottobre 1873. Tomicich—Olivo. Mon. Giud., III, 82.*

11. Non è l'esistenza di due giudizi o l'identità della causa che determina la connessione, ma è invece il rapporto e l'intimo legame che una disputa qualunque possa avere colla lite pendente. — *Cass. Napoli. 20 giugno 1874. Monsolini—Cordone. Bettini, XXVI, 649.*

12. La formola ond'è concepito l'art. 229 del reg. gen. giud. riguardante solo il caso in cui l'unione delle cause sia chiesta da una delle parti, non esclude che l'autorità giudiziaria, ove trovi conveniente per la retta amministrazione della giustizia, di riunire due cause deferite alla sua cognizione sebbene a udienze diverse, non possa, con un provvedimento meramente preparatorio, ordinarne d'ufficio la riunione. — *Cass. Firenze, 4 agosto 1874. Gior. delle Leggi, 1875, 45.*

13. V'ha connesività tra due cause e quindi si fa luogo al rinvio davanti al tribunale primo adito, quando la risoluzione dell'una può pregiudicare alla risoluzione dell'altra, sicchè la esecuzione di ambedue sarebbe impossibile per contraddizione. — *Appello Venezia, 24 ottobre 1874. Malcolni—Ferr. Alta Italia. Annali, VII, 11.*

14. A termini dell'art. 229 del reg. gen. giud. l'unione di due cause pendenti avanti lo stesso tribunale deve domandarsi non colle forme degli incidenti, ma con istanza al presidente.

Se però il presidente ne faccia rinvio al tribunale, questo ha giurisdizione per decidere sull'unione.

L'unione di due cause introdotte davanti due tribunali diversi, può per ragione della loro connessione domandarsi, qualunque sia lo stato del procedimento in cui ciascuna di esse si trovi.

Se però le due cause sieno pendenti avanti allo stesso tribunale, la loro unione non può domandarsi se non quando ambedue si trovino già istruite per modo da poter esser sottoposte alla definitiva risoluzione del tribunale. — *Appello Venezia, 28 ottobre 1874. Mutinelli—Gritti. Annali IX, 144.*

15. Le corti d'appello avendo per legge giurisdizione a conoscere delle cause giudicate in prima istanza tanto dai tribunali civili, quanto dai tribunali di commercio, possono ordinare la riunione di due appelli interposti da due sentenze proferite tra le stesse parti, l'una del tribunale civile, l'altra del tribunale di commercio.

Il rinvio di una causa da uno ad altro tribunale per ragione di connesività non può ordinarsi se non quando i due tribunali siano investiti della medesima competenza in riguardo alla natura dell'una e dell'altra causa.

Quindi se due cause, tuttochè fra loro connesse, l'una, perchè commerciale, sia stata promossa davanti al tribunale di commercio, l'altra, perchè civile, davanti al tribunale civile, non può la corte ordinare il rinvio d'ambidue le cause ad un solo dei due tribunali.

Anche quando si tratti di due cause introdotte avanti lo stesso tribunale rivestito della duplice competenza civile e commerciale, non può la corte ordinare che ambedue le cause siano discusse unitamente, quante volte nell'una il tribunale sia stato adito come tribunale civile, nell'altra come tribunale di commercio.

In questo caso, ad evitare la contrarietà dei giudicati, la corte può, in via d'ordine, prescrivere che l'una causa non sia discussa e decisa se non dopochè sarà discussa e decisa l'altra. — *Appello Casale, 1 marzo 1875. Caretti-Meschia - Giovanelli. Annali, IX, 182.*

1. È chiaro che non v'ha litispendenza nel senso di questo art. quando due cause identiche o connesse siano istituite separatamente avanti un medesimo tribunale.

A questo caso provvede l'art. 229 del reg. gen. giud., il quale dispone che il presidente, *sull'istanza d'una delle parti*, uditi tutti gli interessati, potrà ordinare l'unione delle due cause: od anche, senza prescrivere l'unione, ordinare che le due cause siano chiamate alla stessa udienza, affinché della loro connessione possa giudicare il tribunale, il quale pronuncerà, se vi sarà luogo, l'unione, e deciderà le due cause con una sola sentenza.

2. Si può proporre la declinatoria del foro per litispendenza o per connessione, se la medesima causa o la causa connessa sia ~~avvertente~~ presso tribunali stranieri?

Mentre è opinione generale che non possa parlarsi di litispendenza per connessione se non riguardo alle cause pendenti davanti i tribunali del regno (Pisanelli, *Comm.* I, 1, n. DCCCXVIII - Saredo, *Istit.* p. 271 - Pescatore *Filos. e dottr. giurid.*, p. 276) sono discordi gli autori relativamente all'eccezione di litispendenza propriamente detta.

Pisanelli (*Comm.* I, 1, n. DCCCVII e DCCCXVIII) ritiene che la litispendenza ha luogo anche quando la medesima causa è stata introdotta presso tribunali stranieri. « Trattandosi di una stessa causa, egli dice, è assolutamente necessario che si proceda avanti ad un solo tribunale, per evitare la possibile contrarietà dei giudicati. Le sentenze rendute dai tribunali stranieri acquistano anche nello Stato l'autorità della cosa giudicata, solo che siano fatte esecutorie da' magistrati nazionali. Gli scrittori e la giurisprudenza, invece di affievolirne l'autorità, debbono anzi avvalorarla, se non vogliono mostrarsi impari alle condizioni dei tempi. Or che avverrebbe, se, nella stessa controversia, si rendessero da un tribunale francese e da un tribunale italiano, due giudicati contraddittorii? Onde i magistrati nazionali trarrebbero il potere per rifiutare l'esecuzione ad una sentenza della Corte di appello di Parigi, se contro di essa si allegasse soltanto una contraria sentenza renduta dalla Corte d'appello di Torino? ». — *Conformi*: Saredo, *Istit.*, n. 198 e 202 e *Monografia nel Gior. la Legge*, 1872, I, p. 3 e 55 — *Contrari*: Carré e Chauveau, II, p. 151 - Zachariae, I, p. 58.

3. Togliamo dalla *Spos. Comp.* dello illustre Pescatore il brano seguente che mirabilmente chiarisce le varie ipotesi possibili a seguito della eccezione di litispendenza (vedi p. 301).

Il secondo tribunale:

1. Riconosce sè stesso incompetente per ragione di materia o di luogo. Allora revoca la causa per incompetenza, ed anche per litispendenza;

2. Riconosce in massima la competenza simultanea di sè stesso, e dell'altro tribunale, che fu prima investito. In tal caso se ne sveste ancora in forza della eccezione di litispendenza, perchè qualunque giudizio, dove fu prima incominciato validamente, ivi deve essere continuato e condotto a termine.

Così nel concorso di due competenze si fa luogo alla prevenzione, la quale è determinata dal primo atto di citazione.

3. *Riconoscendo la propria competenza tiene nel medesimo tempo, che il primo tribunale sia incompetente per ragione di materia e così per incompetenza assoluta.* Allora rigetta l'eccezione di litispendenza e ritiene la causa: la prevenzione non ha luogo se non fra due tribunali egualmente competenti. Ciò vuol dire che il convenuto avanti un tribunale incompetente non solo ha facoltà di opporre in quel giudizio la declinatoria, ma può inoltre, facendosi attore, portare immediatamente la stessa causa a quella giurisdizione che egli creda l'unica competente.

4. *Riconoscendo in massima la propria competenza, tiene che il primo tribunale sia incompetente per ragione di luogo.* In tal caso se l'incompetenza del primo tribunale fu sanata col silenzio del convenuto che avrebbe potuto opporre e non abbia opposta la relativa eccezione in *limine litis*, il secondo tribunale provvederà, come si è detto al n. 2, e come prescrive la legge nel concorso di due competenze: che se, opposta a tempo la declinatoria nel primo giudizio, il secondo tribunale riconoscerà sussistere ancora l'incompetenza del primo, ritirerà la causa avanti sè stesso, unico competente come si è detto al n. 3.

Proposta invece l'eccezione di connessione, il tribunale se escluderà la connessione, ritirerà la causa come indipendente dalla prima; se la ammetterà, siccome la connessione *identifica* le due cause sotto il rispetto della competenza, il secondo tribunale distinguerà e provvederà come sopra.

SEZIONE IV.

Disposizioni relative agli stranieri.

105. Lo straniero che non ha residenza nel regno può essere convenuto davanti le autorità giudiziarie del regno, ancorché non vi si trovi:

1. Se si tratti di azioni su beni immobili o beni mobili esistenti nel regno;

2. Se si tratti di obbligazioni, che abbiano origine da contratti o fatti seguiti nel regno, o che debbano avere esecuzione nel regno;

3. In tutti gli altri casi in cui possa ciò farsi per reciprocità.

1. La disposizione dell'art. 91 non concerne gli stranieri di residenza e domicilio, ai quali non è applicabile che il presente articolo. — *Appello Milano, 16 agosto 1867. Ditta Giambonini e C. — Ditta Luraghi e C. Mon. Trib., IX, 446.*

2. Il contratto proposto per corrispondenza epistolare o telegrafica perfezionandosi solo quando è pervenuta l'accettazione a chi lo propone, ne segue che a conoscere del medesimo sarà competente l'autorità giudiziaria nazionale in confronto della straniera qualora il proponente sia cittadino del regno. — *Appello Torino, 28 settembre 1867. Sueur—Enrico. Bettini, XIX, 583.*

3. Lo straniero può esercitare l'azione di sequestro sopra i mobili posseduti nel regno da un altro straniero, tuttochè nè l'uno, nè l'altro risiedano nel regno, e quand'anche sia stipulato fuori del regno il contratto d'onde emanano i loro diritti e le loro obbligazioni.

L'azione di sequestro su beni mobili d'uno straniero, che non ha residenza nel regno, può esercitarsi indistintamente tanto se trattasi di

Art. 141 c. p. c.; 6-12
disp. prel. c. c.

azione reale, come se di personale. — *Cass. Torino*, 3 luglio 1868. *Campo y Perez—Weber Gotz e C. Annali*, II, 224.

4. Lo straniero che si trova in casi nei quali potrebbe essere convenuto davanti i tribunali dello Stato da un cittadino, ~~potrebbe~~ essere anche se l'attore è uno straniero ed anche se trattisi di casi contemplati in questo articolo. — *Appello Torino*, 31 luglio 1868. *Roux — Società Mess. Imp. di Parigi. Bettini*, XX, 670.

5. Lo straniero non residente nel regno non può essere convenuto davanti le autorità giudiziarie italiane, fuorchè nei casi previsti da questo articolo. La disposizione di esso contempla quei soli contratti che sono intervenuti collo straniero e quei fatti che sono suoi propri e personali. — *Appello Torino*, 25 aprile 1870. *Python — Magna-Bottino e C. Annali*, IV, 190.

6. Lo straniero, quantunque non abbia residenza nel regno, nè vi si trovi, può essere convenuto davanti i tribunali italiani, quando si tratti di azioni su beni mobili esistenti in Italia. Ciò si applica anche quando l'attore sia straniero e non abbia residenza o domicilio in Italia.

L'autorità giudiziaria in tal caso competente non è quella di cui all'art. 107, ma bensì quella nel cui territorio si trovano i mobili oggetto dell'azione. — *Cass. Torino*, 25 giugno 1870. *Campo y Perez—Weber Gotz e C. Giurisprudenza*, VII, 490.

7. L'azione per sequestro può proporsi davanti ai tribunali dello Stato anche contro lo straniero residente all'estero, quando i mobili sequestrandi sono situati nello Stato. — *Appello Torino*, 24 ottobre 1870. *Beauffremont—Avignone. Giurisprudenza*, VIII, n. 8.

8. Allorquando lo straniero non abbia residenza, dimora o domicilio eletto nel regno, nè vi sia stabilito un luogo per l'esecuzione del contratto, l'azione personale o reale sui mobili è proposta davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui si sarebbe eseguito il contratto, da cui ebbe origine l'obbligazione.

La reciprocità di cui in questo articolo, deve intendersi quella già introdotta espressamente da un trattato internazionale od almenò tacitamente da una praticata osservanza fra due Stati.

In tale materia non v'ha reciprocità tra l'Italia e la Francia.

La reciprocità in riguardo all'applicabilità dell'art. 14 del coc. civ. francese (seconda parte) è esclusa dalla giurisprudenza (*). — *Appello Torino*, 31 marzo 1871. *Debenedetti—D'Hauteville. Annali*, V, 548. = (*) *Appello Lucca*, 26 aprile 1867. *Dubosc—Sanna. Annali*, I, 287.

9. I tribunali italiani non sono competenti a giudicare della azione promossa contro un commissionario straniero residente all'estero, che all'estero ricevette la merce da trasportarsi in altro luogo estero.

Non importa che egli sia un commissionario intermedio stato evocato in giudizio promosso contro un commissionario anteriore italiano e residente in Italia e soggetto alla giurisdizione dei tribunali italiani.

Lo spostamento di giurisdizione di che all'art. 98 cod. proc. civ. non può invocarsi per estendere la giurisdizione dei magistrati italiani sopra stranieri che altrimenti non vi sarebbero soggetti.

La competenza eccezionale ed esorbitante attribuita dall'art. 14 cod. civ. francese ai tribunali francesi a riguardo di stranieri che abbiano contratto con un francese non può invocarsi in Italia per estendere, a titolo di reciprocità, la competenza dei magistrati italiani sui cittadini francesi, fuori dei casi determinati dagli articoli 105 e seg. cod. proc. civ. — *Appello Torino* 6 maggio 1871. *Str. ferr. Parigi-Lione—Peyront*, II, cc. *Giurisprudenza*, VIII, 512.

10. Sono competenti a doppio titolo i tribunali del regno a conoscere della obbligazione dello straniero dipendente da un contratto, la cui accettazione avvenne per telegramma spedito dall'Italia, e la cui esecuzione seguì mediante rimessione di polizza di carico indossata a commerciante italiano. — *Appello Venezia*, 31 dicembre 1872. *Palazzi — Lorent e C. Mon. Giud.*, II, 148.

11. Atteso il disposto dell'art. 14 del codice Napoleone per cui lo straniero, tuttochè non residente in Francia, può essere ivi citato per le obbligazioni da lui contratte in paese straniero con un francese, il cittadino italiano è autorizzato a citare avanti i tribunali italiani il cittadino francese anche per obbligazioni contratte col medesimo in Francia, e da eseguirsi ivi, e benchè il convenuto non si trovi nel regno. — *Cass. Torino*, 22 agosto 1873. *De Benedetti — Morand. Mon. Trib.* XIV, 918, = *Contra: Appello Firenze*, 18 marzo 1868. *Annali* I, 68.

12. A stabilire la competenza dei tribunali nazionali verso gli stranieri, in ragione del luogo in cui l'obbligazione fu contratta o deve eseguirsi, non è punto necessario che l'obbligazione stessa sia provata *a priori*, ma basta che la medesima sia proposta in giudizio. — *Appello Torino*, 18 novembre 1873. *Giurisprudenza*, XI, 198.

13. I tribunali italiani non sono competenti a giudicare sopra questioni di stato riguardanti gli stranieri, sebbene residenti nel regno, ma potrebbero soltanto dare provvedimenti conservatorii e temporanei.

Quindi i tribunali italiani sono incompetenti a pronunciare la interdizione di uno straniero residente in Italia, e solo potrebbero deputargli un curatore temporaneo a senso dell'art. 839 C. P. C. — *Cass. Torino*, 13 giugno 1874. *Giurisprudenza*, XI, 557. = *Contra: Appello Lucca*, 11 dicembre 1872. *Annali*, VII, 93.

1. Ogni obbligazione *diretta* o *indiretta* dello straniero verso il nazionale è contenuta nella disposizione di questo art., purchè obbligazione contratta nello Stato o causata da quella in un rapporto qualunque. Così vi si comprendono, oltre i contratti, i quasi contratti, i delitti o quasi delitti. — *Borsari, Comm. I, p. 101 — Mattei, Annotaz.*

2. Per citare lo straniero innanzi al giudice del luogo ove esiste la cosa mobile non si richiede la condizione voluta dall'art. 91 che sia citato in persona propria, dappoichè l'art. 91 non può concernere gli stranieri. — *Borsari, Comm. I, p. 102 — Mattei, Annotaz.*

3. La parola *straniero*, rispetto alla giurisdizione, non ha il medesimo significato che comunemente le è attribuito riguardo ai diritti politici ed ai diritti civili in generale; chi è domiciliato nel regno non è più da considerarsi come straniero, poichè il domicilio e non la naturalità è il fondamento della giurisdizione. — *Pisanelli, Comm. I, 1, CDLXVI — Borsari, Comm. I, p. 104.*

4. La volontaria adesione degli stranieri ai nostri tribunali costituisce giurisdizione. — *Pisanelli, Comm. I, 1, CDLXIII in nota — Borsari, Comm. I, p. 105.*

5. I tribunali dello Stato non hanno giurisdizione sopra le questioni di Stato riflettenti gli stranieri perchè le condizioni di cittadino, di padre, di marito, di figlio, sono fondamento di diritti politici, e la loro definizione riguarda il diritto pubblico dello Stato cui lo straniero appartiene. — *Pisanelli, Comm. I, n. 496.*

Opinà diversamente il Saredo (vedi *Proc. in Camera di Consiglio* § VIII) adducendo contro l'argomento del Pisanelli il testo stesso della legge. Questo, egli dice, non colpisce già di nullità gli atti o le sentenze che toccano di materie di diritto pubblico; ma quelli soltanto che contengono disposizioni contrarie al diritto pubblico dello Stato. L'art. 12 del titolo preliminare del Codice civile, dichiara che non avranno effetto nel regno leggi, atti

e sentenze con cui si deroghi alle leggi nostre riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico od il buon costume. L'art. 941 vieta l'esecutorietà alle sentenze dei tribunali stranieri che contengono « disposizioni contrarie all'ordine pubblico od al diritto pubblico interno del Regno ». Dunque il legislatore ammette che anche all'estero si possano promuovere sentenze e fare atti che riguardino « il diritto pubblico interno del regno » e non li colpisce se non quando gli siano « contrarie ». Si può per conseguenza argomentare che anche i tribunali del regno hanno facoltà di pronunciare in cause che concernono il diritto pubblico di uno Stato, salvo ad ottenere o no l'esecuzione in questo Stato, se sono o no conformi al suo diritto.

Pescatore, censurando la sentenza surriferita della Corte suprema di Torino, nel *Gior. delle Leggi*, 1874, n. 40 e 41, osservò poi: Se un residente nello Stato, colpito da infermità di mente, viene abbandonato a sè stesso, e lasciato amministrare, l'ordine pubblico è perturbato, nonché violato. Altri contratterà con lui in buona fede, forse in momento di lucido intervallo, e più tardi il suo contratto sarà impugnato. Altri invece abuserà contrattando della condizione del povero imbecille o demente. Intanto sono lesi gli interessi legittimi della famiglia; offesa dallo spettacolo di un demente, che si rovina trattando coi tristi, la stessa morale pubblica. Che più? se è vero che l'uomo ha dei doveri e dei relativi diritti verso sè stesso, questi non sono forse violati inconsapevolmente da lui medesimo, se tiene la pazza amministrazione delle cose sue? Adunque io non dubito sulla giurisdizione, che mi pare competa ai tribunali nazionali, per sottoporre a interdizione e tutela uno straniero residente qui, colpito da infermità abituale di mente.

106. Oltre i casi indicati nell'articolo precedente, lo straniero può essere convenuto davanti le autorità giudiziarie del regno per obbligazioni contratte in paese estero:

1. Se abbia residenza nel regno, ancorchè non vi si trovi attualmente;

2. Se si trovi nel regno, quantunque non vi abbia residenza, purchè sia citato in persona propria.

Per convenire legittimamente avanti i tribunali italiani, per una obbligazione contratta in paese estero, uno straniero che si trova nel regno, non occorre che l'attore sia nazionale, ma si applica lo stesso diritto quando anche sia straniero. — *Cass. Firenze, 21 novembre. 1870. Yensen—Nicolai e C. Annali, IV, 356.*

Art. 91 c. p. c.

107. Quando lo straniero non abbia residenza, dimora, o domicilio eletto nel regno, nè vi sia stabilito un luogo per l'esecuzione del contratto, l'azione personale o reale su beni mobili è proposta davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui l'attore ha domicilio o residenza.

1. Questo articolo deve ritenersi subordinato alla disposizione dell'art. 105 ed ai casi in esso contemplati. — *Appello Napoli, 16 dicembre 1867. Annali, II, 68.*

2. Questo articolo non prevede il caso dell'attore straniero, il quale non abbia residenza o domicilio nel regno; ma non per ciò gli rifiuta la facoltà di agire contro un altro straniero dinanzi alle autorità giudiziarie italiane. Il foro competente, quando si tratta di azioni su beni mobili contro un altro straniero che non abbia residenza o non si trovi nel regno,

viene allora determinato dal luogo in cui si trovano i mobili. L'art. 107 lascia in tal caso la norma di competenza alla disposizione dell'art. 105. — *Cass. Torino, 25 giugno 1870. Campo y Perez—Weber Gotz e Comp. Giurisprudenza, VII, 489.*

Gli art. 105 e 106 riguardano la competenza generale dello Stato e stabiliscono i casi in cui ha luogo la giurisdizione delle autorità del regno sopra uno straniero. Questo art. invece si occupa della competenza speciale, determina cioè quale tra i giudici dello Stato sia competente a conoscere della lite nella quale sia convenuto lo straniero, dato che la giurisdizione esista.

« Le norme (dice Pisanelli nella sua *Relazione*) che determinano la competenza fra le diverse autorità giudiziarie del regno per ragione di materia o di valore, per ragione di territorio riguardo alle azioni immobiliari, per continenza o connessione di causa, pel grado della giurisdizione, sono applicabili anche allo straniero. Ma riguardo alla competenza territoriale *per le azioni personali o mobiliari*, doveva prevedersi il caso in cui lo straniero convenuto in giudizio non avesse residenza, o dimora, o domicilio eletto nel regno, nè vi fosse fissato un luogo per l'esecuzione del contratto; fu pertanto stabilito che nelle accennate ipotesi l'azione personale o mobiliare apparterrà alla cognizione dell'autorità giudiziaria del luogo, in cui l'attore ha il domicilio o la residenza. »

Egli è per questo che io opino coll'illustre Borsari che malgrado non sia dichiarata la competenza del luogo in cui fu contratta l'obbligazione dallo straniero non residente o dimorante nel regno, pure deve ritenersi richiamata a questo riguardo la disposizione dell'art. 91 che stabilisce questa competenza speciale pei cittadini. Se però si ignori in quale luogo *del territorio* l'obbligazione sia stata contratta, benché in genere risulti che ebbe origine nel territorio, si dovrà citare il convenuto straniero al domicilio dell'attore.

Inteso l'art. nel modo suespresso risulta chiaramente che le disposizioni del medesimo non hanno punto derogato quelle dell'art. 105 ed anzi devono ritenersi una applicazione dei casi da quest'ultimo articolo contemplati.

Non è adunque supponibile che quand'anche lo straniero non abbia residenza, dimora o domicilio eletto nel regno, o non sia stabilito un luogo per l'esecuzione del contratto possa senz'altro lo straniero convenirsi per azione personale davanti l'autorità giudiziaria del regno. Ciò sarebbe in aperta contraddizione coll'art. 106. Deve perciò ritenersi che sia sempre condizione indispensabile che trattisi di impetire lo straniero per un'obbligazione da lui contratta nel regno.

Considerando anzi che in tutti i casi, nei quali era ammessa la giurisdizione delle autorità del regno, era pure implicitamente stabilita la competenza territoriale, la reale cioè nelle azioni immobiliari, quella del luogo dell'esecuzione del contratto, quando questo fosse stato fissato, e da ultimo il foro della dimora o residenza nel regno del convenuto, se ne fosse il caso, ne deriva che l'art. 107 prevede specialmente e solamente le due ipotesi seguenti: 1. Che si esperisca l'azione reale mobiliare; 2. Che si impetisca lo straniero a base di una obbligazione non contratta o di un fatto non successo nel regno, ed in amendue i casi lo straniero non abbia residenza, dimora o domicilio eletto nel regno, ed in ispecie nel secondo non siasi convenuto il luogo nel quale l'obbligazione dovesse essere eseguita.

Lungi pertanto dall'essere posto in dubbio per il presente articolo che si possa impetire lo straniero davanti i tribunali del regno per una obbligazione contratta all'estero, ne resta all'invece confermato che non si può citare lo straniero innanzi le autorità giudiziarie del regno, se l'obbligazione non abbia avuto origine in Italia, dato che non si verifichi alcuna delle ipotesi prevedute e contemplate dagli art. 105 e 106.

CAPO II.

*Del modo di regolare la competenza fra i giudici
e dei conflitti di giurisdizione*

108. Quando una medesima causa o due cause tra loro connesse siano promosse davanti due o più autorità giudiziarie, la domanda per il regolamento della competenza deve essere proposta davanti quell'autorità giudiziaria immediatamente superiore, da cui le medesime siano dipendenti.

1. Quando non trattasi di due cause connesse pendenti avanti due autorità giudiziarie diverse, ma sibbene di due cause assegnate a due sezioni dello stesso tribunale, non si fa luogo a ricorrere al tribunale superiore per regolamento di competenza, ma devesi invece ricorrere al presidente del tribunale avanti cui pendono le due cause per ottenere l'ordinanza che destini una delle due sezioni a deciderle ambedue, giusta l'art. 229 reg. gen. giud. — *Cass. Napoli, 28 aprile 1868. Annali, II, 259.*

2. Non può esservi conflitto di giurisdizione tra due sezioni di uno stesso collegio nemmeno per identità di materia, non costituendo esse due magistrature autonome. — *Appello Bologna, 4 aprile 1870. Calcagnini e Gentili—Calcagnini, ll. cc. Annali IV, 578.*

3. In caso di litispendenza, o di connessità di cause, quando non sia stato proposto il regolamento di competenza, ma siasi eccepito il tribunale posteriormente adito, viola questo la legge se, anziché pronunciare sopra tale eccezione, giudica necessario l'intervento di un'autorità superiore per decidere la questione d'incompetenza. — *Cass. Firenze, 30 giugno 1871. Marchi—Nelli. Bettini, XX, 472.*

4. Si fa luogo a regolamento di competenza qualora due autorità giudiziarie diverse si dichiarino incompetenti a conoscere di una stessa causa o di cause connesse.

Non è di ostacolo a tale regolamento l'essere una delle autorità che giudicarono, inferiore nell'ordine gerarchico e subalterna all'altra, quando, anziché essersi appellato dalla sentenza dell'autorità inferiore, siasi data alla medesima esecuzione col portare la causa innanzi all'autorità superiore come giudice di primo grado.

La diversità di grado fra le due autorità investite di cause identiche o connesse non è neppure di ostacolo a che vi possa essere litispendenza a senso dell'art. 104 C. P. C. — *Appello Bologna, 5 aprile 1872. Valier—Spedale di Bologna. Annali, VI, 399.*

5. Il regolamento per competenza è facoltativo o necessario secondo le circostanze.

Opporre in cause pendenti eccezioni diverse da quelle di litispendenza o di connessità, è mostrare di non voler procedere per via di regolamento per competenza.

La semplice dichiarazione di voler chiedere eventualmente il suddetto regolamento non può e non deve sospendere il provvedimento ordinario del giudice nella causa pendente. — *Cass. Firenze, 8 luglio. 1872 Tassi. Annali, VI, 259.*

6. La via del regolamento di competenza ammessa e tracciata dagli articoli 108 e seg. C. P. C., finchè non siasi manifestato un vero conflitto

fra due autorità giudiziarie, è puramente facoltativa alle parti, e non esclude in esse il diritto di proporre incidentalmente avanti l'una di esse l'eccezione di incompetenza onde sia deferita all'altra la cognizione di due cause connesse. — *Appello Venezia, 14 novembre 1872. Porto—Saggiotti. Annali, VII, 198.*

7. Non si fa luogo a regolamento di competenza se non quando le cause vertano fra le medesime persone, o quando, essendo diversi gli attori, cadano sullo stesso oggetto. — *Cass. Firenze, 22 giugno 1874. De Martino—Samengo: Bettini, XXVI, 789.*

8. Vedi art. 115, sent. n. 1 e 2

109. La domanda può farsi durante il giudizio, nel quale sia stata proposta la declinatoria del foro per litispendenza.

Art. 517 c. p. c.

Essa può farsi anche dopo che la declinatoria per litispendenza sia stata rigettata, in prima istanza o in appello, con sentenza che non abbia deciso il merito della causa, o l'abbia deciso, ma sia stata pronunciata da una autorità incompetente a provvedere sul regolamento della competenza.

Quando l'autorità giudiziaria, che rigettando in appello la declinatoria pronunziò nel merito, sarebbe stata competente per provvedere sul regolamento della competenza, la domanda in regolamento non può più essere proposta.

1. Il regolamento di competenza è un rimedio straordinario e facoltativo che la legge accorda contemporaneamente ed indipendentemente dall'incidente o giudizio sulla declinatoria per litispendenza o connessione di causa, ed è evidentemente lo scopo di abbreviare la via della ricerca del giudice che debba conoscere della lite.

Sull'eccezione di declinatoria di foro dovrebbe essere pronunciata una sentenza che si potrà naturalmente impugnare coi mezzi ordinari e straordinari dalla legge concessi. Coll'istanza per il regolamento di competenza, invece, la questione viene senz'altro decisa dall'autorità superiore.

Se le parti sono d'accordo, dice la relazione Pisanelli, di mutuo consenso la causa unica o le cause connesse, saranno portate davanti l'autorità giudiziaria competente per prevenzione, o sottoposte a quell'altra che stimeranno meglio nel loro interesse.

Ma quando non siavi tale accordo, e perciò venga posta in questione la continenza o connessione di causa, e l'autorità giudiziaria che sia preferibilmente chiamata a decidere sulle contestazioni fra loro connesse, occorre allora di provvedere pel regolamento della competenza.

L'istanza per tale regolamento è sovente preceduta dall'eccezione di litispendenza, colla quale una delle parti chiede di essere assoluta dall'osservanza del nuovo giudizio, per trovarsi già pendente un primo giudizio sullo stesso oggetto davanti un'altra autorità giudiziaria. Ove l'eccezione venga accolta con sentenza irrevocabile, resta palese che non sarà più necessario il regolamento della competenza, perchè viene a cessare il corso del nuovo giudizio che lo rendeva necessario.

Però se la detta eccezione non è ancora accolta con sentenza divenuta irrevocabile, o se fu rigettata soltanto in prima istanza, si potrà tuttavia proporre la domanda pel regolamento della competenza. Riguardo al caso in cui la stessa eccezione sia stata rigettata in appello, si è creduta opportuna una distinzione.

Ove la sentenza che rigetta in appello l'eccezione di litispendenza sia proferita da un'autorità giudiziaria che non potrebbe conoscere sul regolamento della competenza, la domanda pel regolamento potrà ancora proporsi, quantunque colla stessa sentenza si fosse deciso sul merito della causa.

In tale caso essendo contestata alla stessa autorità giudiziaria d'appello la competenza a conoscere della causa, per trovarsi già questa promossa in altra sede di giudizio da essa indipendente, è palese che il rigetto dell'eccezione in parola non può influire sul diritto di chiedere il regolamento della competenza, sul quale è chiamata a pronunciare un'altra autorità giudiziaria.

Quando invece la sentenza che rigetta in appello la declinatoria del foro sia proferita da quell'autorità giudiziaria che sarebbe chiamata a pronunciare sul regolamento della competenza, e siasi anche deciso sul merito della causa, la domanda in regolamento non sarà più ammissibile. La ragione è manifesta: coll'ammettere tale domanda, mentre dall'un canto la detta eccezione fu rigettata dall'autorità giudiziaria che trovasi competente a pronunciare sul regolamento, e d'altro canto la causa è già pregiudicata nel merito, si verrebbe a riaprire il corso di una discussione che può dirsi esaurita, contro i principii di economia che devono informare i procedimenti giudiziari. (Vedi *Relazione* Pisanelli, p. 51, 52).

2. In caso di conflitto fra più Tribunali dipendenti da diverse Corti di appello l'istanza per regolamento di competenza si dovrà fare alla Corte di cassazione. — Borsari, *Comm.* I, p. 106 - Saredo, *Istit.*, n. 220.

3. Se le due autorità giudiziarie siano dipendenti da diverse Corti di cassazione, un decreto reale stabilirà la suprema magistratura che dovrà regolare la competenza. — Vedi *Legge* 21 dicembre 1862, n. 1014, art. 1, capov. lett. b.

4. L'art. presente è applicabile anche quando il conflitto sia fra due autorità giudiziarie di grado ineguale. — Borsari, *Comm.* I, p. 166.

110. La domanda è proposta con ricorso, sottoscritto da un mandatario che possa rappresentare la parte davanti l'autorità giudiziaria cui è diretto, e accompagnato dagli atti fatti nei relativi giudizi e dai documenti in essi prodotti dal ricorrente, i quali devono essere indicati nel ricorso, e rimanere in deposito nella cancelleria per essere comunicati alle altre parti.

Quando la domanda sia proposta davanti un tribunale di commercio o un pretore, il ricorso può essere sottoscritto dalla parte stessa.

111. L'autorità giudiziaria superiore, se reputi fondata la domanda, ordina che il ricorso sia notificato alle altre parti, affinché possano presentare un controricorso, e stabilisce i termini per la notificazione del ricorso e del decreto e per la presentazione del controricorso.

Con lo stesso decreto può ordinare la sospensione delle cause finché non sia regolata la competenza.

L'ordine della sospensione impedisce la decorrenza di qualunque termine della procedura.

Il pubblico ministero dovrà essere sentito in questo giudizio. — Borsari, *Comm.* I, p. 169 - Gargiulo, *Comm.*, a quest'art. - Carré e Chauveau, *quest.*, 1329.

112. La parte ricorrente, che omette di fare la notificazione nel termine stabilito, decade di diritto dalla istanza per regolamento della competenza.

113. Il controricorso sottoscritto a norma dell'articolo 110 è

presentato nel termine stabilito nel decreto, e notificato nello stesso termine alla parte ricorrente, con indicazione dei documenti depositati nella cancelleria.

114. Decorso i detti termini, l'istruzione della causa si ha per compiuta in contraddittorio, ancorchè non siasi presentato controricorso, e l'autorità giudiziaria pronunzia sulla domanda.

Quando la domanda sia rigettata, la parte ricorrente può essere condannata al risarcimento dei danni verso le altre parti.

115. Quando due o più autorità giudiziarie si siano dichiarate competenti o incompetenti a conoscere di una controversia, si fa luogo al regolamento della competenza sopra domanda d'una delle parti, osservate le disposizioni degli articoli precedenti.

1. I rimedj della declinatoria per litispendenza e quello per regolamento della competenza sono facoltativi: epperò si può far regolare la competenza anche in via d'appello dalla sentenza di alcuno dei giudizj fra cui verte il conflitto. — *Appello Milano*, 26 febbraio 1866. *Mon. Trib.*, VIII, 242.

2. Trattandosi di conflitto tra due tribunali dipendenti da superiori magistrature diverse, non deve applicarsi il cod. di proc. civ., ma la legge 21 dicembre 1862.

A tenore di questa legge la suprema magistratura è chiamata a risolvere i conflitti, non a regolare la competenza.

Il rimedio anormale e straordinario della designazione della magistratura suprema ha luogo solamente nel caso di assoluta necessità, non quando havvi speranza che i tribunali possano accordarsi sulla loro competenza.

Non può esservi conflitto fra due tribunali, di cui l'uno siasi dichiarato competente e l'altro non siasi pronunciato per non avere la causa progredito oltre l'atto di citazione.

La Corte suprema designata con decreto reale non è tenuta ad obbedire al decreto stesso senza esaminarlo, ma deve indagare se esista o no conflitto, perchè tale decreto non può estendere la competenza della Corte oltre i confini della citata legge. — *Cass. Torino*, 29 luglio 1871. *Bonnier de la Chapelle—Costa*, *Il. cc. Giurisprudenza*, VIII, 525.

La continenza di causa racchiude in germe il conflitto di giurisdizione, il quale si svolge quando due o più autorità giudiziarie si dichiarano competenti a conoscere della stessa causa o delle questioni fra loro connesse. Se le dette autorità sono tutte competenti a conoscere della controversia, la risoluzione del conflitto si presenta sotto la forma del regolamento della competenza: quando invece alcuna di esse non sia competente, la risoluzione del conflitto avrà per fondamento l'incompetenza di alcune delle anzidette autorità.

Ma il conflitto di giurisdizione può ancora nascere da circostanze opposte, quando cioè due autorità giudiziarie, delle quali una almeno sia competente a conoscere della causa, dichiarino la loro incompetenza.

Per la risoluzione del conflitto, sia esso positivo o negativo, il progetto stabilisce che si devono osservare le disposizioni che riguardano il regolamento della competenza, stantechè fra i due procedimenti corre una massima analogia. — *Relazione Pisanelli*, p. 53.

Art. 1151, 1227 seg.

CAPO III.

*Della ricusazione e dell'astensione dei giudici
e degli ufficiali del ministero pubblico.*

Art. 254 reg. giud.

116. Il giudice può essere ricusato :

1. Se abbia interesse nella controversia ;
2. Se sia parente o affine, sino al quarto grado inclusivamente, d'una delle parti ;
3. Se la moglie di lui sia affine, sino al quarto grado inclusivamente, di una delle parti, o se lo stesso vincolo sussista fra lui e la moglie d'una di esse ; morta la moglie, la causa di ricusazione sussiste se siavi prole superstite, o si tratti di suocero, genero o cognato ;
4. Se una quistione identica in diritto debba decidersi in un'altra lite vertente nell'interesse di lui, della moglie, dei congiunti o degli affini in linea retta ;
5. Se una delle persone indicate nel numero precedente abbia credito o debito verso alcuno dei litiganti, o abbia lite pendente davanti un tribunale in cui il litigante segga come giudice ;
6. Se nel precedente quinquennio si sia agitato processo criminale o correzionale tra una delle persone indicate nel numero 4. e uno dei litiganti o il suo coniuge, o uno dei suoi parenti o affini in linea retta ;
7. Se tra le persone indicate nel numero 4. e una delle parti si agiti lite civile, o siasi agitata e non sia stata definita sei mesi almeno prima della ricusazione ;
8. Se sia tutore, curatore, protutore, agente, erede presunto, donatario, padrone o commensale abituale di una delle parti ; se sia amministratore o gerente di una società, direzione, unione, o di uno stabilimento che abbia interesse nella causa ; se una delle parti sia agente, commensale abituale, donataria o erede presunta di lui ;
9. Se abbia dato consiglio o prestato il suo patrocinio nella causa ; se abbia fatto somministrazioni per le spese ; se ne abbia conosciuto come giudice di prima istanza o come arbitro ; se abbia concluso come ufficiale del ministero pubblico, o deposto in essa come testimonio, o come perito ;
10. Se un suo parente o affine in linea retta, e in linea collaterale sino al terzo grado inclusivamente, difenda la causa come avvocato o procuratore ;
11. Se vi sia inimicizia grave fra lui e uno dei litiganti.

1. È in facoltà dei litiganti di ricusare o no il giudice ; in caso di silenzio delle parti il giudice ricusabile per uno de' motivi di cui questo articolo resta nondimeno giudice.

La disposizione dell'art. 119 non è a pena di nullità, non è d'inten-

resse pubblico, ma piuttosto d'interesse delle parti. — *Cass. Torino*, 25 ottobre 1871. *Germani-Sais—Fiori Carrè. Giurisprudenza*, IX, 38.

2. Per legittimare la ricsuzione di un magistrato non basta che una delle parti abbia dato a lui motivi di ricsuamento, ma è necessario che risulti avere il magistrato medesimo sensi ostili contro la parte che promuove la domanda di ricsuzione. — *Cass. Firenze* 10 dicembre 1872. *Solinaz Apostoli.—Guerrazzi. Legge*, XIII, n. 59.

3. Chi avea a dedurre motivi di ricsuzione o d'astensione di un giudice, che votò la causa in grado d'appello, e nol fece, non può poscia impugnare la sentenza di nullità con ricorso in cassazione.

Il giudice che fece parte di una sentenza interlocutoria del tribunale ben può in grado d'appello decidere la causa relativa all'appello prodotto avverso la sentenza definitiva del tribunale medesimo in cui non prese parte. — *Cass. Napoli*, 28 marzo 1874. *Caracciolo—Vey. Gior. dei Trib.*, III, n. 139.

1. Perchè si possa dire esistere *credito* o *debito*, è necessario vi sia una relazione di creditore e debitore, la quale non si può avere se *realmente* l'uno non debba pagare all'altro una somma di denaro. Il proprietario e lo affittuario, il possessore di capitali ed il debitore della rendita, non si trovano in cotesta relazione, perchè le pigioni esistono a misura del godimento.

Il debito o il credito debbono avere la caratteristica di *longevità* e non quella della *istantaneità*. — *Gargiulo, Comm.*, p. 319 — *Pigeau*, I, p. 653, il quale però ritiene che l'arretrato possa esser motivo per l'applicazione della prescrizione di questo articolo, mentre il Thomine sarebbe di questo avviso soltanto pel caso che l'arretrato avesse qualche importanza. (*Comm.*, n. 427).

2. Se la lite nella quale il giudice è convenuto fu istituita quando già pendeva l'altra causa nella quale dovrebbe giudicare, potendo darsi che il secondo giudizio sia stato iniziato maliziosamente allo scopo della ricsua del giudice, sarà mestieri indagare la necessità o meno in cui può essere chi convenne il giudice in giudizio.

3. Chi divide la mensa in pensione, per esempio al trattore, sia pure ogni dì, pagando ognuno per sè, è *commensale abituale l'uno dell'altro*? A rigore no; ma non è possibile in questa delicata materia fissare delle regole positive. — *Borsari, Comm. I*, p. 177.

4. Il semplice avviso estragiudiziale manifestato dal giudice sulla questione non basta ad autorizzarne la ricsuzione. — *Borsari, Comm. I*, p. 177 — *Carrè e Chauveau, quest.*, 1381 — *Dalloz, Rep. v. Récus.* n. 69 — *Pigeau*, I, p. 655, 656.

Perchè si possa ricsuare il giudice, è mestieri che egli abbia dato il suo parere per iscritto sulla questione e per la questione che è argomento della causa. — *Scialoia Comm. Cod. Sardo*, I, 2, p. 171 — *Borsari, l. c.* — *Gargiulo, Comm.*, p. 322.

Il giudice, osserva *Pigeau*, che non ha emesso la sua opinione che per caso ed in forma di conversazione, senza essere consultato, non deve annettere grande importanza nè interesse d'amor proprio a sostenerla, e perciò se questa opinione è erronea, le osservazioni dei suoi colleghi potranno agevolmente fargliela mutare.

Di più, se l'avviso espresso sopra una questione astratta, estranea affatto alla specie, potesse valere come motivo di ricsuzione, i giudici non avrebbero mai la facoltà di intrattenersi con altri sulle materie dei loro studii.

117. Non è luogo a ricsuzione per essere il giudice parente o affine del tutore, protutore, o curatore di una delle parti, o

degli amministratori o gerenti di uno stabilimento, di una società, direzione o unione di persone, salvo che essi vi abbiano un interesse personale.

1. I giudici potranno essere ricusati anche quando esercitano una giurisdizione delegata (*) non però quando attendono ad atti di giurisdizione volontaria. — Saredo, *Proc. in C. di C.*, n. 113-133 - *Verbale della Commissione legisl.* n. 20, p. 222 *Racc. Uff.* = (*) Gargiulo, *Comm.*, p. 323.

2. Il pretore, esercitando le altre attribuzioni della sua carica, oltre quella di giudice nell'ordine contenzioso e di presidente del consiglio di famiglia, non può essere ricusato. — Borsari, *Comm.* I, 180 - Dalloz, *Rép. v. Récus.* n. 82 - Carré, *quest.*, 184.

118. I motivi di ricusazione dei giudici sono applicabili agli ufficiali del ministero pubblico, quando non sia parte principale.

Sono applicabili al pretore anche quando presiede al consiglio di famiglia.

Art. 254 reg. giud.; 48
ord. giud.

119. I giudici e gli ufficiali del ministero pubblico devono astenersi, quando vi sia un motivo di ricusazione da essi conosciuto, ancorchè non proposto.

Le corti e i tribunali possono concedere il diritto d'astensione ai giudici e agli ufficiali del ministero pubblico, per ragioni di convenienza che non siano annoverate dalla legge tra i motivi di ricusazione.

Sono validi i provvedimenti e le sentenze emanate dal giudice contro del quale esistevano legittimi motivi di ricusazione, che non furono fatti valere dalla parte interessata, nè elevati spontaneamente, come era suo dovere, dal giudice stesso. — *Cass. Napoli*, 23 novembre 1865. *Legge*, 1866, p. 67, — *Cass. Torino*, 25 ottobre 1871. *Giurisprudenza*, 1872, p. 38.

Vedi art. 116, sent. n. 1.

1. Se il giudice contro del quale esistono motivi di ricusazione, non fu ricusato e non si astenne come avrebbe dovuto, il provvedimento e le sentenze da lui pronunciate sono valide. — Borsari, *Comm. art.* 121 - Gargiulo, *Comm. art.* 121 - Saredo, *Proc. in C. di C.*, n. 117 - Carré e Chauveau, *quest.*, 1392 - Dalloz, *Rép. v. Récus.*, n. 8.

2. Può il giudice non ricusato astenersi nel corso della causa? L'art. 121 non è applicabile all'astensione; nè l'art. 254 del reg. gen. giud. è di ostacolo alla soluzione affermativa.

Se è vero che il giudice può astenersi quando la discussione non sia cominciata, non si saprebbe comprendere come egli più non possa farlo quando riconosce dappoi il dovere e la delicatezza di astenersi nella esistenza delle stesse ragioni che consigliano la ricusa o l'astensione, e che militano anche in questo punto. — Gargiulo, *Comm.*, p. 327.

Art. 270 reg. giud.

120. La cognizione dei motivi di ricusazione dei giudici di un tribunale, di una corte, o degli ufficiali del ministero pubblico spetta al tribunale o alla corte cui essi appartengono, o presso cui esercitano le loro funzioni.

La cognizione dei motivi di ricusazione spetta se di conciliatore al pretore, e se di quest'ultimo al tribunale civile.

121. La ricusazione deve farsi con ricorso al presidente:

1. Tre giorni prima dell'udienza, quando al ricusante sia noto il nome dei giudici o dell'ufficiale del ministero pubblico che in quell'udienza sono chiamati a prendere parte nella causa;

2. Prima della discussione, nel caso contrario. La ricusazione di un pretore o di un conciliatore si fa con dichiarazione depositata nella cancelleria rispettiva prima della discussione.

Questo art. colla parola *udienza* vuol significare solamente quella nella quale si discute sul merito della lite, ed è seguita da sentenza definitiva. — Borsari, *Comm.* I, p. 181 - Gargiulo, *Comm. a quest'art.* - Carré e Chauveau *quest.* 1393-2 - Dalloz, *Rép. v. Réc.*, n. 106.

Non si può in appello proporre la ricusazione non fatta in prima istanza. — Gargiulo, *Comm.*, p. 330.

122. Quando si tratti di ricusare un giudice delegato per la esecuzione di una prova o per altro atto d'istruzione, la ricusazione deve farsi entro giorni tre da quello in cui divennero esecutivi la sentenza o il provvedimento di delegazione.

Se il giudice delegato non appartiene al tribunale delegante, i motivi della ricusazione del medesimo saranno giudicati dal tribunale al quale egli è addetto. — Borsari, *Comm.* I, p. 182.

123. L'atto di ricusazione deve indicare i motivi e i mezzi di prova, ed essere sottoscritto dalla parte o da un procuratore munito di mandato speciale a quest'oggetto, per la cui presentazione l'autorità giudiziaria può accordare un termine conveniente.

124. L'atto originale di ricusazione è dal cancelliere comunicato immediatamente al giudice od ufficiale ricusato, e copia dell'atto stesso è notificata all'altra parte.

Dal giorno della comunicazione rimane sospeso il corso della causa. Se vi sia urgenza di procedere a qualche atto d'istruzione, l'autorità giudiziaria, che deve pronunciare sulla ricusazione, può ordinare che vi si proceda da altro giudice, o colla assistenza di un altro ufficiale del ministero pubblico.

125. Nel termine di due giorni dalla comunicazione dell'atto di ricusazione, il giudice o ufficiale ricusato deve fare in fine dello stesso atto la risposta sulla sussistenza dei motivi di ricusazione.

Nel giorno successivo a quello della risposta il cancelliere deve trasmetterla al presidente della corte o del tribunale o al pretore competente, insieme coll'atto di ricusazione.

Il presidente delega un giudice per farne relazione in camera di consiglio, e stabilisce il giorno per la pronunziazione della sentenza.

« Le sentenze proferite in materia di ricusazione dei giudici e degli ufficiali del P. M. devono contenere il nome e cognome del ricorrente, del suo procuratore e del magistrato ricusato, i motivi e il dispositivo della sentenza, la sua data, e le sottoscrizioni dei giudici che l'hanno proferita.

« La sentenza è scritta di seguito alla risposta fatta dal magistrato ricusato in fine del ricorso, ed è conservata nella cancelleria in apposito volume.

« La sentenza non è soggetta a verun diritto di registrazione, è per copia in carta libera comunicata dal cancelliere al magistrato ricusato, ed è notificata da un usciere al procuratore delle parti ». — *Art. 270 reg. gen. giud.*

126 Quando per la ricusazione di più giudici di un tribunale, non ne rimanga un numero sufficiente per pronunziare sulla ricusazione, e non si possa provvedere nel modo stabilito dalla legge sull'ordinamento giudiziario, la corte d'appello, sopra ricorso della parte, rimette la causa ad altro tribunale, il quale se ammetta la ricusazione pronunzia anche nel merito.

Sebbene la legge di procedura civile non contempli espressamente il caso nel quale, per la ricusazione di più giudici di una corte d'appello, non ne rimanga un numero sufficiente per giudicare sui motivi di siffatta ricusazione; pure per analogia alle disposizioni degli articoli 126 C. P. C. e 777 C. P. P. la Corte di cassazione deve, sul ricorso della parte istante, rimettere la causa ad altra corte, la quale, se ammette la ricusazione, dovrà pronunziare anche sulla causa principale. — *Cass. Palermo, 9 febbraio 1866. Scappelletti—Cesareo. Legge, 1866, 550.*

127. Quando la ricusazione sia rigettata da una corte o da un tribunale, la parte che l'ha proposta è condannata colla stessa sentenza in una multa che può estendersi a lire centocinquanta. Il giudice ricusato che voglia promuovere l'azione per riparazione d'ingiuria, deve astenersi.

Se la ricusazione sia ammessa, l'autorità giudiziaria ordina che il giudice o l'ufficiale del ministero pubblico si astenga, e, se sia ricusato un conciliatore o un pretore, designa un altro conciliatore o pretore, salvo che le parti siano d'accordo di portare la causa davanti il supplente del giudice ricusato.

1. Il collegio che ammette l'astensione di uno dei giudici non può, sotto pena di nullità, giudicare coll'intervento del magistrato medesimo ed emettere sentenza colla firma di lui — *Cass. Napoli, 3 agosto 1867. Marvaso—Oliva, Il. cc. Bettini, XIX, 565.*

2. Quando per ricusazione o astensione del pretore competente le parti si accordano nel deferire la lite al pretore viciniore, la lite deve essere trattata e decisa nella sede di quest'ultimo, nè si può pretendere che egli si rechi, per assistere l'istruzione e proferire la sentenza, nella sede del pretore ricusato od astenutosi. — *Cass. Torino, 8 marzo 1872. Casapinta—Comune di Ferriere. Bettini, XXIV, 173.*

3. Così in caso di rinuncia come in quello di astensione di un pretore, non si può dalla parte diligente adire di propria volontà il pretore del luogo più vicino, se prima l'autorità giudiziaria competente a conoscere della ricusa e quindi anche dell'astensione, non abbia designato altro pretore. — *Cass. Napoli, 3 luglio 1872. Passarelli—Brindisi. Bettini, XXIV, 465.*

Non è incorsa l'ammenda allorquando la domanda di ricsuzione è respinta per vizio di forma. — Gargiulo, *Comm.* - Chauveau in Carré, *quest.*, 1406 - Thomine, *p.* 603. = *Contra*: Borsari, *Comm.* I, *p.* 185.

128. Contro le sentenze pronunziate sulla ricsuzione di un conciliatore o di un pretore non è ammesso appello.

Quando si proponga appello dalle altre sentenze pronunziate dai tribunali in materia di ricsuzione, e una delle parti pretenda che vi sia urgenza di procedere all'esecuzione di un atto di istruzione, il tribunale può ordinare che vi si proceda da altro giudice, sebbene abbia rigettato la ricsuzione.

1. Non può appellare dalla sentenza sull'incidente di ricsuzione la parte che è in lite contro il ricsuante, non avendo essa alcun pregiudizio dalla sentenza medesima. — Borsari, *Comm.* — Gargiulo, *Comm.* - Pigeau, I, *p.* 458 - Thomine, I, *p.* 605 = *Contra*: Carré e Chauveau, *quest.* 1407-1409 - Dalloz *Rép. v. Récus.* n. 140.

2. Può appellare da detta sentenza il giudice che fu ricsuato. — Borsari, *Comm.* - Gargiulo, *Comm.* - Carré e Chauveau, *ib.* - Dalloz, *ib.* n. 142.

3. L'appello dalla sentenza di ricsuzione ha necessariamente effetto sospensivo. — Gargiulo, *Comm.*

129. L'appello deve proporsi entro giorni cinque dalla notificazione della sentenza, con atto presso il cancelliere, contenente i motivi e l'indicazione del deposito nella cancelleria dei documenti sui quali l'appello è fondato.

Copia dell'atto di ricsuzione, della dichiarazione del giudice o dell'ufficiale ricsuato, della sentenza del tribunale e dell'atto di appello, e i documenti a questo uniti, sono dal cancelliere trasmessi nei tre giorni successivi al cancelliere della corte.

Non è necessario che l'atto d'appello sia sottoscritto dalle parti o da un procuratore speciale, basta anche la sottoscrizione di un procuratore *ad lites*. — Borsari, *Comm.* - Gargiulo *Comm.* - Chauveau in Carré III, *p.* 124.

130. Il cancelliere presenta, entro le ventiquattro ore dalla ricevuta, le dette carte al presidente della corte, il quale delega un giudice per farne relazione in camera di consiglio, e stabilisce il giorno in cui la corte pronuncerà la sentenza.

Spedita la copia della sentenza, il cancelliere della corte nelle ventiquattro ore restituisce a quello del tribunale le carte a lui trasmesse, dandogli avviso del tenore della sentenza pronunciata.

131. La ricsuzione o l'astensione non hanno effetto sugli atti anteriori.

TITOLO III.

DELLE CITAZIONI

CAPO I.

Della forma della citazione.

Art. 175 ord. giud.; 86
seg. reg. giud.; 297 ta-
rifa civile.

132. Le citazioni si fanno col ministero d'uscieri per biglietto in carta libera, o per atto formale.

1. L'atto eseguito da un usciere fuori del circolo territoriale determinato dalla legge organica è radicalmente nullo, nel modo stesso che se avesse funzionato da usciere una persona non rivestita di tale qualità.

Tutti indistintamente gli uscieri delle corti, tribunali e preture sono investiti della facoltà di eseguire, in concorrenza fra loro, entro il perimetro giurisdizionale dell'autorità giudiziaria cui sono rispettivamente adde-
detti, gli atti propri del loro ministero, tranne quelli che in affari di competenza di una data corte, tribunale o pretura debbano compiersi nel comune di residenza della stessa corte o tribunale o nella circoscrizione della pretura competente, i quali formano attribuzioni esclusive degli uscieri che ne dipendono.

Quindi, trattandosi d'interporre appello, il ministero dell'uscieri ad-
detto alla corte o tribunale *ad quem*, è necessario solo quando l'appellato abbia domicilio nel comune di residenza della detta corte o tribunale; al-
trimenti l'atto relativo può esser fatto e notificato validamente da qua-
lunque altro usciere abilitato a funzionare nel territorio in cui esiste il
domicilio predetto. — *Appello Lucca*, 30 marzo 1866. *Sharpe—Vannini. Annali*, I, 149.

2. È radicalmente nullo l'atto d'appello fatto per comparsa da procu-
ratore a procuratore benchè notificato a mezzo d'uscieri.

Tanto più se fu citato a comparire non l'appellato, ma il suo pro-
curatore in prima istanza. — *Appello Brescia*, 8 agosto 1866. *Brunelli—Grisenti. Mon. Trib.*, VII, 847.

3. Come l'atto di citazione, così l'atto d'appello principale è nullo se
invece di essere opera d'uscieri, accertato come tale dalla sua sottoscrizione,
risulti fatto e sottoscritto dal procuratore legale dell'attore o dell'appel-
lante: nè questa nullità è sanata pella firma che l'uscieri abbia apposta
sotto il rapporto di notificazione scritto in calce dell'atto. — *Appello Lucca*,
18 dicembre 1866. *Attolla—Giuli. Annali*, I, 11. — *Appello Lucca*, 28
dicembre 1866. *Tonini—Pubblico Ministero. Annali*, I, 12.

4. La relazione sottoscritta dall'uscieri ed apposta in calce all'atto di
citazione d'aver egli notificato questo atto, sulla richiesta dell'attore o del-
l'appellante, all'altra parte, imprime autenticità all'atto stesso siccome da
lui firmato, e lo immedesima colla notificazione per tutti gli effetti di di-
ritto. — *Cass. Firenze*, 25 febbraio 1867. *Lapini, ll. cc.—Strehl de Brizay. Annali*, I, 193.

5. Non è necessario che l'atto di citazione sia materialmente e per intero predisposto dall'uscieri, bastando che dichiarì di far proprio l'atto firmando la notificazione. — *Appello Milano*, 18 aprile 1867. *Loreti-Griggi. Annali* I, 567. — *Appello Brescia* 22 gennaio 1873. *Signoroni-Mazza, Il. cc. Mon. Trib.* XIV, 323.

6. È nullo l'atto d'appello se fu notificato nel comune ove risiede la corte da un usciere addetto al tribunale civile. — *Cass. Napoli*, 14 febbraio 1874. *Padricelli-utrinque. Annali*, V, 175.

7. L'atto di citazione è valido tuttochè sia stato firmato dal procuratore e l'uscieri abbiavi soltanto scritto in calce il verbale di notificazione. — *Appello Venezia*, 30 aprile 1873. *Comune di Asiago-Fabrello. Annali*, VII, 358.

8. È nullo l'atto d'appello quando sia stato notificato da un usciere che non avea la facoltà d'intimarlo, e perciò se nel luogo ove ha sede il tribunale l'appello sia stato notificato da un usciere della pretura, l'atto deve ritenersi del tutto inesistente.

La nullità dell'atto di appello per questa causa non può sanarsi col l'abilitare l'appellante a rinnovare l'appello nel termine legale. — *Cass. Napoli*, 6 novembre 1873. *Aran-Robbio. Legge*, XIV, 176.

9. L'appello proposto nel luogo dove ha sede la corte d'appello deve essere intimato, sotto pena di nullità, da un usciere addetto alla corte stessa.

Epper ciò è nullo l'atto d'appello intimato da un usciere addetto al tribunale civile.

Tale nullità riguarda non la forma, ma la sostanza dell'atto di citazione, e perciò non può applicarsi il disposto del capoverso dell'art. 145 cod. proc. civ. per la rinnovazione dell'atto di appello. — *Cass. Napoli*, 26 novembre 1874. *Maturi-Baraccano. Legge*, XV, n. 6.

10. L'uscieri addetto ad una pretura esistente in un comune dove risiede anche un tribunale, è competente ad eseguire nella circoscrizione territoriale della pretura stessa una citazione a comparire avanti un tribunale esistente in altro comune. — *Appello Venezia*, 24 gennaio 1875. *Pavan-Vanzo. Mon. Trib.*, XVI, 369.

11. I diritti di scritturazione per gli atti da notificarsi spettano esclusivamente all'uscieri, responsabile della regolarità di essi, e non al procuratore, anche quando le copie fossero state eseguite dal procuratore. — *Appello Napoli*, 16 aprile 1875. *Contalupo-Matteuccio. Legge*, XV, 552.

12. Vedi art. 41, sent. n. 1 e 2.

1. L'atto formale di citazione può essere redatto anche dalla parte stessa o da un suo rappresentante, lasciando all'uscieri la semplice notificazione. — *Associaz. degli avv. di Milano. Mon. Trib.*, VII, 262.

2. Sui doveri degli uscieri, riguardo alla notificazione degli atti, così dispone il reg. gen. giud.:

Art. 86. Gli uscieri devono eseguire senza indugio le avute commissioni, e in caso di impossibilità di pronta esecuzione devono riferirne e giustificare i motivi al pretore, o al presidente, o primo presidente loro superiore diretto.

Gli uscieri hanno diritto di esigere che l'atto da eseguire contenga la indicazione precisa dell'abitazione della persona alla quale deve farsi la notificazione.

Art. 87. Se sorga sulla forma dell'atto o sul modo e sul luogo della esecuzione qualche divergenza tra il richiedente e l'uscieri, questi può volere una richiesta precisa, della quale sarà fatta nel repertorio alla colonna delle osservazioni, speciale menzione sottoscritta dalla parte.

Quanto alle citazioni per atto formale l'uscieri ha inoltre diritto di volere che la parte richiedente la citazione gli consegna scritte e sottoscritte le indicazioni stabilite dall'art. 154 del Cod. proc. civ. Se la parte non sappia scrivere, l'uscieri potrà pretendere che le indicazioni suddette gli siano date alla presenza del conciliatore o del giudice.

Art. 88. Gli uscieri danno, se richiesti, ricevuta alle parti delle commissioni e carte avute, indicandone l'anno, il mese, il giorno e l'ora.

Nel caso che un usciere rifiuti di prestare il suo ministero, sembrami che alla parte non resti se non rivolgersi al pretore, presidente o primo presidente da cui l'uscieri direttamente dipende, e domandargli una ordinanza che ingiunga all'uscieri di eseguire la pratica della quale è richiesto sotto pena di destituzione, e salvo il risarcimento dei danni e delle altre pene dalla legge stabilite. — Vedi anche Carré, *Comm.*, quest., 344 - Chauveau, *ib.* - Pigeau, *Comm.* II, p. 190.

133. La citazione per biglietto ha luogo soltanto nelle cause promosse davanti i conciliatori; e in quelle promosse davanti i pretori, il valore delle quali non ecceda lire cento.

Il biglietto deve indicare:

1. Il giorno, il mese e l'anno della notificazione, e l'ora in cui segue la medesima, se la citazione sia fatta per comparire nello stesso giorno;

2. Il nome e cognome dell'uscieri, coll'indicazione dell'autorità giudiziaria cui è addetto;

3. Il nome e cognome dell'attore e del convenuto;

4. L'oggetto della domanda;

5. Il giudice, davanti cui si deve comparire;

6. Il giorno e l'ora della comparizione;

7. La persona alla quale il biglietto viene consegnato.

Il biglietto è sottoscritto dall'uscieri.

134. L'atto formale di citazione deve contenere:

1. Il nome e cognome dell'attore; il nome, cognome, la residenza, il domicilio o la dimora del convenuto;

2. I fatti in compendio e gli elementi di diritto costituenti la ragione dell'azione, con le conclusioni della domanda, e con l'offerta di comunicazione, per originale o per copia, dei documenti sui quali esse si fondano;

3. L'indicazione della cosa che forma oggetto della domanda, con le particolarità che servono a determinarla;

4. L'indicazione dell'autorità giudiziaria, davanti la quale si deve comparire;

5. La dichiarazione della residenza o del domicilio dell'attore. Se l'attore non abbia residenza o domicilio nello Stato, l'atto di citazione deve contenere inoltre l'elezione di domicilio nel comune in cui ha sede l'autorità giudiziaria davanti la quale si deve comparire, con indicazione della persona o dell'ufficio presso cui si fa l'elezione. Questa elezione può anche essere fatta dall'attore che abbia residenza o domicilio nello Stato.

Nei giudizi in materia commerciale la dichiarazione o elezione di domicilio deve farsi a norma dell'articolo 393;

6. La indicazione del termine entro cui il convenuto deve

Art. 40, 41, 140, 145, 153, 156 c. p. c.; 16 c. c.; 104 legge sul registro.

comparire, o del giorno dell'udienza se si tratti di citazione in via sommaria.

Nelle cause in cui è necessario il ministero del procuratore l'atto di citazione deve inoltre indicare il nome e cognome del procuratore dell'attore.

L'atto è sottoscritto dall'uscieri.

4. Se fu citata a comparire non la parte, ma il suo procuratore in prima istanza, mancando uno degli elementi essenziali alla citazione, cioè l'indicazione della parte citata, e però non trattandosi solo di mancanza di formalità anche essenziale della citazione, il difetto di questa non è sanabile colla comparizione del procuratore. — *Appello Brescia*, 8 agosto 1866. *Brunelli—Glisenti. Mon. Trib.*, VII, 847.

2. L'atto di citazione non essendo un ente separato e distinto dalla sua notificazione, poichè questa dà a quello vita ed efficacia giuridica, è valido benchè non abbia la firma dell'uscieri se non in calce dell'attestazione della fattane notificazione. — *Cass. Firenze*, 25 febbraio 1867. *Lapini, ll. cc.—Strehl de Brizay. Bettini*, XIX, 133.

3. L'ommissa offerta di comunicazione di documenti sui quali si fondano le conclusioni della domanda di citazione non è motivo di nullità di quest'ultima. Tale ommissione non ha altro effetto che di impedire al giudice la presa in considerazione di questi documenti.

L'obbligo dell'offerta in comunicazione dei documenti non riguarda in appello che i documenti non comunicati in prima sede. — *Appello Brescia*, 17 novembre 1868. *Mussetti—Cernuschi. Mon. Trib.*, X, 673.

4. La ommissa offerta di comunicazione dei documenti ai quali l'azione è fondata, allora potrebbe produrre la nullità della citazione quando per tale ommissione rimanesse incerto l'oggetto della domanda. — *Appello Firenze*, 17 maggio 1870. *Pallini—Sardelli e Barazzuoli. Annali*, IV, 262.

5. La formalità dell'indicazione del nome e cognome dell'attore richiesta in ogni atto di citazione, allora deve adempirsi a pena di nullità, quando l'attore spiega la sua azione come particolare individuo.

Quando però esso viene in giudizio nell'interesse di un ente morale, basta che indichi la sua qualità di rappresentante dell'ente medesimo. — *Appello Messina*, 13 gennaio 1871. *Congregazione di Carità—La Rosa. Annali*, V, 224. — *Cass. Torino*, 12 maggio 1871. *Lattuada—Prosperini. Annali* V, 161.

6. Nei procedimenti sommarii non è nullo l'appello che manchi di citazione ad udienza fissa, se con atto posteriore si suppli all'ommissione; in ogni caso la comparizione sana la nullità. — *Cass. Napoli*, 9 giugno 1871. *De Pierro—Bleve. Mon. Giud.*, I, 149.

7. Proposta citazione in sede d'appello, è nulla la stessa, quando sia stato citato un avvocato quale procuratore dell'appellato.

La nullità però viene sanata dalla comparizione dell'avvocato quale procuratore della parte appellata che effettivamente si era voluto citare. — *Cass. Firenze* 1 dicembre 1873. *Borsatti—Lazzaro. Gior. dei Trib.*, III, n. 9.

8. È nulla la citazione se l'uscieri abbia posto la sua firma a piè di essa, ma non l'abbia posta egualmente a piè dell'atto di notificazione. Sarebbe altrimenti quando l'uscieri avesse posto soltanto la sua firma a piè dell'atto di notificazione. — *Appello Milano*, 27 ottobre 1874. *Parchiarini—Del Majno. Gior. delle Leggi*, VI, n. 16.

9. L'obbligo imposto da questo articolo, e dall'art. 159, n. 2, di fare

nell'atto di citazione la dichiarazione della residenza o del domicilio, non include necessità di indicare pur anche la casa di abitazione — *Appello Lucca, 20 febbraio 1875. Samama—Debbasche. Annali, IX, 153.*

10. Vedi art. 145, sent. n. 2, 3, 4, 5, 7, 10, 12, 16, 19, 22, 24, 31, 33, 37, 38, 39, 40, 41.

1. È valido un atto di citazione ad istanza di un mandatario che dichiara di agire a nome ed interesse del suo mandante che egli nomina: un atto cioè che non è proposto in nome diretto dello stesso mandante, rappresentato dal mandatario?

La giurisprudenza francese professa il principio negativo nelle dottrine del Pigeau, del Thomine, ed in parecchie decisioni delle Corti d'Aix, di Nîmes, di Rennes; combattuto e convien dire superato dalla dottrina contraria che manifestamente prevale.

La stessa Corte di Rennes sembra aver cangiato la sua giurisprudenza nelle decisioni 17 dicembre 1812, 6 agosto 1813 e 16 gennaio 1818. Il Merlin che propugna questo modo di giudicare (*Rep. v. Plaidier. par. proc.*) si appoggia ad una risoluzione della Corte suprema, resa sopra sue requisitorie (V. Carré, *quest.* 290). Carré sta per la validità della citazione e con lui Boncenne, De Langlade e Dalloz.

Basta che la persona del mandante e i poteri in forza dei quali il mandatario agisce siano ben designati. — *Conforme*: Gargiulo, *Comm.* - Mancini, *Comm. II, n. CXXXIX.*

2. La significazione del domicilio dell'attore ha la sua ragione evidente nella facoltà del convenuto di praticare certi atti al domicilio reale, come le offerte, per far eseguire le condanne. Perciò questa formalità, collegandosi colle operazioni del giudizio, non può trascurarsi senza nullità assoluta, giusta il parere di Favard de Langlade (I, p. 136), Dalloz (t. 7. p. 731) e del Chauveau (in Carré, *quest.*, 206) che accenna a molte decisioni in questo senso.

La indicazione del domicilio deve, secondo gli autori francesi e il Mancini (*Comm. II, n. CXLII.*) ravvisarsi forma fondamentale, e la sua omissione sarebbe un vizio essenziale, al pari di ogni altro che riguardi l'oggetto della lite o la persona.

Presso di noi però potendosi, secondo l'art. 158, fare la dichiarazione o elezione di domicilio con atto posteriore alla citazione, ne deriva che questa non è nulla se manca del requisito di cui al n. 5 di quest'art.

3. Potendo l'attore eleggere un domicilio nel comune in cui à sede l'autorità giudiziaria adita, è sufficiente questa elezione, ovvero è anche necessaria la dichiarazione del domicilio reale?

Mancini ritiene che l'attore non possa prescindere dalla dichiarazione del domicilio reale o dalla residenza. *In domicilio contrahitur* e ciò deve intendersi tanto in senso *passivo* che in senso *attivo*. Il domicilio reale, come luogo di comunicazione giudiziaria, sino a un certo punto, noi lo imponiamo, ma non possiamo a nostra posta crearci un domicilio per un particolare giudizio o affare, a cui volenti o no, trascinare i nostri avversari. — Mancini, — *Comm. II, n. CLVI.*

Borsari ritiene però che nel sistema del nuovo codice sia stato attribuito al domicilio eletto dall'attore, *judicii causa*, una vera importanza assorbente, diventando esso il suo domicilio a tutti gli effetti, per qualunque comunicazione eziandio privilegiata. Crede quindi finita la *vecchia e intricata controversia* se l'attore oltre il domicilio eletto dovesse pure indicare il suo domicilio reale. Questo egregio scrittore, cioè, è d'avviso che la dichiarazione del domicilio reale e la elezione d'un domicilio apposito pel giudizio siano parificate.

Al domicilio eletto nella citazione ritiene conseguentemente il Borsari possa farsi ogni sorta di comunicazione o notificazione (arg. art. 140 e 367), tanto più che non trova disposizione che al domicilio regolarmente eletto, surrogli il reale. — *Comm. art. 134, n. 5.*

Di opinione conforme a quella del Borsari è il Saredo (*Istit., n. 282*).

4. Indicare una persona dalle sue funzioni, specialmente se revocabili, non è indicare il suo domicilio (*Corte di Nîmes* 18 gennaio 1837 - *Poitiers* 18 giugno 1830 - *Cassazione* 21 febbraio 1826).

Il principio riceve però limitazione qualora il funzionario agisca nella sua legale qualità e non per proprio conto.

Anzi si ritiene bastare alla validità dell'atto la significazione della qualità e del grado, omissa il nome e cognome del funzionario — *Pigeau, Comm., t. 1, p. 174* - *Chauveau in Carré, quest., 286*) — *Mancini, Comm. II, n. CXLVI* - *Saredo, Istit., 278* - *Mattei, Annotaz.* - *Gargiulo, Comm.*

È però di contrario avviso il *Borsari, Comm. art. 136, n. 4.*

5. La data di un atto di citazione è cosa troppo grave nelle sue conseguenze per decamparne con facile indulgenza, e la sua omissione assoluta deve perciò portare nullità. Le sue incertezze sono però riparabili, ma allora solo che le indicazioni equivalenti o risultino dall'atto stesso, o facciano per altra via subentrare nell'animo quello stesso grado di certezza che si avrebbe dal nitido esequimento delle formalità. — *Mancini, Comm. II, n. CVC.*

6. La decisione 23 marzo 1842 della Cassazione di Francia, rel. Troplong, stabilì che se la copia della citazione porti una data e l'originale una diversa, l'errore è riparabile dalla registrazione.

L'errore dell'originale è corretto dalla copia. — *Cass. Franc.* 8 febr. 1809; 4 brum. an X; 8 nov. 1808.

7. È nulla la citazione nella quale manchi l'offerta di comunicazione dei documenti?

Questa mancanza non importa nullità quando il deposito dei documenti venga fatto nel termine di legge. — *Saredo, Istit., 279.*

8. Se gli attori sono più, conviene che tutti siano indicati per nome e cognome, non bastando l'indicazione di uno solo coll'aggiunta « e consorti ». — *Mancini, Comm., II, n. CXXXVI* - *Favard de Langlade, t. 1, p. 135* - *Carré e Chauveau, quest., 287* - *Pigeau, Comm. I, p. 174* - *Dalloz, voc. Exploit, t. 14, p. 416, n. 3* - *Thomine, t. 1, n. 87* - *Gargiulo, Comm.* - *Mattei, Annotaz.*

La citazione però non sarebbe nulla, ma soltanto produttiva di effetti per quelli degli attori che trovansi nominati nella stessa. — *Mancini, Comm. II, n. CXXXVII* - *Carré, quest., 288.*

9. Se è attrice una società civile, la citazione deve indicare i nomi di tutti i soci.

Se è attrice una società commerciale conviene distinguere se la società è in nome collettivo o in accomandita. Nel primo caso è mestieri, come nel caso d'una società civile, designare i nomi di tutti i soci e non basta indicare la ragione sociale. Nel secondo caso la domanda deve farsi a nome dei soci responsabili o solidari soltanto. Ma se la società è anonima, la domanda deve necessariamente farsi a nome dei suoi mandatari che l'amministrano. — *Carré, quest., 287, bis.*

Il Chauveau non è però d'accordo coll'illustre autore che egli commenta. Egli crede cioè che trattandosi di una società commerciale, la citazione possa farsi indicandone soltanto la ragione sociale che rappresenta il corpo morale, la società e comprende i nomi degli associati (in *Carré, quest., 287, bis* - *Duvergier, Tr. de la société, n. 316 e 317*).

135. La citazione deve essere notificata alla persona del convenuto mediante consegna di una copia di essa sottoscritta dall'uscire.

Art. 139 c. p. c.

1. Sebbene l'intimato figuri nel giudizio in doppia qualità, per esempio per sé e quale tutore, non è necessario che siagli notificata la citazione in duplice copia. — *Cass. Napoli, 7 dicembre 1867. Rosolia-Vittoria. Annali, II, 45.*

2. È nulla la citazione del convenuto fatta in persona e al domicilio del suo mandatario generale. Tale citazione non sorte effetto che eccezional-

mente riguardo a persone non aventi residenza, domicilio o dimora nel regno, le quali abbiano nello Stato un mandatario generale. — *Appello Brescia*, 6 agosto 1868. *Cassa Risparmio di Milano—Piazzoni. Mon. Trib.*, X, 61.

3. La dichiarazione dell'usciera di avere notificato la citazione ai convenuti e di aver rimesso ai medesimi copia dell'atto, vale dichiarazione di aver rimesso una copia a ciascuno. — *Cass. Torino*, 19 dicembre 1873. *Buschino—Buschino. Mon. Trib.*, XV, 109.

4. È nulla la citazione se la copia notificata al convenuto non contenga la firma dell'usciera.

La nullità non può essere sanata dal fatto dell'aver l'usciera notificato nello stesso giorno altro atto da esso firmato; anche quando quest'ultimo abbia qualche rapporto coll'atto di citazione. — *Cass. Firenze*, 19 febbraio 1874. *Albertini—Coen. Bettini*, XXVI, 46.

5. La mancanza nella copia consegnata della firma dell'usciera, la quale invece si trovi nell'originale, costituisce una nullità riguardante soltanto la notificazione; epperò lascia luogo alla rinnovazione della citazione. — *Appello Milano*, 1 maggio 1875. *Dassi—Rivolta e Belcredi. Mon. Trib.*, XVI, 626.

6. Vedi art. 145, sent. n. 3, 4, 6, 12, 14, 17, 27, 29, 36.

1. La citazione è validamente notificata al convenuto in qualunque luogo lo si trovi, anche al domicilio di un terzo. — *Carré e Chauveau, quest.*, 346 e 347 - *Mattei, Annotaz.* - *Gargiulo, Comm.*, p. 366 - *Biblioteca del diritto, voc. Intimazione*, n. 254.

2. La citazione deve essere notificata a ciascuno dei convenuti in copia distinta, anche nel caso in cui essi abbiano eletto un solo domicilio per la esecuzione d'uno stesso atto o d'uno stesso giudicato, ed eziandio allorquando siano debitori solidali. L'osservanza di tale formalità deve risultare espressamente dall'originale della citazione, nè basta che questo enunci che la citazione fu notificata a tutti i convenuti. — *Carré e Chauveau, quest.* 348 *bis e ter.* - *Pigeau, Comm. t. I*, p. 178; *Traité, t. I*, p. 112 - *Borsari, Comm. - Mattei, Annotaz.* - *Biblioteca del diritto, voc. cit.*, n. 242.

3. La copia da notificarsi al convenuto deve essere un esemplare intero della citazione. Quindi non deve contenere soltanto il nome di quello dei convenuti a cui sarà notificata, ma deve portare il nome di tutti, perchè il convenuto possa conoscere esattamente la situazione. — *Borsari, Comm. art.* 145, n. 9.

4. L'usciera deve conoscere il convenuto a cui attesti di aver consegnato la citazione, nè a salvarlo da responsabilità per l'errore in cui fosse incorso basterebbe l'assicurazione ch'egli avesse avuto dal terzo sulla identità della persona. — *Borsari, Comm. I*, p. 20 - *Gargiulo, Comm. p. 366* - *Mattei Annotaz.* - *Carré, quest.*, 348.

Se la citazione deve notificarsi da diversi uscieri in separate giurisdizioni, Borsari ammette che si possano fare più originali, oppure uno solo che passando di mano in mano a tutti gli uscieri porterebbe la firma di ciascuno di essi, dopo l'atto rispettivo di notificazione (*Comm. I*, p. 196).

5. Carré ritiene valida la notificazione fatta al domicilio di chi è munito di procura per rappresentare e difendere il convenuto in giudizio, sia in modo generale che per un affare speciale (*Comm. quest.*, 353). Chauveau all'invece è di avviso opposto per la ragione che la procura può creare bensì dei diritti e doveri tra mandante e mandatario, ma non conferire gli uni o gli altri ai terzi, tanto più che il mandato può essere revocato ad ogni istante.

6. La citazione d'un esiliato può essere notificata così al luogo dell'esilio come al domicilio precedente, al foro del quale deve intentarsi l'azione, perchè un cambiamento forzato di dimora non muta la giurisdizione. — *Carré, Comm. quest.*, 357 - *Rodier - Domat - Chauveau sur Carré - Gargiulo, Comm.*, p. 387,

Così pure la citazione d'un prigioniero può essere notificata tanto alla prigione parlando col detenuto, come al suo precedente domicilio, il giudice del quale deve conoscere delle azioni personali contro di lui intentate. — Carré e Chauveau, *Comm. quest.*, 358 - Rodier - Favard, *t. 1, p. 143, n. 4.* - Borsari, *Comm.*, p. 210 - Gargiulo, *Comm.*, p. 385,

136. Chi non ha l'amministrazione dei suoi beni è citato nella persona del suo rappresentante.

Art. 9 c. p. c.; 134, 2^a
318, 339 c. c.

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 autorizzazione è necessaria.

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 pretore o il conciliatore davanti cui è portata la causa, nomina sull'istanza dell'attore un curatore speciale al convenuto.

1. Qualunque sia la validità intrinseca di una sentenza emanata nel solo contraddittorio di un interdetto, non può divenire esecutoria ed autorizzare l'arresto personale dell'interdetto, se non succeda la sua notificazione ed il precetto di pagamento al curatore. — *Appello Perugia*, 5 settembre 1866. *Annali*, I, 266.

2. Non è nullo l'appello per ciò solo che sia proposto da donna maritata senza l'intervento del marito contro donna maritata citata soltanto in persona propria e non anche in quella del marito; ma in tal caso l'autorità giudiziaria deve ordinare alla parte appellante la regolarizzazione e integrazione del giudizio giusta l'art. 469, sotto comminatoria di rejezione per titolo di irrecevitibilità, sospendendo frattanto il procedimento. — *Appello Brescia*, 28 novembre 1866. *Fratelli e sorelle Bertelli. Mon. Trib.*, VIII, 402.

3. È validamente notificato all'inabilitato, anziché al suo curatore, il precetto esecutivo, bastando che al curatore sia notificata copia del precetto notificato all'inabilitato.

Il precetto deve essere fatto all'inabilitato che continua ad amministrare le proprie sostanze, e deve perciò pagare, non al curatore che unicamente deve assisterlo. — *Appello Torino*, 22 dicembre 1874. *Barberis-Prandi. Legge*, XV, 452.

4. Il marito che in giudizio spiegato contro la moglie, sovra materia nella quale la di lui autorizzazione era necessaria, non fu citato, può intervenire in grado d'appello.

E può intervenire anche per far dichiarare la nullità della sentenza per difetto di autorizzazione della moglie. E tale nullità colpisce la sentenza anche nei rapporti degli altri consorti in lite, attesa la indivisibilità dell'oggetto in contestazione, ed anche per evitare possibili giudicati contraddittorii. Benchè tale nullità investa anche tutta la procedura dalla citazione in avanti, non è necessario di rimettere l'attore ad iniziare un nuovo giudizio: basta mandare allo stesso di integrare quello già istituito colla chiamata in causa del marito. — *Appello Milano*, 29 dicembre 1874. *Ferrario-Genala. Mon. Trib.* XVI, 42.

1. Anche nel caso in cui il curatore ed il curatelato abbiano uno stesso domicilio debbono ai medesimi rimettersi due copie distinte dell'atto di citazione. — Carré, *quest.*, 348 bis — Pigeau, *Comm.* I, p. 178.

2. Se tra il primo giudizio ed il secondo o tra questo e quello in cassazione avvenga un cangiamento di stato nella controparte, la quale da minore sia divenuta maggiore, l'attore deve prenderne norma per la notificazione della citazione in appello o del ricorso in cassazione e non contare sulla qualità che il convenuto aveva anteriormente. — Carré, *Comm.*, *quest.* 307.

3. « Nei casi previsti dal secondo capoverso dell'art. 136 cod. proc. civ. l'attore che promuove la nomina del curatore speciale al convenuto, deve anticipare le spese necessarie per gli atti occorrenti nella causa, salvo se esso promotore sia ammesso al beneficio della gratuita clientela, nel qual caso tutti gli atti si fanno a debito ». — Art. 300 *reg. gen. giud.*

Art. 567 seg. cod. com.

137. La citazione è notificata :

Per le società di commercio a chi le rappresenta come socio o come amministratore dello stabilimento sociale ;

Per l'unione o la direzione formata dai creditori a uno dei sindaci o direttori ;

Per la massa dei creditori, prima dello stato d'unione, a uno dei sindaci.

Prima dello stato di unione la citazione, per la massa dei creditori, basta che sia notificata ad un solo de' sindaci, e basta che uno solo comparisca. — *Appello Torino*, 26 maggio 1868. *Annali*, II, 124.

138. La citazione è notificata :

Per i comuni, gli istituti pubblici, e generalmente i corpi morali riconosciuti dalla legge, al sindaco, rettore, capo, o superiore, o a chi ne fa le veci ;

Per le amministrazioni dello Stato, a chi le rappresenta nel luogo in cui risiede l'autorità giudiziaria, davanti cui è portata la causa, osservate le norme stabilite nel regolamento ;

Per la lista civile, il patrimonio privato del re, della regina, dei principi della famiglia reale, al capo d'amministrazione o a chi ne faccia le veci nel circondario o nella provincia dove risiede l'autorità giudiziaria davanti cui è portata la causa.

1. Sebbene le citazioni delle amministrazioni dello Stato debbano farsi a chi le rappresenta nel luogo in cui risiede l'autorità giudiziaria dove è portata la causa, tuttavia, contestata una volta la lite con un determinato rappresentante della pubblica amministrazione, è a lui che devono essere notificati gli appelli ed i ricorsi. — *Cass. Napoli*, 22 marzo 1870. *Capitolo di Amalfi*—*Demario. Bettini*, XXII, 308.

2. Il ricorso in cassazione contro l'amministrazione delle regie finanze deve essere notificato all'intendenza di finanza residente nel luogo ove risiede la Suprema Corte adita. — *Cass. Torino*, 1 dicembre 1871. *Bergomi—Finanze. Bettini*, XX, 795. — *Cass. Torino*, 3 febbraio 1875. *Ferrovie Sarde—Madeddu*, II. cc. *Mon. Trib.* XVI, 671.

3. L'amministrazione del fondo per il culto costituisce un ufficio distinto ed indipendente dalle finanze dello Stato, e non ha proprie e dirette rappresentanze nelle provincie.

Pel D. R. 28 luglio 1866 le citazioni e notificazioni che riguardano l'interesse dell'amministrazione del fondo pel culto sono fatte al direttore dell'amministrazione stessa, o a chi ne fa le veci.

Quindi una citazione fatta alla detta amministrazione è nulla se invece che al suo direttore o a chi ne fa le veci fu notificata al direttore demaniale della provincia. — *Cass. Napoli, 13 gennaio 1872. Fondo pel culto—Lomartire, Annali, VI, 226, — Cass. Napoli, 4 agosto 1870. Annali, IV, 275. — Cass. Napoli, 16 marzo 1871. Annali, V, 215.*

4. Questo articolo e l'art. 9 del D. R. 25 giugno 1865, collo stabilire che per le amministrazioni dello Stato le citazioni si dovessero fare alle persone che le rappresentano nel luogo in cui risiede l'autorità giudiziaria davanti la quale fu portata la causa, altro non fecero che ritenere come eletto un domicilio legale presso i detti rappresentanti.

È valida pertanto la notificazione della citazione ed anche del ricorso in cassazione fatta direttamente nell'ufficio del ministero, sia al ministro stesso, sia alla persona ivi designata per riceverlo. — *Cass. Torino, 2 febbraio 1872. De Choisy—Ministero dell'interno. Annali, VI, 137.*

5. L'amministrazione del fondo pel culto non è una istituzione di indole ecclesiastica, ma è un ente morale indipendente che forma parte dell'amministrazione dello Stato.

Le citazioni e le notificazioni riguardanti l'interesse dell'amministrazione del fondo per il culto, giusta il disposto dell'art. 1 del decreto 28 luglio 1866 vanno fatte al direttore dell'amministrazione stessa o a chi ne fa le veci, ma nel solo caso che quelle citazioni debbano portarsi davanti l'autorità giudiziaria del luogo ove siede il direttore o chi ne fa le veci; negli altri casi resta ferma la disposizione dell'art. 138, giusta il quale si può citare il funzionario del luogo. — *Cass. Napoli, 17 dicembre 1872. Fondo pel culto—De Gregorio. Legge, XIII, n. 23.*

6. Questo articolo in quanto stabilisce che per le amministrazioni dello Stato la citazione è notificata a chi le rappresenta nel luogo in cui risiede l'autorità giudiziaria davanti a cui è portata la causa non riceve applicazione rispetto alle citazioni in sede di appello che sono rette dall'art. 486.

Quindi trattandosi di causa in sede di rinvio la citazione deve essere notificata non già all'Intendente di finanza residente nel luogo in cui risiede la corte di rinvio, ma bensì all'Intendente che rappresentò la pubblica amministrazione in prima sede e davanti l'autorità giudiziaria di appello la cui sentenza fu cassata. — *Appello Milano, 7 marzo 1873. Biotta—Finanze. Mon. Trib., XIV, 321. — Cass. Firenze, 18 luglio 1872. Barsanti e Turini—Demanio (Borsari, art. 138). = Contra: Cass. Torino, 10 dicembre 1868. Speranza—Demanio. Annali, III, 380. — Cass. Torino, 30 luglio 1873. Biotta—Finanze. Mon. Trib., XIV, 927. — Cass. Torino, 2 febbraio 1872. De Choisy—Ministero dell'interno. Giurisprudenza, IX, 247.*

7. La citazione in giudizio di una pubblica amministrazione può sempre farsi efficacemente alla sede del ministero da cui quell'amministrazione dipende, in persona del funzionario incaricato di ricevere le citazioni e notificazioni, quantunque la causa debba agitarsi in altro tribunale. — *Cass. Torino, 15 maggio 1873. Ministero finanze—Ferroni-Frati. Annali, VII, 274.*

1. « Gli ufficiali ed agenti ai quali, a mente del capoverso secondo dell'art. 138 del codice di procedura, devono notificarsi le citazioni dirette contro le amministrazioni dello Stato, sono designati in apposito decreto reale ». — *Art. 185 reg. gen. giud.*

Tale decreto è del 25 giugno 1865, n. 2361.

Notisi poi che il fondo pel culto costituito a base degli art. 25 e 26 della legge 7 luglio 1866, deve, a sensi dell'art. 1 del decreto luogotenenziale 28 luglio 1866, n. 3112, essere citato nella persona del suo direttore o di chi ne fa le veci.

Per la rappresentanza dei comuni e delle provincie, provvedono gli articoli 102, n. 9, e 181, n. 1, della legge comunale e provinciale 20 marzo 1865, alleg. A.

2. Abbiamo veduto come nell'interpretazione di questo articolo nella giurisprudenza pratica sia sorta una grave questione, quella cioè: « Se il rappresentante dell'amministrazione dello Stato nel luogo in cui fu trattata in primo grado la causa continui a rappresentarla negli ulteriori stadij del giudizio, ovvero se ad ogni stadio debbasi mutare la rappresentanza prendendola dal luogo in cui risiede l'autorità dinanzi la quale prosegue il giudizio ».

Osserva il Borsari, essere principio generale che contro quelle persone in contesto delle quali è stato regolarmente istituito il giudizio, esso debba proseguire sino al momento in cui quelle persone non cessino d'esistere;

Che il giudizio è unico nei varj gradi ed è necessità d'ordine che le persone che si trovarono di fronte nell'atto fondamentale rimangano in presenza sino al termine della contestazione;

Che lo ammettere che l'autorità che rappresentò il Demanio nel primo stadio venga ad essere esautorata dopo che esso fu compiuto, sarebbe contrario allo interesse stesso dell'amministrazione, dappoiché chi subentra dovrà informarsi della questione, e le opinioni possono variare a danno dell'unità e uniformità della difesa del demanio. (*Vedi Borsari, Comm., art. 138*).

Il Saredo però è di opinione contraria a quella del Borsari considerando che il principio dell'unità amministrativa imperta di conseguenza che la persona del pubblico ufficiale scompare dinanzi all'ufficio, e che, malgrado il cambiamento delle persone, il litigante rimane lo stesso e che finalmente ragioni di economia consigliano a semplificare. (*Vedi Saredo, Istit., n. 292*).

Secondo a me sembra non si può far questione quanto alla notificazione dell'atto d'appello poichè per la medesima è stabilito un modo speciale dall'art. 486. Ma non può farsi nemmeno relativamente al ricorso in Cassazione, poichè se l'art. 525 dice che esso deve notificarsi *nella forma della citazione*, ciò significa, a mio modo di vedere, che si debba citare la parte e non il procuratore, colle forme usate per la citazione. Insomma le parole, *davanti cui è portata la causa*, dell'art. 138 devono intendersi relativamente alla citazione introduttiva del giudizio e non estendersi agli stadij successivi di giudizio. A tale interpretazione resiste la lettera dell'art. 138 che delle mutazioni di rappresentanza non fa parola, e si oppone esplicitamente il disposto dell'art. 486, che ne renderebbe impossibile l'attuazione quanto ai giudizi in appello.

139. Quando la citazione non si possa notificare alla persona del convenuto, deve notificarsi nella casa in cui questi ha residenza, e, se la residenza non sia conosciuta, al domicilio.

Se trattisi di società di commercio, o di uno degli enti indicati nell'articolo precedente, la citazione deve notificarsi nella casa in cui risiede l'amministrazione della società o dell'ente convenuto, e, in difetto, nella casa in cui il socio, l'amministratore, o il rappresentante ha residenza.

Se la residenza o il domicilio non siano conosciuti, la citazione deve notificarsi nella dimora.

In tutti questi casi l'usciere consegna la copia della citazione ad uno della famiglia, o addetto alla casa o al servizio del convenuto.

Mancando queste persone, l'usciere consegna la copia del-

l'atto al portinaio della casa o a un vicino di abitazione, purché siano in grado di scrivere, e fa sottoscrivere l'originale dalla persona che riceve la copia.

L'usciera non può consegnare la copia dell'atto a persona incapace, per età o vizio di mente, di farne testimonianza. La capacità si presume sino a prova contraria.

Se il portinaio o i vicini non vogliano o non possano accettare la copia e sottoscrivere l'originale, l'usciera lasciando avviso in carta libera affisso alla porta dell'abitazione del convenuto deposita la copia nella casa comunale, o la consegna al sindaco o a chi ne fa le veci. L'originale è sottoscritto da chi riceve la copia.

Per chi vive a bordo di nave mercantile, o appartiene all'equipaggio, la notificazione si può fare al capitano o a chi ne fa le veci.

Nei casi indicati in questo articolo l'usciera fa menzione di ogni cosa sull'originale e sulla copia.

1. Quando la notificazione sia eseguita in persona domestica è nulla se non risulti dall'atto il nome di quella persona, e che non si è trovata la parte personalmente. — *Cass. Torino, 14 giugno 1870. Novi-Finanza. Giurisprudenza VII, n. 32. — Appello Roma, 15 settembre 1871. Castellani-Bianchi. Annali, V, 618.*

2. È nulla la notificazione di una citazione mediante consegna al portinaio della casa se l'usciera non dichiara d'essersi prima accertato che nell'abitazione del citato non si trovava alcun suo parente o domestico, come pure se l'usciera non fece firmare dal portinaio l'originale della citazione. — *Appello Brescia, 15 giugno 1870. Terzi-Cassa Risparmio. Annali, V, 446.*

3. Non è obbligo dell'usciera sotto pena di nullità di enunciare nella relazione il nome del vicino di casa al quale consegnò gli atti da notificarsi o che si rifiutò di riceverli. — *Cass. Torino, 29 luglio 1870. Torre-Mathews. Mon. Trib. XI, 863.*

4. Commette nullità l'usciera il quale notificando una citazione non alla persona citata, ma ad un congiunto o familiare, omette di dichiarare che la citazione fu consegnata al congiunto o familiare, alla residenza, dimora o domicilio del convenuto.

Tale nullità però non riguarda che la notificazione. — *Cass. Firenze, 29 dicembre 1870. Bendinelli-Pannocchia. Annali, IV, 373. — Cass. Firenze, 29 aprile 1872. Sbolci-Vignozzi. Annali, VI, 177. — Cass. Firenze, 30 dicembre 1871. Castellani-Tommassini. Annali, VI, 22.*

5. Le dichiarazioni dell'usciera relative alla notificazione eseguita in persona domestica e nella di lei residenza si ritengono per veridiche sino a prova contraria. — *Cass. Torino, 19 gennaio 1871. Bettini, XXIII, 26.*

6. L'usciera per rilasciare l'atto di citazione al portiere o portinaio non ha bisogno di esprimere nella relazione la mancanza nella casa del notificando, dei suoi famigliari o dipendenti, quando il portinaio è un domestico addetto al servizio esclusivo del notificando. — *Appello Torino, 17 maggio 1871. Guasconi-De Bardi e Serzelli. Giurisprudenza, VIII, 394.*

7. La citazione notificata nella casa di residenza, o nel domicilio del notificando mediante la consegna dell'atto ad uno di sua famiglia o addetto alla casa o al servizio della medesima, è valida sebbene la relazione del-

l'usciera, pur contenendo la menzione generica di non avere egli potuto consegnarla alla sua stessa persona, non indichi specificatamente le ricerche fatte e le cause che resero impossibile la notificazione personale — *Appello Lucca*, 23 dicembre 1871. *Rela Nei Duranti—Grimaldi. Annali*, VI, 128. = *Contra: Appello Firenze*, 27 febbraio 1869. *Chiericoni—Turchini. Annali*, III, 194. — *Appello Roma*, 15 settembre 1871. *Castellani—Bianchi. Annali*, IV, 618.

8. Quando il citato non impugna che l'usciera siasi recato al suo domicilio e non avendolo quivi trovato abbia consegnato la copia della citazione o ricorso al suo domestico, non può accusare di nullità la notificazione solo perchè l'usciera abbia nel suo referto omessa la menzione di tale circostanza.

La sola omissione delle menzioni che deve fare l'usciera nel referto non induce nullità della citazione, ma tutt'al più la nullità della notificazione. — *Cass. Torino*, 18 gennaio 1872. *Pietrangeli—Sinibaldi e Arrighi. Annali*, VI, 66.

9. Quando l'usciera, notificando la citazione al domicilio del citato, rilascia la copia non nelle mani di lui medesimo, ma d'un terzo, deve esprimere nell'atto il motivo, altrimenti la citazione è nulla. — *Appello Venezia*, 1. agosto 1872. *Pubblico Ministero—Benvenuti, II. cc. Annali*, VI, 582. — *Appello Lucca*, 14 luglio 1872. *Comune di Castagneto—Dep. Prov. Pisa. Annali*, VI, 456. — *Appello Venezia*, 28 gennaio 1873. *Donati—Turbiglio. Mon. Giud. II*, 138.

10. La notifica di citazione al sindaco è nulla se non venne fatta all'ufficio comunale, salvo la citazione in persona propria del sindaco, ed è nulla altresì la notificazione della citazione se non apparisca il motivo pel quale l'usciera la ebbe a notificare a persona diversa dal citato. — *Appello Venezia*, 30 aprile 1873. *Fabrello—Comune di Asiago. Gior. dei Trib. II, n. 141.*

11. La citazione di un ente morale è validamente notificata col rilascio della copia nelle mani del suo rappresentante in qualunque luogo sia egli trovato dall'usciera.

Quando la citazione però non siasi potuta rilasciare alla persona stessa del rappresentante, essa deve notificarsi nella casa in cui l'ente ha la sua sede amministrativa e non esiste quindi notificazione se l'usciera siasi recato alla residenza particolare del rappresentante e quivi non trovato abbia consegnato l'atto a un di lui familiare o domestico. Questa nullità non è riparabile colla rinnovazione della notificazione. — *Appello Firenze*, 19 luglio 1873. *Sozzifanti—De Martino. Annali*, VII, 521. — *Cass. Torino*, 8 gennaio 1873. *Vinciguerra—Cola. Annali*, VII, 173.

12. Non è nulla la notificazione della sentenza e del successivo atto di precetto fatto al debitore se nella relazione dell'usciera manca il nome della domestica alla quale sarebbesi lasciato copia di questi atti. — *Appello Ancona*, 12 ottobre 1874. *Ricci—Tamagnini. Gior. dei Trib.*, III, n. 283.

13. È nullo l'atto di citazione notificato in uno dei modi sussidiariamente indicati da questo articolo, se l'usciera nella sua relazione non fa espressamente menzione di avere inutilmente sperimentate le altre forme di notificazione che hanno la precedenza. — *Cass. Torino*, 28 novembre 1874. *Seguini—P. M. di Milano. Mon. Trib.*, XVI, 37.

14. La relazione dell'usciera fa fede sino ad iscrizione in falso, o sino a prova contraria?

Dei fatti materiali, disse la giurisprudenza fino ad iscrizione in falso (*Cass. Napoli. Bettini*, XXII, 851), ma delle dichiarazioni proprie dell'usciera fino a prova contraria (*Appello Torino, Bettini*, XX, 859).

15. Non è necessaria la querela di falso contro un atto d'uscire per impugnare la regolarità della notificazione dell'atto stesso.

Perciò la parte può essere ammessa a provare che l'intimato non aveva casa nel luogo dove la notificazione fu fatta e che quindi l'uscire è caduto in errore. — *Cass. Napoli, 15 aprile 1875. Intendenza militare—De Martino: Legge, XV, 532.*

16. Vedi art. 145, sent. n. 20, 25, 26.

1. Prima di consegnare ad altri l'atto di citazione, l'uscire deve assicurarsi che la persona cercata non è in casa. E nulla la citazione se l'uscire non avesse fatto tale ricerca. (*Vedi Cass. Milano, 10 dicembre 1863. Gazz. dei Trib., 1862, 357.*)

Se è però necessario che si dica dall'uscire nell'atto di notificazione che la citazione non si poté notificare alla persona, non è necessaria una dichiarazione delle fatte ricerche.

Il dichiarare l'assenza momentanea equivale alla ricerca fatta. (*Appello Genova, 16 novembre 1858. Bettini, II, 878.*) — Borsari, *Comm.*

2. Se l'uscire si dirige principalmente alla casa di particolare residenza dell'amministratore e ivi lo rinviene, è regolare la citazione. Così fu deciso più volte in Francia in fatto di società anonima, benchè la sede della società fosse altrove. (*Cass. 26 maggio 1857 e 2 dicembre 1857. Montpellier, 17 agosto 1857, Colmar, 26 agosto 1857, Dalloz Rec., 1857, 1, p. 300.*) — Borsari, *Comm. quest. b.*

3. Se l'uscire non trova l'amministratore nella casa o stabilimento sociale, potrà dispensarsi dal ricercarlo nella casa di sua abitazione? No. — Borsari, *Comm., quest. b.*

4. Se il convenuto ha più centri d'affari che all'apparenza sembrano avere la stessa importanza, è valida la citazione recata all'uno od all'altro di tali apparenti domicili. — *Dalloz Rep. v. Exploit. n. 212. — Maleville, 1, p. 123. — Merlin, voc. Declinatoire. — Locré, Esprit du cod. civ., II, 213. — Arg. Borsari, Comm.*

5. È obbligo dell'uscire di mentovare nel verbale di notifica il nome del vicino o vicini che si ricusarono di accettare l'atto o di sottoscriverlo?

Crediamo che no. Ciò che sembra indispensabile si è il far ricordo dell'inutile esito delle usate diligenze. — Mancini, *Comm., II, CCLVII.*

6. Bisogna che la persona, a cui fu consegnata la copia della citazione, sia indicata o col suo nome o per le sue qualità, o pei suoi rapporti col citato, o almeno che sia fatta menzione della interpellazione che le fu diretta, come pure della sua risposta e del suo rifiuto. (*Cass. Francese 24 vent., anno XI; Dalloz, t. 14, p. 534, Sirey, t. 7, p. 817.*) — Carré, *quest. 362.* — Gargiulo, *Comm., p. 387.*

E concorde in giurisprudenza:

1. Che è inutile indicare il nome della persona, ma è indispensabile la menzione della sua qualità.

2. Che l'omissione della qualità, o la menzione di una qualità falsa non vizierebbe la citazione se la persona indicata aveva una delle qualità stabilite dalla legge.

3. Che non basta dire la qualità, ma è necessario esprimere i rapporti che ne risultano.

Due principj reggono la materia, dice il Chauveau (*sur Carré, quest. 362*):

1. È necessario che l'uscire consegni la copia a persona avente una delle qualità dalla legge determinate.

2. E mestieri che egli indichi la qualità di questa persona, cioè la natura dei rapporti che questa qualità stabilisce tra essa e il citato, o che almeno i termini di cui si serve per indicarla possano fornire il modo di assicurarsi della sua qualità.

Non è necessaria la menzione del nome della persona che riceve la copia, perchè non è già la sua individualità di cui la legge domanda la

constatazione, ma soltanto l'espressione dei suoi rapporti col citato. La menzione della qualità sarebbe però sufficientemente surrogata da quella del nome, se questo nome non possa essere attribuito che ad una persona la quale aveva realmente la qualità richiesta. Finalmente perchè è nella coabitazione col citato che la legge fa quasi sempre consistere la capacità a ricevere la citazione e non nella qualità della persona presa in modo assoluto, è questo fatto della coabitazione che deve dichiararsi nell'atto quando non contiene una designazione individuale.

7. È obbligo dell'uscire di consegnare la citazione alle persone indicate in questo articolo proprio nella casa ove coabitano col convenuto?

Borsari sta per l'interpretazione meno severa (*Vedi Comm.*).

Saredo invece richiede che la consegna sia fatta nella casa (*Istit.* 294) e con lui è il Gargiulo (*Comm.*, p. 386) il quale cita a suffragio della sua opinione la concorde giurisprudenza francese.

8. Quale è la persona incapace per età a ricevere un atto di citazione?

Dalloz insegnò che il consegnatario deve avere almeno 15 anni (*Rép. voc. Exploit.* n. 255), e così Carré deducendolo dall'art. 144 del cod. Napoleone (art. 236 C. P. C.) che esclude dal testimoniare i minori di anni quindici (*Quest.* 359, *nota*).

Mancini suggerisce di lasciare in arbitrio del giudice il vedere se sia il caso di annullare l'atto. (*Comm.*, II, n. CCLII).

9. Se la società è sciolta a chi si notificherà la citazione?

Il Chauveau reca due decisioni della Corte di Parigi, l'una delle quali stabilisce che in tal caso la notifica della citazione è bene eseguita alla persona del liquidatore (*Arr. 12 déc. 1810, J. Av.*, t. 21, p. 256); l'altra acconsente potersi fare alla persona o domicilio di quello fra i soci che è personalmente obbligato al debito (*Arr. 11 sept. 1811, J. Av.*, t. 13, p. 179).

Mancini (*Comm.* II, n. CCXLVI) non è di questo avviso. Una società in liquidazione non può dirsi disciolta.

10. « L'avviso prescritto dal sesto capoverso dell'art. 139 del codice di procedura deve contenere l'indicazione del nome e cognome dell'attore e del convenuto, dell'autorità davanti la quale il convenuto è citato, e la firma dell'uscire ». — Art. 186 *reg. gen. giud.*

11. Quanto all'interpretazione della parola *vicino*, così Borsari come Saredo accolgono il criterio di Favard de Langlade che vicini sono coloro le cui abitazioni sono così prossime da permettere loro di vedersi probabilmente ogni dì. Di questo avviso è pure lo Chauveau (*sur Carré, quest.* 368).

12. Carré ritiene che sia obbligo dell'uscire di non consegnare la copia al sindaco, se non dopo aver cercato un vicino fino ad una certa distanza e constatata questa ricerca.

Questa opinione mi sembra consuoni anche col testo del nostro articolo, poichè nell'ultimo alinea vi è detto che la consegna della copia al sindaco avverrà « se il portinaio o i vicini non vogliano o non possano accettare la copia e sottoscrivere l'originale ».

Chauveau crede (*sur Carré, quest.* 368) che il voto della legge sia abbastanza soddisfatto quando l'uscire si sia rivolto al primo vicino, e con lui è Pigeau (*Comm.*, t. I, p. 193).

13. Equivale ad elezione di domicilio l'indicazione fatta in un effetto commerciale del luogo in cui deve farsi il pagamento ed a questo luogo sono perciò validamente notificati gli atti aventi per iscopo di far conseguire il pagamento. — Chauveau in Carré, *quest.*, 365 *bis*.

Art. 40 c. p. c.; 49 c. c.

140. Quando il convenuto abbia eletto domicilio, con indicazione della persona o dell'ufficio, la citazione può essere notificata alla persona o all'ufficio presso cui fu eletto il domicilio, osservate nel resto le disposizioni dell'articolo precedente.

Se la persona presso cui fu fatta l'elezione di domicilio fosse quella a cui istanza si fa la citazione, o se fosse morta la per-

sona, o fosse cessato l'ufficio presso cui ebbe luogo l'elezione, la citazione si eseguisce come se l'elezione non fosse stata fatta.

1. Quando in una convenzione le parti elessero domicilio in un dato luogo per la notificazione degli atti giudiziali, è validamente notificato a quel domicilio anche il ricorso per cassazione.

Quando nell'elezione di domicilio siasi indicato il luogo di abitazione della persona presso cui si elegge, la notificazione è legale anche se fatta in altra contrada ove la persona siasi trasferita. — *Cass. Torino, 21 dicembre 1866. Ferrovia Umbro-Aretina—Sacuto. Annali, I, 221.*

2. L'elezione di domicilio per l'esecuzione di un atto se non è cambiata per reciproco consenso delle parti, continua ad avere i suoi effetti anche dopo la morte della persona presso la quale fu fatta. — *Cass. Palermo, 20 marzo 1861. Annali, I, 370.*

3. Non può farsi la notificazione della citazione al domicilio eletto in una iscrizione ipotecaria. — *Appello Napoli, 25 ottobre 1867.*

4. Nè per la morte del debitore principale, nè per quella di colui presso il quale si elesse il domicilio, varia la competenza, del giudice del luogo nel quale si elesse espressamente domicilio in un contratto. Questi fatti sono influenti unicamente sulle regole della citazione, essendo sancito che morto il debitore e colui presso del quale fu eletto il domicilio, corre l'obbligo al creditore di eseguire la citazione nel domicilio reale. — *Cass. Firenze, 2 settembre 1868. Annali, II, 325.*

5. L'elezione del domicilio è limitata a quel solo giudizio nel quale fu fatta.

L'elezione del domicilio fatta per gli atti della causa principale non ha effetto per la notificazione degli atti esecutivi. Quindi è nulla la notificazione del precetto se sia fatta al domicilio eletto nella causa principale e sono nulli tutti gli atti consecutivi. — *Cass. Torino, 6 dicembre 1874. Bartolini—Pedroni. Annali, VI, 136.*

6. Tuttochè la parte abbia eletto domicilio, non è per altro vietato di far eseguire le citazioni e notificazioni personalmente alla parte stessa. — *Cass. Torino, 2 febbraio 1872. De Choisy—Ministero interni. Annali, VI, 137. — Appello Genova, 16 ottobre 1867.*

1. Si discute tuttavia se possa farsi la notificazione alla residenza o al domicilio reale, quando vi ha elezione di domicilio. Prevalle l'opinione affermativa per la quale stanno: Saredo, *Istit.*, 295 - Borsari, *Comm.*, I, 211 - Chauveau, *quest.* 365 bis - Dalloz, *loc. Exploit.*, sez. 2., art. 2, t. 14, p. 491 - Boncenne, t. 1, p. 58, n. 52.

2. Notificata la citazione alla persona, la competenza locale è determinata dal suo domicilio reale o da quello di elezione?

Nella ipotesi semplice di un domicilio eletto, senza designazione del tribunale, al quale si intendono sottoporre dalle parti le questioni, Borsari (*Comm.*) ritiene che l'attore sia libero di preferire a tutti gli effetti, il domicilio reale quand'anche l'elezione sia stata fatta nello interesse del convenuto. In questo caso invece è di opinione diversa il Saredo (*Istit.*, 296) che ritiene che la questione di competenza sia regolata dal domicilio elettivo. (Vedi anche Mancini, *Comm.*, II, n. CCLXXIV).

141. Chi non ha domicilio, residenza, o dimora conosciuta, è citato mediante:

Affissione della copia alla porta esterna della sede dell'autorità giudiziaria, davanti la quale si propone la domanda;

Art. 64, 105 seg. c. p.
180, 186 reg. giud.

Inserzione di un sunto della citazione nel giornale degli annunzi giudiziari;

E consegna di una copia della citazione stessa al ministero pubblico presso il tribunale civile nella cui giurisdizione siede la detta autorità.

1. La citazione per editto non è legale ove i citati non sieno assenti od ignoti. — *Cass. Napoli, 29 maggio 1866. Gattola—Aposite. Bettini, XVIII, 404.*

2. Nelle citazioni a norma di questo articolo il termine a comparire non comincia a decorrere che dalla data in cui dall'attore siasi eseguito il complemento di tutte le formalità ivi prescritte. — *Appello Cagliari, 22 ottobre 1867. Peraldo—Urzatti. Annali, I, 356.*

3. Poichè la citazione nella forma di questo articolo non può farsi se non quando non solo è ignota la residenza, ignota la dimora, ma anche è ignoto il domicilio, e il domicilio d'origine non s'intende abbandonato se non nei casi e nei modi determinati dalla legge (art. 17 C. C.) così finchè non è data la prova di alcuno dei fatti inducenti l'abbandono del domicilio d'origine, la citazione nella forma di questo articolo è nulla. — *Cass. Torino, 30 dicembre 1867. Giurisprudenza, V, 171.*

4. La citazione o il precetto è validamente notificata a chi non ha domicilio, residenza o dimora conosciuta nel regno mediante affissione della copia alla porta esterna del tribunale: però il citato o notificato è in diritto di dimostrare la erroneità delle dichiarazioni fatte dall'uscieri ai riguardi del domicilio, residenza o dimora che gli ha attribuita; per altro la prova deve essere diretta, non meramente congetturale o indiziaria, e deve inoltre colpire il tempo preciso in cui ebbero luogo le indagini dell'uscieri. — *Appello Casale, 18 gennaio 1868. Giurisprudenza, VII, 186.*

5. Quando l'uscieri non ha potuto conoscere il domicilio, la residenza o la dimora di colui, cui deve notificare un atto determinato, l'intimazione di quest'atto è valida se, constando di ciò, l'uscieri siasi conformato alle prescrizioni di questo articolo. — *Cass. Napoli, 12 dicembre 1868. Gazz. del Proc. IV.*

6. È nulla la citazione fatta nella forma di questo articolo quando il citante poteva conoscere il domicilio o la residenza o la dimora del citato. — *Appello Napoli, 23 aprile 1869. D'Asten—Geisser. Gazz. del Proc., IV, 178.*

7. È ammissibile la deduzione a notorio che il citato aveva la sua residenza in un determinato luogo. — *Cass. Torino, 20 maggio 1869. Giurisprudenza, VI, 514.*

8. È nulla la citazione fatta nelle forme di questo articolo per le persone non aventi domicilio, residenza o dimora conosciuta, se l'uscieri non fa constare dall'atto di aver praticate le opportune indagini per accertarsi se realmente la citazione dovesse in tal modo eseguirsi. — *Appello Torino, 1 luglio 1870. Gattiglia—Accino. Giurisprudenza, VII, 546.*

9. La citazione nella forma di questo articolo non è nulla sol perchè l'uscieri non abbia dichiarato nell'atto di aver fatto indagini sul domicilio, sulla residenza e dimora del citato.

Ritiensi che egli abbia fatto tali indagini quando l'uscieri nella sua relazione dichiarando l'antecedente residenza del citato, soggiunge essersi questo reso di domicilio, residenza e dimora ignoti; massime se l'uscieri mancava di ogni elemento che servir potesse di guida per rinvenire il citando.

Tanto meno può dirsi nulla la citazione se il citato impugnando la

sentenza contumaciale contro lui pronunciata, non dimostra e nemmeno allega dove egli avesse domicilio, residenza o dimora. — *Appello Torino*, 28 aprile 1871. *Bosco—Chiabodo. Bettini*, XXIII, 300.

10. Si per la legge di Francia, come per la nostra la citazione dello straniero intendosi regolarmente compiuta nel giorno in cui una copia di essa è stata dall'usciera notificata al Pubblico Ministero del luogo in cui siede l'autorità giudiziaria davanti alla quale il citato è chiamato a comparire, e però questi non può gravarsi di aver ricevuto notizia della citazione dopoch'era già decorso il termine assegnato a comparire, anzi dopo la prolazione stessa della sentenza. — *Cass. Torino*, 6 ottobre 1871 *Deyres—Trabucco. Mon. Trib.* XII, 882

11. Trattandosi di notifiche di atti di citazione ed atti equiparati (ricorso per cassazione, ecc.) non è permesso prescindere dalle forme generali e far uso delle forme speciali di notifica senza la prova degli estremi di fatto che a ciò autorizzano.

Epper ciò è nullo il ricorso in cassazione notificato nelle forme prescritte per le persone di ignoto domicilio o dimora quando non consti di alcuna previa indagine praticata dal ricorrente.

Tale nullità non è sanata dalla comparizione della parte avversaria quando essa ha luogo dopo che è spirato il termine legale pel ricorso e la comparizione non è fatta per deliberare sul ricorso, ma per produrre semplici note, per assodare la illegalità della notifica e la conseguente inammissibilità del ricorso. — *Cass. Torino*, 17 dicembre 1873. *Vivenza—Rey-Savina. Gior. dei Trib.*, III, n. 43.

1. Avanti a qual tribunale si portano le azioni personali contro coloro che non abbiano domicilio, residenza o dimora conosciuta?

Costoro devono ritenersi nella condizione dello straniero e quindi l'attore potrà proporre l'azione al foro del proprio domicilio. *Mancini, Comm.*, II, n. CCLXXXI.

Il Gargiulo (*Comm.*, 392) pensa che per analogia all'art. 107 la citazione debba farsi a comparire avanti il giudice del luogo dell'esecuzione del contratto, e quando questo manchi, allora soltanto sia libero l'attore di citare il convenuto al foro del proprio domicilio. Ed io mi associo a tale opinione trovando giustissima l'analogia coll'art. 107.

2. « Nel sunto dell'atto di citazione prescritto dal secondo capoverso di questo articolo, deve contenere l'indicazione del nome e cognome dell'attore e del convenuto, dell'autorità davanti la quale il convenuto è citato, e la firma dell'usciera. » — *Art. 186 reg. gen. giud.*

3. Alla notificazione delle sentenze si estende ancora la disposizione di questo articolo. Ciò fu ritenuto in Francia dalla Cassazione 3 dicembre 1844, nov. 1837; Parigi, 15 giugno 1843. — *Gargiulo, Comm.*, p. 392.

142. Chi non ha residenza, domicilio, o dimora nel regno è citato nel modo stabilito dall'articolo precedente. Il ministero pubblico trasmette la copia dell'atto di citazione al ministro degli affari esteri.

Art. 187 reg. giud.

Quando abbia nello Stato un procuratore generale può essere citato nella persona di questo.

1. La citazione notificata al mandatario della persona contro la quale è diretta senza che concorrano gli estremi di questo articolo è nulla. Tale nullità non è sanata neppure colla comparizione. — *Cass. Firenze* 12 maggio 1873. *Scarfantoni—Ciantelli. Gior. dei Trib.*, II, n. 144.

2. Non è nulla la citazione notificata colle forme dell'art. 141 se il P. M. non trasmette la copia della citazione diretta allo straniero al ministro degli esteri. — *Appello Bologna, 23 dicembre 1873. De Farnaz e Comp.—Dalla Noce. Mon. Giud., III, 367.*

1. « Nei casi indicati dagli art. 142 e 143 del codice di proced. l'uscieri deve unire alla copia dell'atto di citazione da consegnarsi al M. P., una nota contenente l'indicazione del tribunale davanti il quale la persona citata deve comparire, il nome e cognome e la residenza dell'attore e del convenuto, con designazione, ove il secondo sia militare, del corpo cui appartiene,

« Questa nota è dal M. P. trasmessa insieme alla copia dell'atto di citazione al ministro degli affari esteri o, secondo i casi, al comandante militare del circondario o a quello del dipartimento marittimo ». — *Art. 187 reg. gen. giud.*

2. Allorquando, prevalendosi della facoltà accordata dal capoverso di questo articolo si cita in giudizio il procuratore generale del convenuto, non si dovranno seguire le pratiche stabilite dall'articolo medesimo, ma si le comuni ed ordinarie.

Il foro dovè risiede il procuratore sarà poi competente a decidere di tutte le azioni personali o reali mobiliari promosse contro lo straniero. — *Borsari, Comm., I, p. 213; Gargiulo, Comm., p. 393.*

Art. 187 reg. giud.

143. I militari in attività di servizio nell'armata di terra o di mare, e le persone assimigliate per legge ai medesimi, se non siano citati in persona propria, devono citarsi nel luogo della residenza o del domicilio a norma degli articoli 139 e 140; in questo caso una copia della citazione è consegnata al ministero pubblico presso il tribunale civile, nella cui giurisdizione siede l'autorità giudiziaria, davanti la quale è promossa la causa.

Il ministero pubblico trasmette la copia rispettivamente al comandante militare del circondario, o al comandante del dipartimento marittimo, in cui ha sede la detta autorità giudiziaria.

1. La disposizione di questo articolo concernente la citazione dei militari in attività di servizio deve osservarsi anche nel caso di notificazione ad essi di sentenze. — *Cass. Torino, 17 gennaio 1868. Fasce—Bodda, II, cc. Mon. Trib., IX, 557.*

2. Vedi art. 142, nota n. 1.

144. Nei casi indicati nei tre articoli precedenti la citazione produce il suo effetto, quando l'attore abbia adempiute le formalità a lui imposte.

Nei casi medesimi l'autorità giudiziaria, presso cui è il ministero pubblico, non può, se non dopo d'averlo sentito, pronunciare in contumacia del convenuto.

Nelle cause commerciali trattate dinanzi ai tribunali civili, non è applicabile il disposto dell'articolo 144, pel quale, ove il convenuto citato colle forme dell'art. 141 sia contumace, deve sentirsi il P. M. — *Cass. Firenze, 1 agosto 1873. Troyse—Barba-Villa. Legge, XIII, n. 95.*

145. La citazione è nulla:

1. Se manchi una delle sottoscrizioni richieste dagli articoli 133, 134, 135 e 139;

2. Se per la inosservanza delle altre norme stabilite dagli articoli 133 e 134 vi sia incertezza assoluta sulle persone, o sull'oggetto della domanda, o sul termine a comparire, o sull'autorità giudiziaria davanti cui è promossa la causa;

3. Se siansi violate le norme stabilite dagli articoli 135, 136, 137, 138, 139 e 140 riguardo alla persona che deve essere citata, o a quella cui deve essere consegnata la copia;

4. Se siansi violate le norme stabilite dagli articoli 140, 141, 142 e 143 per l'affissione dell'avviso o della copia, oppure per il deposito o per la consegna della copia.

Quando la nullità riguarda soltanto la notificazione dell'atto, la citazione è nondimeno efficace ad impedire ogni decadenza di diritto o di termini, purchè sia rinnovata nel nuovo termine da stabilirsi nella sentenza che ne pronunzia la nullità.

Art. 56, 134, 135, 153
190, 192, 486, 525 c. p. c.
2128 c. c.

1. Il rimedio del rinnovamento della notificazione indotto dall'art. 145 alinea ultimo ha luogo solo quando la notificazione contenga un semplice vizio di forma, non quando sia stata eseguita in persona diversa da quella a cui doveva esser fatta. — *Cass. Torino, 26 giugno 1866. Bollo—Rossi. Annali, I, 78.*

2. La mancanza di data non induce la nullità della notificazione di un atto, quando alla parte che ne muove lamento, non resti impedito di provvedere tempestivamente alla propria difesa. — *Appello Perugia, 20 settembre 1866. Bonelli—Bonelli. Annali, I, 262.*

3. La mancanza della doppia firma dell'uscieri sotto l'atto di citazione e la relativa notificazione non induce nullità quando l'uscieri notificante è quel medesimo che ha disteso l'atto e che ha apposto la sua firma in calce del verbale di notificazione. — *Appello Lucca, 4 agosto 1866. Della Longa—Spinola. Annali, I, 96.*

4. Il vizio che induce la nullità della citazione basta che esista nella copia rimessa alla parte, per quanto fosse l'originale interamente esatto.

È assoluta ed irreparabile la nullità dell'atto di citazione la cui copia notificata alla parte manca della sottoscrizione dell'uscieri ed è quindi irricevibile l'appello in esso proposto, ove sia decorso il termine ad appellare. — *Appello Perugia, 27 marzo 1867. Bellucci—Municipio di Giove. Annali, II, 178.*

5. Non è nulla quella citazione in via sommaria che non indichi il giorno preciso dell'udienza, ma intimi il convenuto a comparire alla prima udienza dopo scaduto il termine legale a comparire assegnato in citazione. — *Appello Genova, 24 maggio 1867. Dassori—Badino. Annali, II, 22.* — *Appello Casale, 7 luglio 1868. Rossi—Congregazione Carità di Pedrenga. Annali, II, 457.*

6. L'omissione nella copia notificata della citazione d'appello della indicazione del giorno, mese ed anno della notificazione costituisce tale vizio che non può essere sanato neppure colla comparizione dell'appellato. Trattandosi però in questo caso di vizio concernente la sola notificazione e non quindi imputabile all'attore, ma all'uscieri, è applicabile l'ultimo capoverso dell'articolo. — *Appello Milano 26 marzo 1868. Lodigiani—Corsini. Mon. Trib., IX, 368.*

7. Nelle cause in cui è richiesto il ministero di procuratore è nulla la citazione se non ne contiene il nome.

Tale nullità non è di quelle sanabili per non essere state opposte nella prima comparsa e neppure colla comparizione del citato (art. 190).

Neppure tale nullità è sanabile colla posteriore costituzione di procuratore, notificata alla controparte, perchè le sole omissioni delle citazioni che l'art. 158 ammette a riparare sono quelle della dichiarazione di residenza o dell'elezione o dichiarazione di domicilio. — *Appello Milano, 2 aprile 1868. Cova, ll. cc.—Parravicini. Mon. Trib., IX, 417.*

8. Non può parlarsi di inammissibilità dell'appello per mancanza di data nella copia della citazione, nè di ristrettezza del termine assegnato a comparire quando dalla data esistente nell'originale apparisca che l'appello fu a tempo interposto e che il termine assegnato è quello legale. — *Appello Brescia, 11 agosto 1868. Baroni—Ghezzi. Annali, II, 511.* — *Appello Firenze, 23 luglio 1868. Levi—Banca d'Industria. Annali, II, 511.* — (Questa giurisprudenza è vivamente censurata dalla Direzione degli *Annali*, in nota. II, 511).

9. Non è nulla una citazione per divisione di eredità, laddove nella stessa siasi ommesso alcuno degli eredi, o non sia stato ritualmente citato. — *Appello Napoli, 14 novembre 1868. Gargiulo, Comm.*

10. Non è nulla la citazione perchè dall'uscire non sia stato indicato il giorno preciso dell'udienza in cui dovea comparire il citato, quando l'uscire stesso se ne sia riferito al decreto del presidente con cui si fissava tale udienza e che era da lui letteralmente trascritto nell'atto stesso della citazione. — *Appello Firenze, 20 marzo 1869. Salle, ll. cc.—Mochi. Annali, III, 92.*

11. Le parole « la notificazione dell'atto » dell'ultimo capoverso di questo articolo significano quella parte della citazione che è opera esclusiva dell'uscire nel notificare l'atto, la di cui inosservanza non è imputabile all'attore e che comprende pur anche e più specialmente la data.

Questa disposizione si applica anche alla citazione d'appello.

La distinzione dell'atto di citazione in due parti, l'una opera della parte, l'altra dell'uscire, deriva dalla stessa natura dell'atto che deve contenere formalità nelle quali l'attore può e altre nelle quali non può aver parte. — *Cass. Torino, 28 maggio 1869. De Benedetti—Grassi, ll. cc. Mon. Trib., 691.*

12. È una nullità che riguarda soltanto la notificazione della citazione la mancanza di data nell'esemplare consegnato al convenuto, quando risulti dall'altro esemplare della controparte. — *Appello Brescia, 24 agosto 1869. Lazzari—Municipio di Collio, ll. cc. Mon. Trib., X, 868.*

13. Alla nullità della citazione per mancanza d'indicazione del procuratore si rimedia coll'elezione di domicilio presso un procuratore. — *Appello Firenze, 17 marzo 1870. Cecchi—Martinetti. Annali, IV, 471.*

14. È nulla la citazione se la copia notificata manca della firma dell'uscire, quantunque essa esista nell'originale, e tale nullità tocca la sostanza dell'atto. — *Appello Torino, 22 aprile 1870. Chiapusso—Rabagliati. Giurisprudenza, VII, 467.*

15. Non è nulla la citazione in giudizio sommario in cui non sia indicato il procuratore dal quale vorrà essere rappresentata la parte quando però vi sia l'elezione di domicilio nell'ufficio di un designato procuratore esercente presso l'autorità giudiziaria avanti cui è introdotta la causa. — *Appello Genova, 16 luglio 1870. Musso—Bonello. Gazz. dei Trib., 1870. n. 51.*

16. La nullità della citazione, derivante da incertezza sulle persone, è pure applicabile alla persona del procuratore.

Però l'incertezza deve essere assoluta, e non sarebbe tale quando nella copia dell'atto di citazione si trovi indicato per mezzo di timbro a secco il nome e cognome del procuratore, tanto più se entro il termine fissato al convenuto per comparire, il procuratore dell'attore fece la sua costituzione.

La nullità della citazione derivante dalla mancanza della dichiarazione di residenza e di elezione di domicilio e della costituzione di procuratore è sanata se tale costituzione e dichiarazione vengono fatte prima che scada il termine della citazione. — *Appello Torino*, 13 febbraio 1871. *Riffero—Riffero. Giurisprudenza*, VIII, 282.

17. È nulla la citazione a comparire quando sulla copia sia nominato un giorno senza numero del mese entrante. — *Cass. Napoli*, 19 giugno 1871. *Tagliavia—Cetti. Bettini*, XXIII, 485.

18. L'omessa indicazione nell'atto d'appello in causa formale del nome del procuratore dell'appellante non è causa di nullità dell'atto quando consti dagli atti del giudizio che il procuratore dell'appellato ebbe altrimenti cognizione della persona costituita dall'appellante in suo procuratore.

La prova di una tale cognizione si ha dal fatto di avere il procuratore dell'appellato intestata la comparsa di sua costituzione in giudizio con indicazione del nome del procuratore avversario e fatta notificare a questi la comparsa medesima e sollevato poi in confronto dello stesso l'incidente di nullità della citazione. — *Cass. Torino*, 29 luglio 1871. *Maio—Savacco. Il. cc.—Savacco. Il. cc. Mon. Trib.* XII, 910.

19. L'omissione in un atto di citazione del nome del procuratore non è motivo di nullità quando la citazione sia stata firmata da un avvocato in tale sua qualità. — *Appello Venezia*, 19 dicembre 1871. *Frigo e Vaccari—Curti. Il. cc. Legge*, XII, n. 17.

20. Questo articolo capoverso allude a quella parte della notificazione che è opera esclusiva dell'uscieri, e la cui osservanza non è imputabile a colpa dell'attore.

Quindi se l'uscieri attesta nella relazione di notificazione di aver consegnato l'atto al domestico della parte da citare, senza aggiungere nè dove ciò fosse seguito, nè se prima avesse fatto ricerca della parte stessa, come sarebbe stato suo dovere, se anche ciò importasse nullità, questa non colpirebbe che la notificazione, la quale può essere rinnovata.

Quando però il controricorrente in cassazione adduce che l'uscieri non cercò in fatto della persona di esso opponente, e che l'atto non venne notificato nella di lui casa, egli ha diritto, ove tali allegazioni risultino vere, di far respingere il ricorso come tardivamente notificato. — *Cass. Torino*, 18 gennaio 1872. *Pietrangeli—Sinibaldi. Mon. Trib.*, XIII, 147.

21. La citazione in appello è nulla (il rito era formale) se non contiene l'indicazione del nome del procuratore. Se la elezione di domicilio presso un procuratore può ritenersi come nomina, non è così di quella presso un avvocato. — *Appello Firenze*, 12 marzo 1872. *Palmi—Bianchini. Annali*, VI, 219.

22. Quando nel contesto della citazione sono nominativamente indicati tutti gli appellanti, e questi concorsero tutti nel rilasciare il mandato, non havvi ambiguità nè incertezza nella persona perchè l'uscieri abbia usato nella citazione la parola *consorti* seguita dal nome del casato a tutti gli appellanti comune. — *Appello Venezia*, 30 aprile 1872. *Millich—Cristofolotti. Il. cc. Mon. Giud.*, I, 528.

23. L'indicazione del giorno dell'udienza nei procedimenti sommari non è parte dell'atto di citazione, ma sibbene dell'atto di notificazione.

Quindi sebbene nella copia della citazione rilasciata al citato si trovi indicato l'anno ed il giorno, ma non il mese, la citazione è non pertanto efficace ad impedire ogni decadenza di diritto e di termini, salvo l'obbligo di rinnovarla.

Se il citato sia comparso non si fa luogo nemmeno a tale rinnovazione. — *Cass. Torino, 1 maggio 1872. Ferrari—Ferrari. Annali, VII, 78.*

24. Non è nulla la citazione a comparire alla futura udienza d'un dato giorno e mese, se manca l'indicazione dell'anno. Devesi intendere designato l'anno che corre. — *Appello Firenze, 8 luglio 1872. Baldasserini—Dei. Gior. delle Leggi, IV, n. 13.*

25. L'aver l'usciera rilasciato l'atto di citazione in luogo diverso da quello nel quale avrebbe dovuto rilasciarsi (per esempio, nella casa d'un sindaco ad un suo servo, anziché al municipio all'impiegato incaricato a riceverlo) costituisce nullità della notificazione, non però della citazione. — *Appello Venezia, 30 aprile 1873. Comune di Asiago—Fabrello. Annali, VII, 358.*

26. Non è vizio di notificazione ma è nullità di citazione se la copia di questa sia stata dall'usciera rilasciata agli abitanti di una casa nella quale il citato non aveva nè domicilio, nè residenza, nè dimora. Quindi la citazione non vale ad impedire la decadenza di diritto o di termini e la sua nullità non è riparabile colla rinnovazione della notificazione.

È dovere della parte che trasmette la citazione di indicare all'usciera il luogo in cui deve farsene la notificazione. Non può dirsi pertanto che sia errore dell'usciera riparabile colla rinnovazione della notificazione, l'aver esso rilasciata la copia della citazione in un luogo in cui non poteva essere legalmente notificata. — *Cass. Torino, 17 luglio 1873. Leoni—Odero. Annali, VII, 402.*

27. Non è nulla la citazione notificata in un solo esemplare a varie persone che si credevano rappresentanti di un corpo morale, se invece una sola lo era.

Non importa nullità di citazione, specialmente in causa a procedimento sommario, il difetto di offerta di comunicazione di nuovi documenti da introdursi in grado d'appello. — *Appello Venezia, 25 ottobre 1873. Consorzio campagna vecchia superiore—Consorzio campagna vecchia inferiore. Bettini, XXV, 719.*

28. È nulla la citazione d'appello in cui sia espresso il nome del procuratore e non quello dell'appellante. L'appellato che comparisca sana la nullità della citazione a lui fatta sebbene il fine della sua comparizione sia stato di dedurne la nullità. — *Cass. Firenze, 1 dicembre 1873. Borsatti—Lazzaro. Gior. dei Trib., III, n. 69.*

29. La mancanza di data nell'esemplare dell'atto di citazione notificato al convenuto a processo sommario non infirma gli effetti della citazione. — *Appello Venezia, 8 gennaio 1874. Bonfini—Cristini. Gior. dei Trib., III, n. 95.*

30. La comparizione del citato sana bensì tutte le nullità provenienti da vizio di notificazione della citazione, ma non quelle derivanti da causa diversa.

Sotto doppio aspetto si può impugnare la citazione per mancanza di data: o perchè la notificazione venne fatta dopo trascorso il termine, e in tal caso la nullità è insanabile; o perchè non si accusa che la mancanza di data senza accennare a notificazione estemporanea, ed in tal caso si può applicare il capoverso di questo articolo non nel senso di far rinnovare la citazione, ma per dichiarare senz'altro che colla seguita comparizione la irregolarità venne sanata. Perciò in mancanza di dichiarazione

dell'appellato che la notificazione della citazione sia stata tardiva, non si può, sulla semplice allegazione di mancanza di data, pronunciare la decadenza. — *Cass. Torino, 14 gennaio 1874. Simula—Bruno. Gior. dei Trib., III, n. 92.*

31. La formalità di indicazione del nome del procuratore voluta dall'art. 134, n. 6, tende a far conoscere al convenuto il rappresentante a cui notificare occorrendo tutti gli atti di istruzione che si notificano per comparsa da procuratore a procuratore.

Nessuna di tali notificazioni diretta a proseguire il giudizio occorrendo in causa sommaria, il convenuto non ha interesse a querelare il difetto dell'omessa indicazione nella citazione del nome del procuratore dell'attore.

Ed anche in causa formale l'omissione non nuoce quando il citato non ne risenti pregiudizio. — *Appello Modena, 6 febbraio 1874. Chiesa di Gualtieri—Demanio. Mon. Trib., XV, 875.*

32. Se la incertezza assoluta dell'autorità giudiziaria dinanzi a cui è promossa la causa e che produce nullità della citazione può verificarsi nelle citazioni che danno vita ai giudizj di primo grado, non può ammettersi nei giudizj d'appello, essendo i gradi della gerarchia giudiziaria stabiliti esattamente dalla legge.

In ispecie, la citazione in appello dalla sentenza di un tribunale della circoscrizione della Corte d'Appello di Roma, contenente la chiamata a comparire avanti il Tribunale Civile di Roma in grado d'appello deve considerarsi come una semplice innavvertenza dell'usciera che non importa incertezza alcuna sull'autorità giudiziaria innanzi a cui la parte è chiamata a comparire, dovendosi intendere che la citazione mirava alla Corte d'Appello di Roma. — *Cass. Firenze, 9 febbraio 1874. Ciavoletti—Catani. Legge, XIV, 985.*

33. La nullità della citazione per la mancanza della firma dell'usciera riflette la citazione stessa non la notificazione, per cui non varrebbe a sanare il difetto neppure la comparsa della parte se in giudizio d'appello. — *Appello Venezia, 10 aprile 1874, Guarnieri—Alpago. Eco dei Trib., XXIV, 714. — Cass. Firenze, 8 febbraio 1875. Alpago—Guarnieri. Annali, IX, 76. — Appello Torino, 22 aprile 1870. Chiapusso—Rabagliati. Giurisprudenza VII, 467.*

34. Non è nulla la notificazione d'una sentenza esecutiva nella cui data l'usciera abbia omessa l'indicazione del mese.

Non essendosi tassativamente stabilita la nullità della citazione per omissioni avvenute nella indicazione della data, non potrebbesi desumerne la nullità, senonchè o dal n. 2 dell'art. 145 o dal capoverso primo dell'art. 56, ma non si può dedurre dal n. 2, perchè non v'è incertezza nelle cose ivi contemplate, nè dall'art. 56 se non nel caso in cui dal dì della notifica avesse a decorrere un termine a comparire. — *Trib. di Venezia, 28 maggio 1874. Piscutti—Perosa. Gior. dei Trib., III, n. 187.*

35. Non è nullo l'appello per mancanza d'indicazione del procuratore. — *Cass. Napoli, 14 luglio 1874, Pilò—Lucà. Gior. dei Trib., III, n. 223.*

36. È nulla la citazione se l'esemplare notificato porta bensì la firma dell'usciera in seguito al contesto dell'atto, ma essendo questo redatto in modo da tenere distinta l'esposizione del fatto e della domanda dall'atto di vera e propria notificazione, a questo la firma suddetta non si trovi apposta.

Nè importa che tale difetto non si riscontri nell'esemplare della citazione rimasto nelle mani dell'attore. — *Appello Milano, 27 ottobre 1874. Pacchiarini—Del Majno. Mon. Trib., XV, 1096.*

37. Specialmente in giudizio formale è necessario che la citazione contenga il nome del procuratore dal quale l'attore intenda farsi rappresentare, sotto pena di nullità.

La dichiarazione contenuta nella citazione di eleggere domicilio presso una persona che abbia ufficio di procuratore, non è sufficiente per far intendere che si voglia esser da quello rappresentato in causa.

La comparizione dell'appellato per chieder la dichiarazione di nullità della citazione e di passaggio in giudicato della sentenza impugnata, non può sanare la nullità quando sia stata dedotta dopo trascorso il termine per interporre nuovo e valido appello. — *Appello Lucca, 4 dicembre 1874. Tozzi-Pini—Maccheroni. Mon. Giud., IV, n. 16.*

38. Vi è incertezza assoluta prevista dal n. 2 di questo articolo in una citazione di appello, la quale, riportato il dispositivo della sentenza da cui si intende appellare, dica che il citante se ne duole perchè i motivi non sono fondati nè in ragione, nè in legge, ma non indichi per quali motivi intende doversi modificare la sentenza del primo giudice, tanto più se si pretende accusare la stessa di nullità.

Non è nulla una citazione d'appello notificata in un solo esemplare al comune procuratore costituito già nel primo giudizio quale unico rappresentante di più fratelli insieme convenuti per l'esercizio di un'azione indivisibile. — *Appello Venezia, 15 dicembre 1874. Zanoni—Chiarelli. Gior. dei Trib., IV, n. 54.*

39. Vi ha nullità della citazione per assoluta incertezza intorno al termine per comparire, se la indicazione relativa, o quella del giorno del l'udienza fissa, pur trovandosi nell'originale, manchi affatto nella copia notificata. — *Appello Milano, 8 giugno 1875. Confalonieri—Bolich. Mon. Trib., XXI, 693.*

40. Quando la copia dell'atto di citazione intimata alla parte manchi della firma dell'uscieri, se questa si trovi nell'originale, la nullità della citazione concernendo solo la notificazione, è ammessa allora la rinnovazione della citazione per gli effetti di cui al capoverso di questo articolo. — *Appello Milano, 1 maggio 1875. Dassi—Rivolta e Belcredi. Legge, XV, 570.*

41. Nel procedimento formale non è necessario che la citazione contenga l'assegnazione a comparire entro un determinato numero di giorni ma basta che l'attore citi il convenuto a comparire nel termine legale:

Appello Napoli, 21 gen. 1866. Campagna—Caracciolo. Annali, I, 356.

Cass. Firenze, 18 marzo 1868. Piccioli—Falciani e Picci. Annali, II, 8.

Cass. Napoli, 6 giugno 1868. Monaco—Demanio. Annali, II, 187.

Appello Brescia, 17 nov. 1868. Mussetti—Cernuschi. Mon. Trib., X, 673.

Appello Napoli, 20 apr. 1870. Naturi—Barracano. G. del Proc., IV, n. 25.

App. Torino, 23 aprile 1872. Saluzzo—Belloni li. cc. Bettini, XXIII, 695.

42. È nulla la citazione che non contenga il nome del procuratore. Tale nullità è compresa nell'incertezza assoluta delle persone, perchè la legge non distingue tra persona e persona:

Appello Milano, 2 aprile 1868.

Appello Perugia, 10 giugno 1868.

Appello Firenze, 2 dicembre 1868. Boccacini—Salvi. Annali, II, 633.

Appello Torino, 23 aprile 1869.

Appello Casale, 24 luglio 1869. Atterio—Cantoni. Annali, III, 409.

Appello Firenze, 6 agosto 1869. De Vecchi—Bonci. Annali, III, 225.

Cass. Firenze, 13 dicembre 1869. Boccacini—Calori. Annali, III, 250.

Appello Torino, 14 dicembre 1869. Laclaire—Stricoli. Annali, III, 419.

Cass. Torino, 13 maggio 1873. Atterio—Cantoni. Gior. delle Leggi, I, 84.

Contrà:

- Appello Genova, 14 dicembre 1866. Gazz. dei Trib., XIX, 393.
 Appello Catanzaro, 13 dicembre 1867. Giurista Calabrese, 1868, 53.
 Appello Catanzaro, 10 giugno 1868. Giurista Calabrese, 1868, 243.
 Appello Lucca, 30 nov. 1868. Marioni—utrinque. Annali, II, 342.
 Appello Casale, 2 febbraio 1869. Temi Casalese, 1869, 37.
 Cass. Napoli, 20 maggio 1869. Cerone—De Lucca. Mon. Trib. X, 967.
 Cass. Napoli, 14 luglio 1874. Rascella Pilò—Lucà. Bettini, XXVI, 666.

43. È nulla la citazione che non contenga il nome del procuratore soltanto quando trattasi di procedimento formale:

- App. Genova 20 maggio 1870. Rudino—Viola. G. dei Trib., 187., n. 33.
 Cass. Torino, 12 genn. 1871. Bianco—Latty. Gior. delle Leggi, II, 184.
 Cass. Torino, 1 febb. 1871. Maurelli—Fabbr. Roncaglia. Annali, V, 368.
 Cass. Torino, 13 luglio 1871. Comune di Verres—Schallanier. Giurisprudenza, VIII, 560.
 Cass. Firenze, 2 giugno 1873. Bonaccini—Fanelli. Annali, VII, 305.
 Cass. Firenze, 22 dicembre 1873. Segrè—Finanze. Annali, VIII, 43.
 Appello Modena, 6 febbraio 1874. Chiesa di Gualtieri—Demanio. Mon. Trib., XV, 875.

App. Venezia, 6 nov. 1874. Pancotto—Benedetti. Gior. dei Trib., IV, n. 20.

1. La prescrizione dell'art. 134 di dichiarare cioè nella citazione il nome del procuratore non ha altro scopo che quello di implicitamente stabilire un domicilio nell'istruzione della causa.

La citazione però che mancasse di tale dichiarazione non è nulla. Sarebbe invece autorizzato il convenuto comparso in termine a far dichiarare la contumacia dell'attore notificando per affissione la sua costituzione di procuratore e facendo iscrivere la causa a ruolo. — Avv. Antonio Scotti, *Mon. Trib.*, IX, 433.

2. L'enunciazione dell'art. 134 ha il solo scopo di surrogare un equipollente alla firma del procuratore apposta alla citazione secondo i codici precedenti, perchè sia raggiunto egualmente lo scopo di far noto al convenuto il procuratore dell'attore per gli incumbenti e servire così all'elezione di domicilio se per caso essa mancasse nella citazione.

Mancando questa enunciazione, se la costituzione fu eseguita, il giudizio è legalmente istituito e non può quindi esser caso di nullità.

L'art. 145 non è applicabile al procuratore, poichè questi non è che una creatura della legge, una opportunità di rito. L'incertezza assoluta sulla persona del procuratore potrebbe dar luogo tutt'al più a riassunzione di istanza non mai a una nullità.

In processo sommario la costituzione di procuratore avvenendo alla udienza il giudizio non può fino a questa dirsi esistente e perciò in ogni ipotesi le notificazioni devono farsi in persona alla parte. — Avv. Antonio Scotti, *Mon. Trib.*, IX, 545.

3. È nulla la citazione che non contiene il nome del procuratore.

Tale sanzione si appalesa tanto più necessaria in processo sommario giacchè nel formale la citazione è susseguita dalla costituzione di procuratore mediante deposito del mandato mentre in sommario tale deposito avviene soltanto all'udienza e prima di questa può sorgere nel convenuto il bisogno di notificare qualche atto al procuratore avversario, per esempio il ricorso e decreto per abbreviazione del termine di citazione (art. 172). — Avv. Domenico Scotti, *Mon. Trib.*, IX, 512.

4. È nulla la citazione che non contiene il nome del procuratore?

Saredo crede che sì, tanto se il procedimento sia formale, come se sommario, perchè la legge non distingue (*Istit. n.* 284).

Anche Borsari ritiene necessaria l'indicazione del nome del procuratore, ma non versa sulla distinzione fatta dalla giurisprudenza tra il rito sommario ed il formale (*Comm. art. 134, osserv. II*).

Io non credo possa mettersi in dubbio che la mancanza del nome e cognome del procuratore produca la nullità della citazione, poichè tale nullità scaturisce così dalla lettera, come dallo spirito e dalla ragione della legge.

Infatti l'art. 134 al n. 6 C. p. c., dichiara che nelle cause in cui è necessario il ministero del procuratore, l'atto di citazione deve indicare il nome e cognome del procuratore dell'attore; e ciò dopochè al n. 2 dell'articolo medesimo è prescritto che la citazione debba contenere il nome e cognome così dell'attore come del convenuto. L'art. 145 poi dichiara nulla la citazione per incertezza assoluta *sulle persone*, e con questa espressione ampia ed illimitata dimostra riferirsi a tutte le persone accennate nell'articolo 134, l'attore, il convenuto, il procuratore.

La ragione di siffatta disposizione è evidente. Per l'art. 156 C. p. c., le parti non possono, davanti ai tribunali civili e le corti d'appello, star in giudizio se non col ministero di procuratori, i quali sostituiscono in tutto il corso della causa, per gli atti di istruzione, i loro clienti. E quindi al procuratore dell'attore che quello del convenuto deve notificare la propria costituzione in giudizio, e deve farlo prima della scadenza del termine di comparizione, poichè altrimenti correrebbe il rischio di vedere accusata la contumacia del proprio cliente. E ben vero che il procuratore dell'attore ha l'obbligo di depositare in cancelleria il proprio mandato colla dichiarazione ed elezione di domicilio, ma tale deposito potendo farsi fino all'ultima ora del giorno in cui scade il termine della citazione, il convenuto che ignorasse il nome del procuratore, sarebbe esposto al pericolo che l'avversario, attendendo all'ultimo momento a costituire procuratore, gli accusi la contumacia prima che egli abbia avuto il tempo, mediante l'ispezione dei documenti depositati, di rilevare il nome del procuratore dell'attore, a cui notificare (a termini dell'art. 159) la propria comparizione, e se lo voglia, anche la comparso di risposta, o qualunque altro atto di istruttoria.

Tanto è vero che il legislatore non ammette possa prescindere l'attore dalla enunciazione del nome del proprio procuratore nell'atto di citazione, che al procuratore medesimo non impone punto l'obbligo di notificare all'avversario la propria effettiva costituzione in giudizio mediante deposito del mandato, mentre tale obbligo è imposto in modo tassativo dall'art. 159, n. 2, al procuratore del convenuto. La legge richiede che della costituzione del procuratore e del deposito del mandato sia dato avviso alla controparte, naturalmente allo scopo che questa non sia costretta a recarsi quotidianamente alla cancelleria per esaminare se tale costituzione fu o meno operata. Se pertanto al solo procuratore del convenuto fosse imposta la notificazione della sua comparizione, non solamente non sarebbe pari la condizione delle parti in causa, ma riguardo al convenuto lo scopo suaccennato non sarebbe raggiunto, ed egli dovrebbe, per conoscere il nome del procuratore avversario, recarsi con non lieve disagio più e più volte alla cancelleria.

Ma tale disparità, tale incongruenza non esistono nella legge, poichè l'indicazione del nome del procuratore dell'attore nella citazione surroga la notificazione dell'atto di costituzione di procuratore non imposta all'attore nell'art. 158, come lo è al convenuto nell'art. 159.

Nè si dica che la designazione del procuratore potrebbe essere stata fatta nella citazione senza che questi abbia accettato il mandato, e non lo voglia poi accettare, poichè lo scopo dalla legge avuto in mira di rendere facoltativo al convenuto di far notificare la sua comparizione e la sua risposta al procuratore designato, sarebbe pienamente raggiunto, ed in tal caso sarebbe obbligo del procuratore, che sostituisce quello nominato in citazione, di notificare all'avversario la propria costituzione in giudizio per far cessare la presunta elezione di domicilio presso il procuratore designato ma non comparso.

Senonchè per le ragioni stesse che giustificano la nullità della citazione pel difetto del nome del procuratore dell'attore, si eruisce che non in tutti i casi questa nullità deve intendersi comminata e precisamente non deve ritenersi estesa ai giudizi sommari. In questi infatti mancherebbe nel convenuto l'interesse di conoscere fino dal primo atto della causa il nome del

procuratore dell'attore, poichè nei giudizi sommari la causa si istruisce all'udienza; all'udienza i procuratori compariscono l'uno in faccia dell'altro, già depongono in vista l'uno dell'altro i loro mandati e discutono la causa. E, come osserva giustamente la Suprema Corte di Firenze, nella sentenza sovracitata 2 giugno 1873, non sarebbe che un giro vizioso e senza scopo, il disputare della nullità della citazione e il dichiararla mentre il giudizio è già cominciato, istruito e condotto, si può dire, a termine, per il solo motivo che non fu nominato nella citazione quel procuratore che già è presente regolarmente costituito, e senza opposizione della sua legittimità, ha assunta e sostenuta la sua difesa.

5. L'elezione di domicilio presso un procuratore basterebbe a soddisfare il voto della legge, secondo Chauveau in Carré (*Comm. quest.* 302 *bis*) e Thomine, n. 87) perchè tale elezione dimostra evidentemente che la parte intende essere rappresentata da quel procuratore. Questo equipollente non sarebbe invece ammesso da Pigeau (*Comm.*, I, 176) Favard (I, p. 137, n. 2) e Boncenne (I, p. 38, n. 38). La Cassazione di Francia abbracciò l'opinione dei primi nello arresto 21 agosto 1832 (Sirey, p. 789).

Le cose dette più sopra e la presunzione che dall'elezione di domicilio presso un procuratore deriva che dal medesimo intenda la parte di essere rappresentata mi fanno ritenere valido l'equipollente già approvato da una giurisprudenza quasi concorde.

6. L'omissione totale della residenza, domicilio o dimora del convenuto non arreca la nullità dell'atto di citazione. — Saredo, *Istit.*, 307 - Borsari, *Comm. a quest'art.* n. 5.

7. È nulla quella citazione che non contenga l'enunciazione delle ragioni di fatto e di diritto, dappoichè la *causa petendi* e la *res petita* si combinano e formano l'oggetto giuridico. — Saredo, *Istit.*, 303 - Borsari, *Comm.*, a *quest'art.* n. 6.

8. Non induce nullità l'essersi ommesso di dichiarare nell'atto di citazione di adire il tribunale civile come tribunale di commercio quando dall'indole della domanda risulti che si tratta di causa commerciale e il tribunale civile faccia funzione di tribunale di commercio. — Saredo, *Istit.* n. 305.

9. La copia da consegnarsi al convenuto deve essere un esemplare intero della citazione. Quindi non deve contenere soltanto il nome di quello dei convenuti a cui sarà notificata, ma deve portare il nome di tutti perchè il convenuto possa conoscere esattamente la situazione. — Borsari, *Comm. a quest'art.*, n. 9.

10. La citazione è nulla se la copia contiene delle nullità che pur non si trovano nell'originale, perchè pel convenuto la copia della citazione tien luogo dell'originale. — Carré *Comm. quest.* 327 - Merlin, *voc. Assignment et Rép. voc. Copie*. - Pigeau, *Comm.*, I, *quest.* 178 - Dalloz, *voc. Exploit*, p. 379 - Borsari, *Comm.*, I, p. 217. — Saredo, *Istit.*, n. 308 - Gargiulo, *Comm.*, p. 398.

Tuttavia la massima che la copia rappresenta l'originale non può intendersi nel senso che se l'originale contenesse delle nullità che non si riscontrano nella copia, il convenuto non possa far valere la nullità della citazione. Così la pensa il Carré (*Comm. loc. cit.*), ma stanno contro di lui: Chauveau in Carré (*Comm. loc. cit.*); Boitard (t. I, p. 133); Boncenne (*quest.* 739 *bis*) e Borsari (*Comm.*, I, 218), osservando giustamente che la copia, non avendo più il suo fondamento legale, è un referente senza relato e che il principio che la copia tien luogo dell'originale fu introdotto soltanto a favore del convenuto nel senso che una nullità nella copia basta per annullare la citazione.

11. È valida la citazione a comparire nel termine legale?

Il Borsari ritiene che no, perchè, secondo egli pensa, il termine indicato vuol essere *specifico* e *formale* e non soltanto *generico*, allo scopo che ogni *incertezza* sia tolta. Le parole *indicazione del termine*, egli dice, *includono* la nozione del *tempo determinato*.

Col Borsari stanno il Mourlon (*Répet. écrit sur le C. de P. C.*, n. 136) il Boitard, il Boncenne (t. 2 p. 173), il Merlin (*Rép. voc. Délai*, sect 1 § 1), il Thomine (t. I p. 159) ed il Chauveau (*all'art.* 61, n. 157). Saredo invece

propende a ritenere valida la citazione (*Istit.*, n. 283) e con lui sono pure: Mancini (*Comm.* II, n. CCXCIII *seg.*); Gargiulo (*Comm.*); Mattei (*Annotaz.*).

È noto che in Francia la dottrina degli scrittori trovava in conflitto colla giurisprudenza dei tribunali. Difatti mentre la prima, come vedemmo, esige la precisa indicazione del termine a comparire, per la seconda è sufficiente la citazione a comparire *nel termine di legge*. — *Cass.* 21 novembre 1810; 8 gennaio 1811; 6 maggio 1812; 20 aprile 1814. — *Corte di Bourges*, 20 marzo 1821. — *Corte di Poitiers*, 18 giugno 1830.

Presso di noi si può dire che la giurisprudenza s'è omai pronunciata per la validità della citazione e per questa io pure mi dichiaro, poichè non è possibile ravvisare incertezza assoluta nella citazione a comparire nel termine prescritto dalla legge, volta che gli articoli 147 e 148 C. p. c. stabiliscono secondo la diversità dei casi, dei tribunali cioè, dei luoghi e delle distanze un termine minimo per la comparizione del convenuto in giudizio, quantunque non facciano divieto all'attore di allungarlo. Quando l'attore si riferisce semplicemente alla legge, assegna evidentemente il termine minimo dalla stessa fissato, e se pure al convenuto toccherà di fare qualche indagine per calcolare il termine, non si può tuttavia sostenere che siavi quella *incertezza assoluta*, che si richiede perchè la citazione sia viziata di nullità.

Il confronto dell'art. 134 del Codice attuale coll'art. 53 del Codice Sardo del 1859 convince ancor più della legalità di questa opinione. Difatti all'articolo 53 n. 5 del Codice Sardo si ingiungeva all'attore di indicare nella citazione il numero preciso dei giorni entro i quali doveva seguire la comparizione; tale precetto non si trova ripetuto al n. 6 dell'art. 134 del Codice vigente che si contenta della sola indicazione del termine per comparire.

Io credo però che il riferimento alla legge non basti nelle citazioni a procedimento sommario nelle quali deve precisamente fissarsi l'udienza di comparizione.

12. Le aggiunte, le cancellature, raschiature e postille non approvate costituiscono una causa di nullità della citazione?

Tutto in questa materia dipende dalle circostanze, le quali possono modificare la gravità di simile difetto.

Se desse si trovano sulla copia, non si deve prestarvi fede perchè se ne ignora l'origine (*Dalloz*, t. 24, p. 176; *Cass.*, 12 giugno 1827; *Sirey*, p. 338). Se si trovano sull'originale, ma non riguardano che ripetizioni di parole non si deve annettervi alcuna importanza (*Cass.*, 5 dicembre 1836).

D'altra parte le postille non hanno mestieri d'essere approvate, secondo la *Corte di Grenoble*, 28 maggio 1825 (*Dalloz*, t. 18, p. 326) quando sono inserite in seguito all'atto e prima della firma. — *Chauveau in Carré, quest.* 327 *ter.*

146. Quando la citazione nei modi ordinari sia sommamente difficile per il numero delle persone da citarsi, il tribunale o la corte può, sentito il ministero pubblico, autorizzare la citazione per proclami pubblici, mediante inserzione nel giornale degli annunci giudiziari e nel giornale ufficiale del regno, con le cautele consigliate dalle circostanze, e designa, se sia possibile, alcuni fra i convenuti ai quali debba notificarsi la citazione nei modi ordinari.

Se la causa si debba promuovere davanti un tribunale di commercio, o davanti un pretore, l'autorizzazione non può accordarsi che dalla corte d'appello da cui dipende il tribunale di commercio, o dal tribunale civile da cui dipende il pretore.

La notificazione per pubblici proclami non può disporsi a riguardo delle sentenze. — *Appello Napoli*, 12 gennaio 1872. *Coloni di Antonimima—Economato Generale. Gazz. del Proc.*, VII, 140.

1. Il modo di notificazione per pubblici proclami non si può estendere ad altri atti oltre la citazione introduttiva del giudizio e tanto meno alle sentenze. — Gargiulo, *Comm.*, p. 402 - Borsari, *Comm.*, 2 - Mattei, *Annotaz.*

Il Saredo, visti gli articoli 37 e 39 C.P.C., si dichiara di opinione contraria (*Istit.*, 312). Quantunque l'art. 368 che parla del modo di notificazione delle sentenze si riferisca in genere alle forme della notificazione della citazione, pure il massimo interesse che ciascuno dei convenuti abbia direttamente e personalmente notizia della sentenza, a base della quale si procederà poi all'esecuzione, mi fanno ritenere preferibile l'opinione dei primi.

2. « Nei casi di citazione per pubblici proclami l'autorizzazione è chiesta con ricorso all'autorità giudiziaria competente.

« Il ricorso è consegnato al cancelliere, il quale entro le 24 ore lo presenta al M. P. per le sue conclusioni, dopo le quali il ricorso è dal cancelliere rassegnato al presidente, che deputa un giudice per farne relazione in camera di consiglio nel giorno fissato dallo stesso decreto.

« Le conclusioni del P.M., il decreto del presidente e quello del tribunale o della corte d'appello che provvede sulla domanda di autorizzazione, sono scritti in fine del ricorso. — « Art. 188, *reg. gen. giud.*

3. Come si farà la citazione per pubblici proclami?

Coll'inserire nel giornale ufficiale del regno ed in quello degli annunzi giudiziari, non già il *sunto* della citazione, ma tutta intera la citazione, per modo che la copia del giornale possa tener le veci della copia della citazione.

La pubblicazione del solo *sunto* non è autorizzata dall'art. presente e nemmeno dal Reg. gen. giud.

CAPO II.

Del termine per comparire.

147. Il termine per comparire davanti i conciliatori e i pretori non può essere minore:

1. Di giorni due, se il luogo in cui si eseguisce la citazione e quello in cui si deve comparire siano nel territorio dello stesso comune;

2. Di giorni tre, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in comuni diversi dello stesso mandamento;

3. Di giorni quattro, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in mandamenti limitrofi;

4. Di giorni sei, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in mandamenti non limitrofi, ma compresi nella giurisdizione dello stesso tribunale civile;

5. Di giorni dieci, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in giurisdizioni limitrofe di tribunali, o nella giurisdizione della stessa corte d'appello.

In tutti gli altri casi il termine per comparire davanti i conciliatori e i pretori è regolato dai numeri 4 e 5 dell'articolo seguente.

1. Il termine da assegnarsi al citato pella comparizione deve avere per norma il domicilio eletto e non quello reale della parte. — *Appello Milano*, 29 dicembre 1866. *Fano—Sacerdoti. Annali*, I, 205. — *Cass. Napoli*, 3 maggio 1870. *Apa—Loforte. Gazz. del Proc.*, IV, n. 13. — *Appello Modena*, 5 agosto 1870. *Fiori—Bottoni. Annali*, V, 44. — *Appello*

Torino, 8 luglio 1872. *Tiranti—Baufremont. Annali*, VII, 121. — *Appello Napoli*, 26 giugno 1868. *Carbone—Buono. Bettini*, XX, 580.

2. Questo articolo ed il successivo nel regolare il termine di comparizione a seconda del luogo in cui si fa la citazione, ebbero di mira questo, anziché quello della dimora del citando.

Quindi nel caso di notificazione della citazione a domicilio eletto per regolare il termine a comparire, a questo anziché alla dimora del citando deve aver riguardo. — *Appello Torino*, 1 maggio 1871. *Chionio Nuvoli di Thenexol—Vercellone. Giurisprudenza*, VIII, 541.

3. Il giorno della comparizione è compreso nel termine della citazione.

La comparizione sana la nullità della citazione sebbene il citato non potesse dedurre la nullità per non essere stata discussa la causa. — *Cass. Firenze*, 3 novembre 1871. *Battaglini—Gualandi. Bettini*, XXIII, 930.

4. Vedi art. 43, sent. n. 4.

1. Che il termine a comparire debba avere a norma il domicilio eletto del convenuto e non il reale ritengono:

Boncenne, t. 2, p. 222 - Delvincourt, p. 43, nota 2 - Rodière *Expos. des lois de proc.*, t. 1, p. 230. - Cass. di Francia, 9 giugno 1830. *Joques et Dufere—Gerard*, e 14 febbraio 1842. *Cesbron—Dacuna*. - Corte di Parigi, 8 luglio 1835. *Robert—Provost*. E tra gli italiani: Saredo, *Istit.*, 317 - Borsari, *Comm. quest.* 4 - Mancini, II, n. CCCIII e seg.

Sono d'opinione contraria:

Merlin. *Rép. voc. Douanes* § 57 e Carré et Chauveau, I, *quest.*, 326.

2. Per computare il termine di comparizione deve aver riguardo alla distanza del luogo dove la citazione effettivamente si consegna da quello ove risiede l'autorità giudiziaria adita, e non alla distanza da quest'ultimo luogo della residenza o del domicilio del convenuto. — Saredo, *Istit.*, 317 - Gargiulo, *Comm.*, p. 410 - Borsari, *Comm. a quest'art.*, n. 4 - Mattei, *Annotaz.*

148. Il termine per comparire davanti i tribunali civili o di commercio, e davanti le corti di appello deve essere almeno:

1. Di giorni dieci, se il luogo in cui si fa la citazione e quello in cui si deve comparire, siano nel territorio dello stesso comune o dello stesso mandamento;

2. Di giorni dodici, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in comuni e mandamenti diversi, ma nella giurisdizione dello stesso tribunale;

3. Di giorni quindici, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in giurisdizioni limitrofe di tribunali, o nella giurisdizione della stessa corte d'appello;

4. Di giorni venti, se il luogo della citazione e quello della comparizione siano in giurisdizioni di tribunali non limitrofe, ma compresi in giurisdizioni limitrofe di corti d'appello;

5. Di giorni venticinque in tutti gli altri casi, salvo i maggiori termini stabiliti dall'articolo 150.

Quando si tratti di controversie che riguardino lettere di cambio o biglietti all'ordine, o equipaggi, viveri, attrezzi, riparazioni di navi pronte a far vela, o di altre controversie marittime, la citazione può farsi in via sommaria, e in questo caso il termine per comparire è quello stabilito nell'articolo precedente.

1. Deve accordarsi per comparire il termine di 10 giorni e non di 12 quando il luogo della citazione e quello della comparizione trovinsi in mandamenti diversi, ma questi facciano parte dello stesso comune. — *Appello Napoli*, 10 giugno 1867. *Albano—Mauro. Bettini*, XIX, 318.

2. Vedi all'art. 154 intorno ai rimedi che la legge offre al convenuto citato in giudizio a termine troppo lungo per far ridurre il termine stesso entro i limiti fissati dalla legge.

149. Le giurisdizioni territoriali separate dal mare non sono riputate limitrofe.

150. Il termine per comparire davanti le autorità giudiziarie del regno da uno Stato limitrofo è di giorni quaranta.

Se lo Stato non è limitrofo, ma in Europa, il termine è di giorni novanta.

Se lo Stato non è in Europa, il termine è di giorni cento ottanta.

151. Quando nella stessa causa siano più convenuti si deve assegnare a ciascuno il termine che gli compete a norma degli articoli precedenti, e non è necessario che il medesimo scada per tutti nello stesso giorno.

Se si tratti di citazione per comparire a udienza fissa, i convenuti devono tutti essere citati per l'udienza medesima, salvo ad essi il termine che loro compete.

152. Nella citazione per proclami il tribunale o la corte stabilisce il termine secondo le circostanze.

Secondo Borsari, nella citazione non possono assegnarsi termini minori di quelli che la legge assegna secondo la qualità dei tribunali, almeno in rapporto a quel minor termine che verrebbe dato in ragione della minore distanza, perchè non compete per quest'articolo la facoltà di abbreviare il termine (*Comm.*, I, 223) - Gargiulo, *Comm.*, p. 412.

Saredo invece ritiene che questa dottrina benchè sommamente equa non risulti nè dal testo, nè dalla lettera degli articoli 156 e 152 e non debba esser posto limite all'arbitrio del magistrato che però dovrà usarne assai sobriamente e meglio motivando la concessione di termini minori colle ragioni dell'art. 154 (V. *Istit.* 321).

A me sembra che nello stabilire il termine si dovrà aver riguardo alla eccezionalità della citazione e perciò, salvo casi straordinari, si dovranno fissare termini piuttosto lunghi.

153. È nulla la citazione, nella quale sia stato assegnato un termine minore di quello stabilito dalla legge.

Art. 147 seg. c. p. c.

1. L'assegnazione di un termine più breve in un caso non specialmente eccettuato rende nulla la citazione e con essa la sentenza che le ha tenuto dietro, ogni qualvolta la nullità non sia stata sanata colla comparsa dell'intimato. — *Appello Lucca*, 26 giugno 1866. *Annali*, I, 95.

2. La nullità comminata da questo articolo non colpisce le assegnazioni od altre chiamate fatte durante il giudizio, le quali non sono propriamente citazioni od atti introduttivi della lite. — *Appello Potenza*, 22 luglio 1867. *Coloni di Brindisi—Fittipaldi. Annali*, I, 538. — *Appello Firenze*, 28 dicembre 1868. *Dukase—Franchetti. Annali*, II, 490.

3. È nulla la citazione portante un termine a comparire inferiore a quello stabilito dall'art. 148, se anche il giudizio fosse contumaciale ed alla nullità avesse dato luogo il decreto del presidente relativo al ricorso in cui non fosse stata chiesta l'abbreviazione del termine. — *Cass. Firenze, 5 novembre 1872. Carli-Freschi. Mon. Giud., I, 958.*

4. La nullità della citazione per essersi fissato in essa un termine di comparizione minore del legale riguarda la essenza stessa della citazione e non soltanto la sua notificazione e non vi è applicabile quindi l'art. 145. — *Appello Torino, 14 febbraio 1874. Gior. dei Trib., III, n. 106.*

L'articolo riguarda solo il libello istitutivo del giudizio e non è comune a tutte quelle altre citazioni che si fanno nel corso del giudizio e che altrimenti si dicono atti d'avviso. — *Gargiulo, Comm., p. 415.*

Art. 189, 193, 230 reg.
giud.

154. Nei casi che richiedano pronta spedizione, il conciliatore, o il pretore, il presidente del tribunale o della corte possono abbreviare i termini stabiliti negli articoli 147, 148 e 150; possono altresì autorizzare la citazione in via sommaria, e, nel caso di cui nel numero 1 dell'articolo 147, anche per lo stesso giorno ad ora indicata. I termini stabiliti nei numeri 2, 3, 4 e 5 degli articoli 147, 148, e quelli stabiliti dall'articolo 150, non possono essere abbreviati oltre la metà.

Il conciliatore, il pretore, o il presidente dà la permissione con decreto sull'originale dell'atto o del biglietto di citazione, e stabilisce il termine entro cui la citazione deve notificarsi, e l'udienza in cui le parti devono comparire, se si tratti di citazione in via sommaria. Il decreto è trascritto nella copia dell'atto o biglietto di citazione.

1. Non puossi parlare di nullità d'un procedimento solo perchè iniziato sotto d'una forma piuttosto che sotto d'un'altra, poichè i due procedimenti, formale e sommario, non sono che due forme d'un medesimo rito e però identiche sostanzialmente. — *Trib. d'Ariano, 20 giugno 1866. Gazz. del Proc., 1866, p. 102 e 158. Mon. Trib., VII, 829 e 857.*

2. L'istituzione e l'istruzione di un giudizio con procedimento diverso da quello che la legge determina non importano nullità del procedimento, ma solo che sopra istanza di parte od anche d'ufficio, se l'autorità giudiziaria lo creda opportuno, venga rimessa l'istruzione della causa al procedimento prescritto dalla legge. — *Appello Brescia, 1 agosto 1866. Petrogalli-Melzani. Mon. Trib. VII, 975.*

3. L'istituire un giudizio con procedimento diverso da quello che la legge determina, senza l'adesione del presidente, importa nullità da farsi valere anche d'ufficio. — *Appello Milano, 3 agosto 1866. Mazzola-Valerio. Mon. Trib., VII, 828.*

4. La facoltà di abbreviare i termini ordinari è rilasciata al savio e discrezionale arbitrio del giudice. La disposizione per la quale può essere autorizzata la citazione per lo stesso giorno ed ora indicata, qualora il luogo in cui si eseguisca la citazione e quello in cui devesi comparire siano nel territorio dello stesso comune, non è ristretta ai soli affari da trattarsi avanti ai pretori e conciliatori, ma è applicabile egualmente anche a quelli da trattarsi avanti ai Tribunali ed alle Corti. Se invece il

luogo in cui si fa la citazione e quello in cui il citato deve comparire non sono nel territorio dello stesso comune, non si può autorizzare una citazione per urgenza, abbreviando il termine ordinario oltre la metà. Dove ciò si faccia è nulla la citazione ed è pur nulla la sentenza che sia stata proferita in contumacia del convenuto. — *Appello Lucca*, 30 ottobre 1866. *Annali*, I, 297.

5. Istituito un giudizio a rito formale invece che a sommario com'era prescritto dalla legge, la citazione non è nulla per questo, ma, annullati gli atti precedenti, ove non si voglia proseguire col rito formale, si rinvia al sommario la causa. — *Appello Messina*, 11 dicembre 1866. *Votella—Votella. Annali*, I, 311.

6. Quando l'attore abbia promosso giudizio con procedimento diverso dallo stabilito dalla legge il convenuto non è obbligato a comparire, ed in tal caso i giudici devono d'ufficio rinviare la causa al procedimento che le è proprio.

Così devono fare quando resti contumace l'attore. — *Appello Brescia*, 6 agosto 1867. *Cremaschi—Stoffel, Annali*, II 438.

7. La facoltà di chiedere l'abbreviazione dei termini e di autorizzare la citazione in via sommaria non compete che alla parte attrice od appellante. — *Appello Milano*, 7 agosto 1868. *Magugliani—Sanguinetti. Mon. Trib.*, IX, 981.

8. Nelle discrepanze intorno alla designazione della giornata fissata per l'udienza fra la dichiarazione originale dell'usciera e la copia del decreto presidenziale che accorda in base a questo articolo la citazione a udienza fissa, la parte citata deve attenersi all'indicazione contenuta nella dichiarazione dell'usciera e deve quindi ritenersi contumace qualora stando alla giornata fissata nel decreto presidenziale non comparisse nell'altra. — *Appello Milano*, 4 settembre 1868. *Fiore e C. i—Mondolfo. Mon. Trib.*, IX, 923.

9. I decreti presidenziali che autorizzano la citazione in via sommaria ed abbreviano i termini in principio di causa possono trascriversi sulla copia della citazione da notificarsi e certificarsi per conformi all'originale dall'usciera.

Questi decreti non hanno bisogno di motivi a differenza di quelli per abbreviazione di termini in una causa in corso. — *Appello Firenze*, 27 febbraio 1869. *Chiericoni—Turchini. Annali*, III, 193.

10. Non può dirsi nullo il decreto del presidente che permette la citazione a breve termine per ciò solo che non contenga l'indicazione di quello entro il quale la citazione deve essere intimata, quando risulti che la parte si fece sollecita ad intimarla immediatamente. — *Cass. Torino*, 20 maggio 1869. *Guabello—Ricca. Bettini*, XXI, 311.

11. Se l'usciera fissò nella citazione una udienza diversa da quella del decreto presidenziale, vi è nullità della citazione per incertezza nel termine a comparire. — *Appello Brescia*, 13 luglio 1870. *Cornaro, Il. cc.—Ditta Cozzi e C. Mon. Trib.*, XI, 820.

12. Il difetto di indicazione del giorno della comparizione e così della udienza fissata, trattandosi di citazione fatta con abbreviazione di termine e mediante decreto presidenziale, deve dirsi supplito colla notificazione fatta nell'atto di citazione di detto decreto presidenziale in cui sia specificamente indicata l'udienza fissata, se detta citazione sia seguita entro il termine in detto decreto prefisso. — *Appello Genova*, 23 luglio 1870. *Casazza—Maschio. Gazz. dei Trib.*, 1871, n. 1.

13. Propostosi appello con rito formale contro sentenza in giudizio di sua natura sommario, l'appellante può correggere di per sé stesso l'errore

senza ottenere apposita dichiarazione dal magistrato competente. — *Cass. Napoli, 15 giugno 1872. Mei—Tarquini. Gior. delle Leggi, IV, n. 38.*

14. Una causa qualificata per il procedimento formale non può esser introdotta in via sommaria, se non consta del bisogno di quella spedizione.

L'asserto dell'attore che la causa presenti soltanto mere questioni di diritto da risolvere, non è titolo che basti allo scambio del procedimento formale in sommario. — *Appello Brescia, 2 ottobre 1872. Redaelli—Redaelli. Mon. Trib., XIV, 170.*

15. Questo articolo è anche applicabile al convenuto, il quale può chiedere quindi ed ottenere, ove ne sia il caso, che venga assegnato per la decisione sulla domanda dell'attore un termine più breve di quello dall'attore medesimo prefisso nella citazione. Quindi se l'attore non compare nel nuovo e più breve termine notificatogli per atto di citazione dal convenuto, rettamente viene pronunciata la sua contumacia. — *Appello Torino, 30 dicembre 1872. Ghinamo—Zanotti e Forni. Giurisprudenza, 1872, n. 12.*

16. La disposizione di questo articolo, che autorizza il presidente a consentire nei casi urgenti il rito sommario sopra ricorso di una parte e senza audizione dell'altra, è disposizione eccezionale che deve ricevere interpretazione restrittiva, nè si potrebbe rettamente applicare al caso in cui si allegasse soltanto la facile indagine della causa. — *Appello Venezia, 4 novembre 1873. Selvatico—Camerini. Gior. dei Trib., III, n. 72.*

17. Le disposizioni legislative, le quali stabiliscono soltanto il *minimum* del termine per comparire non sanciscono l'arbitrio assoluto ed irremediabile del citante nella fissazione del termine medesimo oltre detto limite, protraendo così a suo talento la decisione della controversia, ma attribuiscono al citato il diritto di non essere costretto a comparire prima del termine fissato dalla legge e alla stessa parte, come anche alla parte citante, di esigere che la comparizione non sia protratta oltre il termine medesimo.

Il mezzo onde ridurre al limite stabilito dalla legge il termine eccessivo fissato pella comparizione dalla parte citante è quello della prevenzione d'istanza o di appello, col quale alla sua volta il citato cita il suo avversario a comparire avanti la stessa autorità nel termine legale per deliberare sulla di lui proposta istanza od appellazione.

La domanda in prevenzione si deve proporre colla forma ordinaria della citazione e non per incidente. — *Appello Milano, 18 giugno 1874. Gerlach—Moritz Horvitz. Gior. dei Trib., III, n. 165.* — *Cass. Torino, 14 settembre 1874. Annali, V, 155.* — *Appello Napoli e Cass. Napoli. Annali, III, 296.* — *Cass. Torino, 14 settembre 1870. Amey—Cassio. Mon. Trib., XI, 1071.*

18. Il convenuto citato per un termine troppo lungo, che vuol rendere più sollecito il giudizio, può a sua volta citare l'attore per una udienza più vicina di quella da lui fissata in citazione.

Ad ottenere questo scopo la legge non offre altro mezzo, perchè il ricorso al presidente ha luogo solo quando si vuol abbreviare il termine stabilito dalla legge, non quando il convenuto si limita a citare l'attore nel termine legale per la discussione della causa da questo promossa. — *Appello Venezia, 8 giugno 1875. Rocher—Hoffer. Mon. Giud. IV, 388.*

19. È nullo un giudizio istituito con procedimento diverso da quello dalla legge stabilito.

Appello Milano, 1 agosto 1866. Tamassia—Dolci. Mon. Trib. VII, 856.

Appello Milano, 3 agosto 1866. Mazzola—Valerio.

Appello Milano, 28 agosto 1866. Fuguzza—Fuguzza.

- Appello Milano, 7 febbraio 1867. Bossi—Arrigoni.
 Appello Milano, 26 febbraio 1867. Brunello—Zamperoni e Fioretti.
 Mon. Trib., VIII, 274.
 20. Istituitosi un giudizio con procedimento diverso da quello dalla legge stabilito basta rimettere la causa al procedimento legale.
 Appello Milano, 5 giugno 1866. Rossari—Correra. Mon. Trib., VII, 758.
 Appello Genova, 23 giugno 1866. Pagliari—Perrone. Gazz. del Trib., XIX, 38.
 App. Brescia, 1 agosto 1866. Petrogalli—Melzani. Mon. Trib., VII, 975.
 Appello Torino, 31 agosto 1866. Ughetti—Tournon. Annali, I, 139.
 Appello Brescia 22 novembre 1866. Chomel, II. cc.—Crivelli, II. cc., Annali, I, 226.
 Appello Messina, 11 dicembre 1866. Votella—Votella. Annali, I, 311.
 Cass. Palermo, 15 genn. 1867. Astuto—Lucchesi. G. Trib. Nap., XX, 299.
 Appello Lucca, 27 febbraio 1867. Paci—Paci. Annali, II, 249.
 Appello Brescia, 3 luglio 1867. Tebaldini—Avanzi. Mon. Trib., IX, 101.
 Cass. Firenze, 4 luglio 1867. Lippi ne' Mazza—Gigli. Annali, I, 235.
 Appello Brescia, 4 marzo 1868. Fontanella—Ceriali. Annali, II, 296.
 Cass. Napoli, 6 giugno 1868. Monaco—Demanio. Annali, II, 187.
 App. Brescia, 17 nov. 1868. Mussetti—Cernuschi. Mon. Trib., X, 673.
 Cass. Torino, 20 gennaio 1870. Morasso—Pagan.
 App. Venezia, 2 agosto 1872. Cincotto—Molinari. Mon. Giud., I, 820.
 App. Firenze, 22 aprile 1875. Ridolfi—Galanti. Annali, IX, 178.

1. Possono d'accordo le parti, senza intervento del presidente, scegliere quel procedimento che credono più conveniente alla causa loro senza turbare l'ordine pubblico. — *Gazz. del Proc.*, 1866. V. *Mon. Trib.*, VII, 935.

2. Non v'ha nullità se, senza l'autorizzazione presidenziale, si sia intrapresa una causa col rito sommario, mentre si sarebbe dovuto iniziarla col formale. Starà al collegio, d'ufficio o ad istanza dell'altra parte, di ordinare il mutamento del rito. — Borsari, *Comm.*, I, p. 244.

3. Come può il convenuto ottenere che la discussione della causa sommaria sia portata ad una udienza più vicina di quella indetta nella citazione dell'attore?

I. Tizio mi cita a 6 mesi, io voglio accorciare il termine, ricorro all'art. 245 reg. gen. giud. e per analogia contemplata dall'art. 392 C. P. C. in base all'art. 154 e non al 172 (che suppone un giudizio già avviato) ottengo, previa iscrizione della causa a ruolo, dalla quale risulta la costituzione del mio procuratore, decreto presidenziale di abbreviazione del termine, che poscia comunico personalmente al citante. È una specie di citazione riconvenzionale; ma perchè la cosa si prenda sul serio si pose l'obbligo a chi vuole accorciare il termine, della preventiva iscrizione a ruolo. — Antonio Scotti, *Mon. Trib.*, IX, 548.

II. Nel processo sommario non sono applicabili gli articoli 163 e 172.

Il convenuto se non gli garba il termine di citazione si farà citante egli stesso e spiegherà un'altra citazione a termine più breve. Scambia così per un momento la sua posizione giuridica e diventa attore. L'autorizzazione del presidente sarà necessaria solo nel caso che si voglia accorciare il nuovo termine oltre i limiti dell'art. 147; l'abbreviazione di termini non ha luogo altrimenti quando si rispettino quelli della legge. — *Nota Mon. Trib.*, IX, 549.

4. Se nella citazione è assegnato un termine più lungo del legale, il convenuto può farlo abbreviare. Egli dovrà costituire il suo procuratore e per mezzo suo farà proporre la causa, anticipando, se gli giova, sul termine eccessivo che gli è stato assegnato. — Saredo, *Istit.*, 283. — Borsari, *Comm. art.* 134 — Mancini, *Comm.*, II, n. CCCL.

5. Anche il convenuto citato a rito formale in un procedimento di indole

sommatoria può ricorrere *ad viam juris* perchè sia proseguito sommariamente il giudizio.

Per ottenere lo scambio del procedimento da formale in sommario il convenuto può o farne domanda col rito degli incidenti, ovvero citare l'attore in prevenzione ad udienza fissa per discutervi preliminarmente sullo scambio del procedimento ed anche in merito. — Scotti, *Mon. Trib.*, IX, 1029.

6. Trattandosi dei casi previsti dal periodo ultimo dell'art. 148 si potrà ulteriormente abbreviare il termine e sino a qual punto?

Sì, e partendo dall'abbreviazione già stabilita il termine potrà essere ancora ridotto della metà. — Borsari, *Comm.*, n. 6.

7. Il decreto che autorizza la citazione in via sommatoria od abbrevia il termine può trascriversi sulla copia della citazione e autenticarsi dall'usciera. — Biagi, *Mon. Trib.*, XII, 153.

8. E opponibile e contrastabile il decreto del presidente che abbrevia il termine?

Borsari e Mattei ritengono che no (V. *Comm.* e *Annotaz.*) e di questo avviso è pure il Mancini, il quale si riporta ad una bellissima dissertazione di Chauveau in Carré (*Quest.* 378) (V. *Comm.*, II, n. CCCX).

Chauveau ribattendo il principale argomento di coloro che ammettono l'opposizione ed il reclamo contro il decreto presidenziale, quello cioè che deve sempre essere riservata la via dell'opposizione a qualunque condanna in contumacia, nega che nel caso concreto trattasi di condanna e di condanna di parte assente. Conviene distinguere, egli dice, i provvedimenti del giudice nella *giurisdizione contenziosa* da quelli nella *giurisdizione graziosa*. I primi sono pronunciati in contraddittorio, i secondi sulla domanda di una sola parte; il diritto di difesa è eretto in principio contro i primi, è l'eccezione contro i secondi. E ciò è chiaro poichè nella giurisdizione contenziosa l'opposizione appartiene alla parte che non si è difesa appunto perchè la legge la chiamava a difendersi, ordinandone la citazione; nella giurisdizione graziosa invece il reclamo sarebbe in contraddizione colla legge, la quale ammettendo che il giudice possa pronunciare *in audita altera parte*, dichiarava implicitamente di non volere che questa si difendesse. Accordarle il diritto di opporre il provvedimento del quale la legge autorizzava la pronuncia in sua assenza, sotto il pretesto che essa non ha potuto difendersi equivale a dichiarare necessaria una difesa che la legge dichiara inutile, è correggere la legge. La ragione e la giustizia suggeriscono essere assurdo il soffrire che i diritti di una parte sieno compromessi, salvo ad essere più tardi riparati. E se la legge permette i provvedimenti sull'istanza di una sola parte devesi necessariamente supporre che ciò sia perchè non ritiene necessaria la difesa dell'altra.

Del resto nel caso concreto ammettere l'opposizione equivarrebbe a far sorgere una contestazione preliminare che renderebbe ridicolo ed assurdo il beneficio dell'abbreviazione del termine.

Su tale questione vedi anche Gargiulo, *Comm.*, p. 416, in senso conforme a Borsari, Mattei e Chauveau.

Saredo osserva che trattandosi di autorizzare la citazione in via sommatoria, ne restano diminuite le guarentigie del convenuto e che perciò in questo caso il reclamo al collegio contro il decreto del presidente sia un utile freno per le concessioni troppo facili alle domande dell'attore.

Io osserverò che l'art. 391 che autorizza la prosecuzione del giudizio a rito sommario, sebbene sia cominciato a rito formale, offre appunto quel freno che il Saredo richiede. Il convenuto potrà quindi in via preliminare proporre il cambiamento del procedimento dimostrandone la convenienza e l'utilità, ed il collegio vedrà se sarà opportuno accogliere l'istanza.

9. Può il presidente, autorizzando la citazione in via sommatoria, prefiggere un termine per la notificazione maggiore di quello stabilito dalla legge?

La questione fu trattata nel *Giornale dei Tribunali* di Milano, anno III. Sostenne la tesi negativa l'avv. R. M. (vedi n. 38) nei seguenti motivi: La legge accorda al presidente la facoltà di abbreviare i termini nei casi che richiedano pronta spedizione, ma in nessun luogo autorizza il presidente ad assegnare termini maggiori di quelli da essa fissati.

È indubitato che alla legge debbano regolare ogni loro atto il presidente ed il pretore, e che siccome la legge segna il modo nel quale stanno racchiuse le loro attribuzioni, così è irregolare, illegale, inefficace quanto è da essi operato al di là di quei limiti.

Proponendosi poi la domanda se il giudizio che segue alla citazione notificata fuori del termine fissato dal presidente, ma però nel termine legale, e la susseguente sentenza siano atti validi, lo stesso egregio avvocato risponde che no. — La nullità di un atto, egli dice, deve essere espressamente dichiarata (art. 56 C. P. C.), e la legge dichiara nulla la citazione bensì quando per comparire sia assegnato un termine minore di quello stabilito dalla legge (art. 153), ma non già quando sia assegnato un termine minore di quello stabilito dal presidente, ma conforme a quello legale. Se pure si ritenesse che il termine più lungo sia una condizione apposta alla concessione del rito sommario, la condizione sarebbe nulla perchè contraria alla legge (art. 1150 C. C.) e deve aversi perciò come non apposta. Di più l'urgenza stessa che è il principale motivo dell'autorizzazione della citazione ad udienza fissa si oppone a che sia permesso di stabilire un termine più lungo del legale, scemando il beneficio della trattazione della causa col rito sommario.

Alle osservazioni dell'avv. R. M. io risposi in un articolo inserito nel n. 50 del succitato *Giornale* e poichè credo che il tema sia di non lieve importanza ripeterò qui quanto allora ebbi a scrivere.

Occupandomi della prima domanda che l'avv. R. M. s'è fatta, se cioè il presidente possa alla concessione del rito sommario apporre la condizione della notificazione della citazione in un termine che supera il legale, osserverò che l'art. 154 dà facoltà al presidente di autorizzare la citazione ad udienza fissa, ed in altre parole il rito sommario, vista l'urgenza e la pronta spedizione della causa, e che questo articolo prescrive nel capoverso che, facendo questa concessione, il presidente abbia a stabilire il termine entro il quale la citazione deve notificarsi.

Quando la legge incarica il presidente di fissare questo termine mi pare che essa abbia implicitamente dichiarato che egli potrà determinarlo a suo arbitrio, senza punto attenersi alle prescrizioni degli articoli 147 e 148. Se infatti non si fosse inteso di prescindere dal termine legale di comparizione, non sarebbe stato mestieri di ordinare al presidente di stabilire il termine per la notificazione, perchè sarebbe stato sempre sottinteso che l'attore avrebbe dovuto far eseguire la notificazione per modo da rispettare il termine legale di comparizione, quella volta che in uno al rito sommario egli non avesse ottenuto dal presidente anche l'abbreviazione del termine.

Bisogna notare che ben diversa è la facoltà accordata al presidente di permettere la trattazione della causa col rito sommario, da quella di abbreviare il termine di comparizione; potrà avvenire che egli faccia uso in una volta di ambedue queste facoltà, ma ciò non toglie che esse siano essenzialmente distinte. Quando adunque col ricorso con cui si domanda il rito sommario non si fosse anche chiesto, per speciali motivi, l'abbreviamento del termine, non sarebbe punto in facoltà del presidente di decretare quello che non gli si domanda.

Ammettendo pertanto questo, che a me sembra indiscutibile, che fissando il termine per la notificazione, il presidente non debba di suo arbitrio abbreviare quello dalla legge stabilito, ne verrebbe di conseguenza che, negatagli la facoltà di superare il termine stesso, dovrebbe limitarsi ad osservare i termini segnati dagli articoli 147 e 148.

Non sarebbe egli assurdo che il presidente ordinasse ad ogni volta quello che la legge stessa dispone e servisse meramente di guida all'attore acciò non gli sfugga di mente il precetto di legge e non dimentichi il termine ordinario di comparizione?

Non è dunque vero che la legge non accordi al presidente di assegnare termini maggiori dei legali; poichè questo potere è implicito nella disposizione del capoverso dell'art. 154, che altrimenti sarebbe oziosa e superflua.

Nè ciò è tutto. Allorquando il presidente accorda il procedimento sommario, abbrevia, non v'ha dubbio, la trattazione della causa e scema al

convenuto la possibilità di una diligente ed accurata difesa, poichè l'istruzione e discussione della causa si faranno di botto all'udienza.

Nulla di più naturale adunque che egli, concedendo il rito sommario, imponga all'attore di lasciare all'avversario un termine abbastanza lungo, e che egli destinerà, avuto riguardo alla entità ed alle condizioni della causa, perchè esso possa prepararsi alla discussione, comporre le conclusioni ed aver pronti pel dì dell'udienza tutti quei mezzi d'istruzione di cui intende valersi a propria difesa.

La parola *condizione* risponde a meraviglia al concetto che io voglio esprimere: è appunto pel riflesso che il convenuto avrà, pel termine abbastanza lungo che gli sta dinanzi, tutto l'agio di attendere alla sua difesa, che bene spesso il presidente si induce a non rifiutare la sommarizzazione della lite. Lungi pertanto dall'essere contraria alla legge, questa condizione porta a farne conseguire più direttamente e meglio lo scopo e non tiene perciò minimamente il ragionamento avversario fondato sull'art. 1160 del codice civile, che riesce inapplicabile al caso.

Passando al secondo quesito non mi pare possa essere messo in dubbio che il termine fissato dal presidente per la notificazione, a base della facoltà concessagli dal capoverso di questo articolo, non sia in sostituzione del termine legale di comparizione. Come questo adunque deve essere osservato a pena di nullità, sotto la comminatoria cioè stabilita dall'art. 153.

Il decreto del presidente deve valere in ambedue le sue parti e toccato e trasgredito in una non può sussistere nell'altra, giacchè l'una è condizione dell'altra. — Il solo mezzo perchè lo si osservi è la sanzione della nullità della citazione fatta in violazione del medesimo, sanzione che non ha nulla di strano e di illegale poichè, come diceva più sopra, non potendo al termine fissato dal presidente ritenersi per le ragioni dianzi esposte messo alcun limite, esso viene necessariamente a corrispondere e surrogare il termine di comparizione stabilito dagli articoli 147 e 148 e deve perciò come questo essere osservato a pena di nullità.

Se del resto la causa, per speciali circostanze, ha d'uopo di essere prontamente definita, l'attore ha facile un mezzo per ovviare che il presidente fissi pella notificazione della citazione un termine troppo lungo ed anche maggiore del legale. Collo stesso ricorso con cui domanda il rito sommario chiedi, esponendone i motivi, l'abbreviazione del termine, e sarà così tolto il principale inconveniente che il mio contraddittore lamenta derivare dall'assoluto arbitrio lasciato al presidente dal capoverso del presente articolo.

10. « Nei casi previsti dall'art. 154 del codice di procedura la domanda per abbreviazione di termini e per citazione in via sommaria è scritta in fine dell'atto originale di citazione ». — Art. 189 *reg. gen. giud.*

TITOLO IV.

DEL PROCEDIMENTO

Art. 154, 389, 391, 411
seg., 415 seg., 448 seg.,
518 seg. c. p. c.; 103, 172,
173, 212, 213 reg. giud.

155. Il procedimento è formale o sommario.

Il procedimento formale si osserva davanti i tribunali civili, i tribunali di commercio, e le corti di appello.

Il procedimento sommario si osserva davanti i conciliatori e i pretori.

Il procedimento sommario si osserva altresì davanti i tribunali civili, i tribunali di commercio, e le corti di appello, nei casi stabiliti dalla legge,

Nel procedimento sommario la citazione si fa sempre per comparire a udienza fissa.

Il procedimento davanti la corte di cassazione è regolato con norme speciali.

156. Davanti i tribunali civili e le corti d'appello non si può stare in giudizio se non col ministero di procuratore legalmente esercente, salvo le eccezioni stabilite dalla legge.

Davanti i tribunali di commercio le parti possono comparire personalmente o per mezzo di procuratore legalmente esercente presso il tribunale civile o la corte d'appello, munito di mandato generale o speciale per ciascun giudizio.

Davanti i pretori e i conciliatori le parti possono comparire personalmente, o per mezzo di persona munita di mandato generale o speciale per ciascun giudizio.

Art. 19 § 4 n. 20, 4
52, 53 R. D. 13 sett. 18
legge sul bollo; 86 n.
90; 106, 107, 143 n. 26, 1.
R. D. 13 sett. 1874 leg.
registro; 48, 207, 218, 22
800, 807 c. p. c.; 231 re
giud.

1. Può patrocinare, quale procuratore dinanzi la Corte, senza risiedere nella sede della stessa, soltanto quel procuratore che come tale ebbe ad assistere le parti in quella causa nel primo giudizio. — *Appello Venezia 15 luglio 1875. Ghidotti-Adami. Mon. Trib., XVI, 838.*

2. L'avvocato e procuratore legalmente esercente può comparire e difendersi personalmente in causa propria.

L'articolo 156 Codice procedura civile prescrive che davanti i Tribunali civili e le Corti d'appello non si può stare in giudizio se non col ministero di procuratore legalmente esercente, salvo le eccezioni stabilite dalla legge.

Questa disposizione evidentemente diretta a proteggere la regolare e legale trattazione delle controversie innanzi quelle autorità giudiziarie chiamate a conoscerne in vista dell'importanza di esse, mentre per le vertenze di minor conto lo stesso articolo lascia libera facoltà alle parti di comparire e difendersi personalmente, esige l'intervento di persona istituita nelle discipline forensi ed autorizzata alla professione di procuratore, onde evitare alle parti il pericolo di pregiudizio nell'esercizio dei loro diritti per inscienza delle leggi ed in pari tempo perchè sia garantita ogni osservanza dell'ordine prescritto nello esaurimento delle discussioni, nel quale è implicato il generale interesse che non sia per calcolata od eventuale confusione ritardato o reso più difficile alla magistratura l'adempimento del proprio ufficio.

La procedura vigente, nè altre leggi, quella compresa sulle professioni di avvocato e procuratore, non contempla il caso in cui un procuratore sia parte in causa nella sua speciale personalità.

Se perciò da un canto e puramente secondo il letterale senso di detto art. 146 sia a dirsi autorizzata la conclusione che essendo quella una massima generale non possano non esservi compresi i procuratori quando siano in giudizio per proprio conto e così parti nella causa, qualora però se ne consulti lo spirito ed il vero suo scopo non può non vedersi meglio autorizzata la conclusione contraria, avvegnachè se il procuratore agisce per sè anzichè per altri innanzi il Tribunale o la Corte, non manca però l'intervento della persona avente carattere pubblico e che offre le assicurazioni volute a scanso nella lite delli temuti inconvenienti, e perchè poi se non havvi un espresso divieto che a ciò opponga, sembra più che altro ripugni l'affermare una interpretazione per cui la legge neghi al procuratore quando viene in giudizio a sostenere i propri diritti

la sua condizione di causidico, le sue cognizioni giudiziarie e la sua rettitudine, che pur riconosce, quando invece funge la difesa di terzi e dei suoi clienti.

Simili riflessi reggerebbero in relazione agli altri articoli 522-523 del Codice di proc. che trattano delli ricorsi in Cassazione pei quali si esige la sottoscrizione di un avvocato ammesso a patrocinare innanzi a quelle Corti superiori.

Nè di fronte alla grave contraddizione sopranotata avrebbersi buon argomento per ritenere interdetta alli procuratori ed avvocati la facoltà di difendersi in giudizio da sè indipendentemente dall'opera altrui ed incumbente l'obbligo di farsi tutelare da altro procuratore od avvocato nel dubbio che potessero venir meno alla moderazione richiesta innanzi l'autorità giudiziaria, od avessero a soggiacere a facili illusioni nell'esame dei loro diritti.

Quando pure ciò fosse possibile, abbenchè possa aversi sufficiente malleveria nelle qualifiche e requisiti che sono proprii a chi appartiene all'ordine degli avvocati e procuratori che sia per avverarsi con troppa difficoltà, stanno già fermi li provvedimenti repressivi ordinarii.

Nè per il fatto la necessità o la convenienza di vietare alli avvocati e procuratori di stare in giudizio da sè non sarebbe a dirsi sentita o riconosciuta generalmente, se da altre legislazioni ed in queste provincie anzi dalla cessata austriaca era espressamente concesso non solo agli avvocati esercenti il diritto di difendersi completamente in giudizio col comparire alle udienze e firmare atti in propria causa, ma uguale facoltà acconsentita anche a quei legali che avessero subiti ultimamente gli esami di giudice od avvocato e potessero aspirare all'avvocatura. *Id. 4 agosto 1875.*

1. Può il procuratore rappresentare sé medesimo in causa propria?

La Corte Suprema di Firenze ha deciso in due conformi sentenze che l'avvocato ricorrente non può firmare il ricorso proprio (V. art. 522, sent. 3 febbraio 1873, Schübeler—Costi, e 6 febbraio 1873, Coppi—Mini, *Annali*, VII, p. 100-101), adducendone a motivo che vuolsi assicurare nelle discussioni quella moderazione che è richiesta dalla dignità dell'autorità giudiziaria ed impedire che l'interesse faccia velo agli avvocati e non li impegni con facili illusioni intorno ai propri diritti, in liti temerarie.

Tuttavia in generale i tribunali e le corti d'appello non applicano questa massima nelle cause pendenti davanti a loro, e credo con ragione, giacchè non mi sembra che i motivi sui quali esse si fondano siano di tale importanza da legittimare una simile limitazione alla libertà di difesa dei procuratori. Non il primo poichè la legge dà all'autorità giudiziaria i mezzi per impedire quell'eccesso nella discussione che potesse offendere in qualche modo la sua dignità; non il secondo giacchè l'esperienza suole sconsigliare chi esercita la professione legale dall'incoare in genere liti per proprio conto e tanto meno delle liti temerarie ed infondate.

Ad ogni modo questo argomento riguarderebbe unicamente il privato interesse del procuratore ed è quindi assai strano che dal medesimo si voglia trarre una ragione per escluderlo dalla difesa in causa propria.

Se la legge richiede che davanti ai tribunali civili ed alle corti d'appello le parti siano rappresentate da un procuratore legale, non fa però alcun divieto al litigante che sia esso medesimo procuratore, di costituirsi in giudizio per proprio conto, non è lecito perciò introdurre per esso una odiosa esclusione che il legislatore non ha contemplato. Tanto più ciò è a dirsi giacchè la disposizione dell'art. 156 non fu da altro dettata che dal bisogno di provvedere alla difesa dei cittadini e di assicurare nella trattazione delle cause, mediante l'intervento di persona rivestita di carattere pubblico, l'esatto adempimento di quelle norme che il legislatore per iscopo d'ordine pubblico credeva necessario di prescrivere.

Io credo del resto che tale proibizione non sia legale nemmeno per quanto riguarda il giudizio in Cassazione, poichè se l'art. 522 vuole che il ricorso sia firmato da un avvocato ammesso al patrocinio davanti alla Corte Suprema ed abbia annesso il mandato per l'avvocato medesimo, è logico il dedurre che il disposto di quell'articolo provveda soltanto alla generalità dei casi e non possa estendersi a quello eccezionale e rarissimo che l'avvocato sottoscrittore sia anche ricorrente, giacchè in questo caso è certo che la sottoscrizione è in sè stessa necessariamente il migliore equipollente del mandato.

Così ritenne da ultimo anche la Corte di Cassazione di Torino nella sentenza 15 aprile 1875, Bernardi—Breda, *Legge*, XV, 547.

Secondo ci attesta Carré (*Comm. quest.* 303) in Francia i procuratori potevano anticamente esercitare il loro ministero per sè medesimi.

Pigeau dichiara che tale era la consuetudine di Parigi seguita pure in Bretagna e nelle altre provincie. E Carré aggiunge che non essendo le attribuzioni degli avvocati meno estese di quelle degli antichi procuratori, debbesi ritenere che la facoltà di rappresentare sè medesimi non sia loro tolta. Così opinano anche Gargiulo (*Comm. p.* 364) e Saredo (*Istit.*, n. 329).

2. Attualmente l'esercizio delle professioni di avvocato e di procuratore è disciplinato dalla legge 8 giugno 1874, n. 1938, e regolamento 26 luglio 1874, n. 2042. Trascrivo qui le disposizioni principali della legge:

Art. 2. Le due professioni sono distinte, ma possono esercitarsi cumulativamente da chi abbia i requisiti stabiliti dalle leggi, tanto per l'una, quanto per l'altra, ed adempia agli obblighi che incombono per entrambe. Cumulando le due professioni nella stessa causa, non si può esigere che l'onorario di avvocato o di procuratore secondo la natura dell'atto.

Art. 8. Per essere iscritto nell'albo degli avvocati esercenti è necessario:

1. Giustificare con certificati desunti dai registri penali di non essere incorso in veruna delle condanne che a termine dell'articolo 28, prima parte, danno luogo alla cancellazione dall'albo. Nei casi menzionati nel primo e secondo capoverso del detto art. 28, il Consiglio dell'Ordine può, secondo le circostanze, far eseguire la iscrizione dell'aspirante nell'albo;

2. Essere insignito della laurea in giurisprudenza, data o confermata in una delle Università del Regno;

3. Avere, per due anni almeno successivi alla laurea, atteso alla pratica forense nello studio di un avvocato, e negli stessi due anni assistito alle udienze sì civili, che penali delle Corti e tribunali, come sarà stabilito dal regolamento;

4. Avere sostenuto un esame teorico-pratico davanti ad una Commissione composta annualmente di un consigliere delegato dal presidente della Corte d'appello, che ne ha la presidenza, di un sostituto del procuratore generale nominato da esso, del presidente del Consiglio dell'Ordine degli avvocati e di due altri membri dello stesso Consiglio eletti da questo.

Nel caso d'impedimento del presidente del Consiglio dell'Ordine, il Consiglio elegge tre consiglieri invece di due.

L'esame è verbale e per iscritto.

L'esame verbale versa sull'applicazione delle massime generali di diritto e delle disposizioni dei Codici ai fatti che si propongono dagli esaminatori.

L'esame scritto consiste in una consultazione ed in una dissertazione sopra temi dati dal presidente della Commissione.

Si osservano inoltre per questo esame le norme generali prescritte per gli esami universitari.

Art. 9. Hanno diritto di farsi iscrivere nell'albo degli avvocati esercenti:

1. I magistrati dell'Ordine giudiziario che cessano dalle loro cariche, dopo due anni di esercizio.

Non sono però compresi in questa disposizione i conciliatori, e i vicepretori;

2. I professori di diritto e dottori aggregati di collegio in una delle Università del Regno, dopo cinque anni di esercizio;

3. I procuratori laureati in giurisprudenza, dopo sei anni di esercizio, purchè non abbiano subita sospensione o cancellazione dall'albo.

L'applicazione del presente articolo è sempre subordinata all'adempimento del requisito prescritto dal n. 1 dell'articolo precedente.

Art. 12. Non si può far parte che di un solo collegio, salvo il caso previsto dall'art. 2 (cumulo delle due professioni).

L'avvocato iscritto in un albo può farsi inscrivere in un altro, rinunciando alla iscrizione già esistente, la quale dev'essere cancellata.

Art. 14. Gli avvocati iscritti in un albo hanno facoltà di esercitare la professione davanti tutte le Corti ed i tribunali del regno, salvo il disposto dell'articolo seguente.

Essi devono prestare gratuitamente il loro patrocinio ai poveri, giusta le norme stabilite dai regolamenti.

Art. 15. Sono ammessi a patrocinare davanti la Corte di cassazione gli avvocati che hanno esercitato il patrocinio per cinque anni almeno davanti le Corti di appello od i tribunali civili e correzionali, ed i professori di diritto nelle Università del Regno.

L'esercizio delle funzioni di giudice o di ufficiale del Ministero pubblico equivale a quest'effetto all'esercizio del patrocinio.

Art. 37. I procuratori devono fissare la loro residenza nella sede di una Corte d'appello o di un tribunale civile e correzionale.

Non possono esercitare il loro ufficio che presso la Corte o presso il tribunale del luogo ove essi risiedono; quelli che sono ammessi ad esercitare davanti una Corte d'appello, lo possono anche presso il tribunale che ha sede nella città in cui risiede la Corte.

Art. 39. Per essere iscritto nell'albo dei procuratori presso una corte o tribunale è necessario:

1. Essere cittadini dello Stato;

2. Giustificare con certificato desunto dai registri penali di non essere incorso in alcuna delle condanne che, a termini della presente legge, danno o possono dar luogo alla cancellazione dall'albo dei procuratori;

3. Avere raggiunto l'età maggiore;

4. Provare di avere compiuto i corsi e sostenuto gli esami stabiliti dalle discipline universitarie per lo studio del diritto civile e penale, del diritto commerciale, della procedura civile e penale;

5. Avere atteso per due anni almeno alla pratica forense presso un procuratore esercente. La pratica potrà farsi contemporaneamente agli ultimi due anni di studio. Sono dispensati dalla pratica i cancellieri e i vice-cancellieri delle Corti e dei tribunali. Lo sono pure anche i cancellieri delle preture dopo due anni di esercizio della loro carica.

6. Sostenere inoltre un esame teorico e pratico davanti ad una commissione composta come è detto nell'art. 8, n. 4.

L'esame è verbale e per iscritto.

L'esame verbale si aggira principalmente sulla competenza dei vari tribunali e sulle regole per determinarla, sulle norme per l'istituzione dei giudizi e sulla loro istruttoria, sulla esecuzione dei giudicati e sulle procedure speciali.

L'esame scritto consiste nello svolgimento di tre temi dati dal presidente della Commissione sui principali atti prescritti per l'istituzione e per l'istruttoria dei giudizi.

Si osservano inoltre le norme generali stabilite per gli esami universitari.

Art. 40. Chiunque abbia esercitato per più di due anni la professione d'avvocato ha diritto di farsi inscrivere nel collegio dei procuratori senza la necessità di fare la pratica, nè di sostenere l'esame prescritto dall'articolo precedente.

Art. 42. Il procuratore che vuole trasferire altrove la propria residenza e farsi inscrivere in altro albo, deve farne la domanda al presidente del collegio dove vuole essere iscritto, e giustificare con certificato del Consiglio di disciplina di avere rinunciato al collegio cui apparteneva e di non esservi motivo che si opponga al chiesto trasferimento.

Art. 44. Il procuratore può nominarsi, sotto la propria responsabilità, uno o due sostituti, purché li scelga tra i procuratori iscritti nell'albo.

La Corte ed il tribunale possono, per circostanze speciali, sentito il Consiglio, permettere la nomina anche di un terzo sostituto.

Di queste nomine il procuratore deve fare dichiarazione con atto ricevuto dal cancelliere della Corte e del tribunale.

Art. 45. Il procuratore sostituto rappresenta, per tutte le conseguenze di diritto, il procuratore che lo ha nominato.

Art. 46. I procuratori possono anche, sotto la loro responsabilità, farsi rappresentare da altro procuratore esercente, alle udienze pubbliche ed a quelle dei presidenti e giudici delegati.

L'incarico è dato ogni volta e per iscritto negli atti della causa o con dichiarazione separata.

Art. 47. I procuratori non possono senza giusta causa recusare il proprio ministero.

Essi devono prestarlo gratuitamente ai poveri, giusta le norme stabilite dai regolamenti.

Art. 48. I procuratori non possono ritenere gli atti della causa e le scritture ricevute dai clienti, per mancanza di pagamento degli onorari loro dovuti o di rimborso delle spese da essi anticipate. Ma i clienti non possono ritirare gli atti se non dopo l'accertamento del loro debito, mediante annotazione di esso negli atti medesimi, e con dichiarazione a parte consegnata al procuratore, salvo sempre il disposto degli articoli 373 e 379 del cod. di proc. civ.

Art. 58. Nelle provincie ove è permesso l'esercizio simultaneo delle professioni di avvocato e di procuratore, o non è ammessa distinzione nell'esercizio delle funzioni rispettive, gli attuali esercenti potranno farsi iscrivere nell'albo di una delle dette professioni o di ambedue.

Facendosi iscrivere nell'albo di ambedue le professioni, essi continueranno, nelle cause in cui assumono le funzioni di procuratore, ad esercitarle davanti la propria Corte d'appello, ancorché non abbiano la loro residenza nella sede della Corte medesima.

3. Nell'interpretazione di questo art. 58 della legge sorse una questione che può essere di capitale importanza per i procuratori delle provincie nostre, ed in genere di quelle nelle quali era permesso prima della nuova legge l'esercizio simultaneo delle due professioni o non era ammessa differenza alcuna nello esercizio delle medesime.

Chi esercitava la professione nelle condizioni sovraccennate in quali cause potrà fungere da procuratore presso la Corte d'appello se egli sia iscritto presso un tribunale?

A mio avviso in quelle soltanto nelle quali avrà assistito le parti in primo giudizio, e non in qualunque causa, anche se trattata in prima istanza da altro procuratore, e tanto meno se vertente davanti a tribunale diverso da quello di sua iscrizione.

Questa limitazione non fu a dir vero adottata generalmente nella pratica, e presso molte Corti s'intende l'art. 58 della legge nel senso più vasto. Io vorrei che ciò potesse dirsi legale giacché mi sembra assurdo il privilegio di cui per la nuova legge godono i procuratori residenti in città dove esiste una Corte d'appello in confronto dei colleghi iscritti presso i tribunali, e allo scopo che il cumulo delle due professioni fosse logico e profittevole bramerei che allorché il procuratore è anche avvocato potesse nelle cause in cui funge eziandio da procuratore, esercitare le funzioni di procuratore presso la Corte nella cui giurisdizione risiede. Ma così com'è redatta la legge, è mia opinione che tale facoltà non sia concessa nemmeno agli avvocati-procuratori esercenti prima della sua attuazione.

Ciò risulta dalla lettera dell'articolo in questione:

« Facendosi iscrivere nell'albo di ambedue le professioni essi (gli attuali esercenti che trovinsi nelle condizioni previste dall'articolo) continueranno, nelle cause in cui assumono le funzioni di procuratore, ad esercitarle davanti la propria Corte d'appello ».

La parola « continueranno » ad altro non può riferirsi che alla proroga

delle funzioni già assunte in primo grado, poichè se fosse altrimenti non si sarebbe fatta seguire dalle altre « *nelle cause in cui assumono le funzioni di procuratore* ».

Ma se l'interpretazione letterale non bastasse soccorre la logica. Dallo esame dei verbali della discussione parlamentare intorno a quest'articolo dobbiamo trarre la convinzione che la interpretazione da me adottata è la sola conforme alla intenzione del legislatore.

L'art 58 (62 del progetto) venne presentato alla Camera nelle seduta del 28 marzo 1874 dietro accordo della Commissione col Ministro, ed il deputato Griffini ne raccomandava l'adozione così ragionando:

« Cogli articoli del presente progetto di già votati di conformità alle massime generalmente adottate, è accordato agli avvocati il diritto di esercitare la loro professione in tutto il regno.

« La Camera ricorda d'altronde che invece, per gli articoli stati votati, i procuratori non potrebbero esercitare il loro ministero se non che davanti ai tribunali ed alle corti esistenti nelle città nelle quali essi risiedono; per cui i procuratori residenti in una città dove havvi corte d'appello potrebbero esercitare il loro ministero avanti la corte ed avanti il tribunale; ed invece i procuratori residenti in un altro luogo dove non siavi che il tribunale, non potrebbero agire che davanti a questo.

« È noto infine alla Camera che tutti gli avvocati delle provincie lombardo-venete, i quali hanno fin qui accumulato i due uffici di avvocato e di procuratore, confusi in un ufficio solo dalle leggi che colà vigevano, esercitavano, come esercitano anche oggi, il loro duplice ministero anche davanti alla corte, ove pure non siano residenti nella città ove questa è insediata.

« Or bene, se noi non avessimo ad adottare una disposizione transitoria, la quale salvasse il diritto acquisito di tutti questi avvocati di sedici rispettabili provincie dello Stato, ed avessimo senz'altro ad applicare a loro riguardo tutte le disposizioni che sono state fin qui votate dalla Camera, ne avverrebbe che ove essi fossero residenti presso un tribunale, non potrebbero più esercitare l'ufficio di procuratore davanti alla corte, epperò assumendo una causa in prima istanza davanti al tribunale come avvocati e procuratori, dovrebbero dopo, *portandola in appello, servirsi del ministero di un altro procuratore, perchè davanti alla corte d'appello non potrebbero agire che come avvocati*. Ciò, oltre di vulnerare un diritto acquisito e sin qui esercitato da questi avvocati, turberebbe anche abitudini antiche, abitudini che si credono e, secondo me, sono giovevolissime, secondo le quali *il cliente ricorre ad un solo legale, che tratta la causa tanto in prima che in seconda istanza*, ed ove siavi autorizzato anche davanti la cassazione. Ma non parliamo ora delle corti di cassazione.

« Viene quindi proposto dalla Commissione ad unanimità e pienamente d'accordo coll'onorevole signor Ministro, che la Camera voglia, accogliendo il secondo capoverso di questo articolo, che venne testé letto, *consacrare il diritto spettante agli avvocati al dì d'oggi esercenti nelle provincie lombardo-venete e residenti presso i tribunali, di esercitare il doppio ministero anche davanti le corti d'appello*.

« La Camera comprende immantinenti che con ciò non si salva nemmeno tutto intero il diritto di questi legali, perchè adesso essi esercitano anche come procuratori davanti tutti i tribunali e tutte le Corti, e quindi con quella medesima libertà che loro spetta come avvocati, *ed invece colla proposta disposizione verrebbe loro conservata soltanto facoltà di esercitare come procuratori davanti ad un Tribunale e ad una Corte*. Ma questa è la parte più importante di tale diritto, e quella che importa ai cittadini venga mantenuta, ed è perciò che la Commissione determinossi a conservarla, ed ha trovato assenziente il signor ministro, *il quale di tal guisa ha voluto suggerire il principio che ho testé accennato, del rispetto ai diritti acquisiti, e di far luogo nell'esercizio di queste professioni alla maggior possibile libertà*. Raccomando quindi caldamente alla Camera la disposizione della quale ebbi l'onore di tenerle parola. » (*Atti della Camera dei deputati tornata 28 marzo 1874, p. 1658*).

Lo scopo della concessione è adunque fatto chiaro da queste parole

dell'on. deputato, membro della Commissione; è quello che gli esercenti nel giorno della attivazione della legge non dovessero essere costretti a servirsi in appello del ministero di altro procuratore.

L'egregio avv. Scotti (che aveva suggerito un emendamento all'art. 2 del progetto pel quale avrebbe dovuto essere fatta una concessione ben più larga di quella accordata nella legge) si è preso la cura di togliere qualsiasi dubbio chiedendo allo stesso on. Griffini, autore della proposta in seno alla Giunta, l'interpretazione del secondo comma dell'articolo, e ci ha poi riferito la risposta datagli dall'illustre deputato in uno scritto sull'argomento da lui pubblicato nel *Mon. dei Trib.*, XVI, 665. « Il verbo *continuare*, contenuto nella legge, dice il deputato Griffini nella lettera allo Scotti, allude a cause già trattate in prima istanza dall'avvocato-procuratore davanti al proprio tribunale. Quanto poi allo scopo, era unicamente quello di permettere all'avvocato che trattò una causa in primo grado davanti al proprio tribunale di poterla trattare in seconda istanza davanti alla Corte ».

Dopo ciò non ci resta che di far voti perchè quella che è ora una concessione speciale del diritto transitorio sia almeno estesa a tutti coloro che esercitano insieme le due professioni di avvocato e di procuratore, se non si vuole accordare ciò che d'altra parte giustizia esigerebbe, cioè che l'avvocato procuratore potesse senza limite di sorta patrocinare da solo davanti alla Corte da cui dipende. V. conf. Pescatore, *Gior. dei Trib.*, IV, n. 88 e 89.

4. Per l'art. 231 Reg. gen. giud. il prescritto dal primo capoverso di questo articolo, si osserva davanti i tribunali civili quando esercitano le funzioni di tribunali di commercio.

157. Le norme di procedimento stabilite per i tribunali di commercio devono osservarsi davanti i tribunali civili quando questi ne fanno le veci. In questo caso il ministero pubblico non può essere sentito.

Art. 84 c. p. c.; 282 giud.

I tribunali civili quando pronunziano come tribunali di commercio devono farne menzione nella intitolazione delle sentenze.

Il difetto però di questa menzione, come pure la circostanza che siasi sentito il ministero pubblico, non annulla la sentenza, salvo nel primo caso le pene disciplinari contro il cancelliere che l'abbia firmata.

Il P. M. non è chiamato a conchiudere nelle cause commerciali dinanzi ai tribunali civili che funzionano da giudici di commercio neppure nelle questioni di competenza per materia. — *Cass. Palermo*, 18 novembre 1873. *Grasso Riso—Pelura, Legge*, XV, n. 8.

CAPO I.

Del procedimento formale davanti i tribunali civili e le corti d'appello.

SEZIONE I.

Disposizioni generali sull'istruzioni della causa.

§ 1.

Della costituzione dei procuratori e dei suoi effetti.

158. Il procuratore dell'attore, prima della scadenza del termine della citazione, deve depositare nella cancelleria :

Art. 48, 134, 140, 1
p. c.; 1333, 1740, 1748
c. c. 180, 190 reg. g.

1. Il mandato per originale o per copia;
2. L'atto di dichiarazione di residenza o di dichiarazione di domicilio fatta dalla parte, se siasi omessa nell'atto di citazione;
3. I documenti originali di cui offri comunicazione.

1. L'indicazione del nome e cognome del procuratore dell'attore nell'atto di citazione (134) non è costituzione di procuratore: è necessario all'uopo il mandato speciale e il deposito di questo nella cancelleria (*).

E però la mancanza nel procedimento sommario di deposito del mandato all'udienza fa sì che la parte debba ritenersi contumace. — *Appello Milano*, 7 febbraio 1867. *Bassi—Arrigoni. Mon. Trib.*, VIII, 155. (*). *Appello Napoli*, 23 gennaio 1867. *Campagna—Caracciolo. Annali*, I, 356.

2. L'obbligo imposto all'attore in primo giudizio di depositare nel termine della citazione i documenti originali di cui offre comunicazione non è imposto a pena di decadenza. — *Appello Torino*, 19 luglio 1867. *Valz Matte—Rosazza. Bettini*, XIX, 403.

3. Il decreto che destina il procuratore officioso tiene luogo di mandato. Perciò il procuratore del miserabile adempie all'obbligo di depositare il mandato quando deposita il decreto di sua destinazione alla difesa gratuita. — *Appello Firenze*, 14 dicembre 1870. *Balatesi, ll. cc.—Eschini. Annali*, IV, 573. — *Appello Cagliari*, 8 ottobre 1870. *M.—G. Legista Calabrese*, I, n. 13. Contra: *Cass. Torino*, 15 dicembre 1870. *Cordola—Micol. Mon. Trib.*, XII, 83. — *Cass. Firenze*, 22 giugno 1871. *Eschini—Balatesi. Annali*, V, 207.

4. Con un solo mandato può la parte dar facoltà al procuratore di rappresentarla in prima istanza ed in appello; ma ciò deve essere espresso; se la rappresentanza è attribuita nella causa promossa avanti ad un tribunale civile, non si intende compresa la rappresentanza nel giudizio di appello.

È lo stesso di non depositare alcun mandato, o depositarlo insufficiente. — *Appello Firenze*, 14 aprile 1875. *Ditta Barlassine—Carotti. Annali*, IX, 215.

1. Quando la dichiarazione o elezione di domicilio è fatta nella citazione essa fa parte della citazione medesima, e non occorre altro atto purché vi siano espressi i requisiti voluti dall'art. 134 e dal 140.

Se la dichiarazione o elezione di domicilio non fu fatta nell'atto di citazione deve farsi separatamente con atto autentico o avanti a notaio, o avanti il cancelliere e quindi depositato nella cancelleria medesima. — *Borsari, Comm.*, I, 249.

Non sarebbe valida la elezione di domicilio o la dichiarazione di residenza fatta nel mandato o nella intestazione delle comparse, e ciò perché la dichiarazione e l'elezione devono esser fatte a sensi degli art. 158 e 159, e non ammettono equipollenti. — *Saredo, Istitt.*, n. 334.

2. È necessario un mandato al procuratore officioso? Saredo crede che il deposito del decreto che accorda il patrocinio gratuito e nomina il patrocinatore officioso soddisfi il voto della legge (*Istitt.* n. 329). Io ritengo però che l'egregio giurista abbia torto. Diffatti, sebbene il decreto della commissione che ammette al beneficio del gratuito patrocinio contenga anche la nomina del difensore, pure questa designazione varrà per obbligare il procuratore ad assumere il patrocinio affidatogli, ma non potrà mai tener vece del mandato, poichè la procura *ad litem* deve partire direttamente dalla persona cui spetta l'affare o da chi legittimamente la rappresenta, e tale certamente non è la commissione rispetto al miserabile.

Ciò è pure dimostrato dall'art. 523 Cod. proc. civ. il quale obbliga il ricorrente in cassazione a depositare tanto il decreto che lo ammette al patrocinio gratuito come il mandato per l'avvocato che firmò il ricorso.

3. Si possono costituire più procuratori per una sola causa? La legge tace; il Borsari non ammetterebbe la pluralità senza la solidarietà (vedi *Comm.*, I, p. 250). Saredo crede invece più logica l'applicazione del principio generale dell'art. 1749 Cod. civ.

Mancini (*Comm.* II, n. CDXXXI) ammette la pluralità dei procuratori purchè sieno solidali. La solidarietà è necessaria alla essenziale unità del processo. Uno solo però di codesti procuratori dovrà in effetto costituirsi, perchè ciascuno è sostanziale e rappresenta l'intero del gius e dell'interesse del contendente. La legge si esprime in modo *singolare*, dove si tratti di singolarità di persona.

Mancini poi nota che in tal caso si avrà questo di speciale che nei procuratori essendo del pari *l'abito* della rappresentanza, il loro potere potrà esplicarsi successivamente senz'uopo di ulteriore abilitazione; la sostituzione avrà effetto di revoca del *procuratore attuale* (Mancini, *ib.*, CDXXXII).

4. « L'atto di dichiarazione di residenza o di elezione o dichiarazione di domicilio di cui negli art. 158, n. 2, e 159, n. 2 Codice di proc. civ., deve essere in forma autentica o per scritto privato debitamente autenticato ».

— Art. 190 Reg. gen. giud.

5. Dicemmo già nel commento all'art. 134 che non è necessario pel nuovo codice che la dichiarazione della residenza o la dichiarazione o elezione del domicilio dell'attore sia fatta nell'atto di citazione; può anche essere fatto con atto separato a termini di questo articolo.

Quando però sarà d'uopo eleggere domicilio e quando soltanto dichiararlo? Lo dice l'art. 134. Se l'attore ha residenza o domicilio nello Stato basterà dichiarare il proprio domicilio; altrimenti dovrà eleggere il domicilio nel comune in cui ha sede l'autorità giudiziaria davanti la quale fu incoata la lite; anche nel primo caso però l'attore potrà fare tale elezione di domicilio.

Il numero 2 dell'articolo presente comprende ambidue questi casi. Però convien tener per fermo che l'elezione di domicilio nel comune dove si deve comparire non è obbligatoria che per quell'attore il quale non risieda o non abbia domicilio nello Stato; alla notificazione degli atti d'istruzione provvede l'art. 161 coll'elezione tacita di domicilio presso il procuratore per quanto riguarda l'istruzione della causa.

6. Secondo l'art. 199 del Reg. giud., nelle cancellerie dei tribunali civili e commerciali, v'è un registro intitolato *Libro delle registrazioni*, destinato a far fede dei depositi prescritti come dall'art. 158, così dagli art. 159, 166, 393, 394, 395 del Codice di proc. civ. Questo libro, da rinnovarsi annualmente, contiene in distinte colonne, oltre un numero d'ordine progressivo: 1. il nome e cognome del procuratore comparente; 2. il nome e cognome e la residenza della parte da esso procuratore rappresentata, con indicazione se la medesima sia attrice, convenuta, interveniente o chiamata in causa; 3. il nome e cognome e la residenza della parte contraria; 4. la data e la forma del mandato, di cui verrà depositata la copia; 5. la data dell'atto di citazione e della intimazione del medesimo, col cognome dell'usciera da cui fu eseguita; 6. la data delle conclusioni presentate dalle parti nelle cause a udienza fissa e della fattane comunicazione, giusta il prescritto degli art. 390 e 412 dello stesso codice; 7. la indicazione se la causa sia di prima istanza o di appello, formale o sommaria, civile o commerciale; 8. la distinta indicazione della natura, forma e data dei documenti depositati nel corso del giudizio, i nomi e cognomi delle persone alle quali sono relativi, e la data della loro produzione, comunicazione e restituzione. In questa colonna i procuratori apporranno la loro sottoscrizione, la quale servirà di ricevuta; 9. le osservazioni.

159. Il procuratore del convenuto, prima della scadenza del detto termine, deve depositare nella cancelleria :

1. Il mandato per originale o per copia ;

Art. 190, 199 reg. gi.
158, 161, 393 seg., 431
p. c.

2. L'atto di dichiarazione di residenza o di elezione o dichiarazione di domicilio fatta dalla parte nel modo prescritto per l'attore nel n. 5 dell'articolo 134; e deve notificare al procuratore dell'attore la propria costituzione e il domicilio eletto dalla parte.

1. Non vale l'enunciazione di domicilio o residenza fatta nell'atto di procura o nell'intestazione delle comparse. — *Appello Torino 27 novembre 1869. Quarello—Doron. Giurisprudenza, VII, 73. — Appello Torino, 23 novembre 1868. Osella—Barberis, Giurisprudenza, VI, 84. — Cass. Torino, 14 aprile 1869. Raffaini—Mambretti. Giurisprudenza, VI, 409.*

2. Questo articolo richiede il deposito per parte del procuratore del convenuto tanto del mandato alle liti che dell'atto di dichiarazione di residenza o di elezione di domicilio, che deve essere un atto *ad hoc* che indichi indubbiamente la volontà della parte.

Non basta perciò la dichiarazione di residenza fatta nel mandato o nella enunciazione delle comparse. — *Cass. Torino, 15 giugno 1870. Negri—S. A. R. Duchessa d'Aosta. Giurisprudenza, VII, 553.*

1. Se l'attore nel termine di citazione non ha costituito procuratore, il convenuto può anche tralasciare di instaurare egli il procedimento senza pregiudizio di sorta. L'attore infatti non comparso nel termine non può proseguire nel giudizio, nè chiedere la contumacia del convenuto non comparso ma deve rinnovare la citazione, ritenendosi la prima abbandonata.

Quando adunque il convenuto non avesse interesse di provocare la decisione o di proporre riconvenzionali, agirebbe prudentemente prima di costituire il suo procuratore coll'accertarsi della costituzione dell'attore. Altrimenti comparendo non fa che tener vivo un giudizio che sarebbe spento scaduto il termine di citazione.

Se però egli è comparso può, o continuare il giudizio chiedendo la contumacia dell'attore nei 60 giorni, o arrestarsi e lasciar verificare la perenzione col decorso di questo termine, — *A. Scotti, Mon. Trib., XI, 994.*

2. Secondo Borsari l'obbligo della *dichiarazione* di residenza o domicilio s'intenderebbe qualora il *convenuto non abbia residenza o domicilio nello Stato* (*Comm.*, I, 251). Non saprei però come questa opinione potesse armonizzarsi con quanto è prescritto nel n. 5 dell'art. 134, e starei per affermare che qui deve essere incorso un errore di stampa nell'opera dell'autore citato, e che invece di *dichiarazione*, dovesse dirsi *elezione*.

Difatti è la elezione di domicilio che l'art. 134, n. 5, non rende obbligatoria se non per chi ha residenza o domicilio fuori dello Stato. La dichiarazione della residenza o del domicilio è prescritta invece anche per chi risieda o sia domiciliato nel regno.

160. La dichiarazione di residenza o la elezione o dichiarazione di domicilio conserva il suo effetto finchè non sia mutata per atto notificato all'altra parte.

La elezione o dichiarazione tardiva produce effetto soltanto dal giorno in cui sia notificata all'altra parte.

161. Le parti non possono rievocare il loro procuratore senza costituirne un altro.

La rievocazione del procuratore non produce effetto, sinchè non sia stata notificata la costituzione del nuovo procuratore.

La costituzione del procuratore produce elezione di domicilio presso il medesimo per quanto riguarda l'istruzione della causa.

La regola contenuta in questo articolo per cui la revocazione del procuratore non produce effetto finchè non sia stata notificata la costituzione del nuovo procuratore, non si applica al caso di procuratore officioso, che abbia notificata la cessazione del gratuito patrocinio e della rappresentanza della parte. — *Cass. Torino, 15 settembre 1873. Borgeisa—Borgeisa. Mon. Trib., XIV, 1011.*

§ II.

Delle comparse, dei termini per rispondere, e della comunicazione dei documenti.

162. Qualunque istanza, risposta, o altro atto relativo all'istruzione della causa, sempre che non sia stabilita una forma diversa, si fa per comparsa.

La comparsa indica il nome e cognome delle parti e dei loro procuratori, ed è sottoscritta dal procuratore.

« Le comparse, oltre le indicazioni prescritte dall'art. 162 C. p. c., devono contenere in principio la designazione dell'autorità giudiziaria avanti la quale è istruita la causa, e esprimerne la natura civile o commerciale, formale o sommaria ». — *Art. 200 Reg. gen. giud.*

163. La comparsa è notificata da un usciere per copia fatta e sottoscritta dal procuratore. La notificazione si fa mediante consegna della copia nell'ufficio del procuratore dell'altra parte.

Art. 72, 73 n. 3,
143 n. 26 R. D. 13
1874 legge registro.

L'usciere certifica la notificazione e la data di essa in fine dell'originale e della copia.

1. Ad accertare la notificazione di un atto al procuratore non basta la firma dell'usciere posta accanto a quella del procuratore, ma occorre l'espresso certificato di notificazione. — *Appello Parma, 9 ottobre 1866. Micheli—Pontirol, II. cc. Mon. Trib., VII, 1015.*

2. Deve ritenersi fatta la notificazione d'una comparsa quando entro il termine dalla legge fissato sia stata consegnata all'ufficio degli uscieri. — *Appello Milano, 30 marzo 1867. Ditta Blancyeune—Delrue. Mon. Trib., VIII, 396.* — *Contra: Appello Brescia, 21 agosto 1867. Lazzarini—Zatta. Mon. Trib., VIII, 1413.*

164. Il procuratore del convenuto fa notificare a quello dell'attore la sua risposta entro giorni 15 dalla scadenza del termine della citazione.

Art. 43 seg., 14
159 c. p. c.

Può anche rispondere nell'atto stesso, col quale notifica la sua costituzione a norma dell'articolo 159.

1. Per l'espresso tenore di questo art. non è più lecito dubitare che il termine per notificare la risposta comincia a decorrere dalla scadenza del termine di comparizione, quantunque la costituzione in giudizio sia fatta prima o dopo lo spirare di detto termine. — *Mancini, Comm. II, n. CDXVII - Borsari, Comm.*

2. Avrebbe tutta l'efficacia giuridica quella risposta che può far notificare il convenuto all'attore prima del giorno della scadenza della citazione. Ciò non significherebbe una abbreviazione di termine in danno del suo avversario, il quale ha sempre in suo favore l'invariabilità del termine intero di giorni 15, entro cui dare la sua replica, dal dì della notificazione della risposta del convenuto. Nè a ciò osta il disposto dell'art. 172, il quale comprende l'ipotesi in cui il termine devesi abbreviare per giusti motivi. — Gargiulo, *Comm.*, p. 460.

165. L'attore, entro giorni quindici dalla notificazione della risposta, può far notificare la sua replica; il convenuto, entro giorni quindici successivi alla notificazione della replica, può far notificare la sua controreplica, e così successivamente.

166. Quando la comparsa sia fondata su documenti, si deve offrirne la comunicazione per originale o per copia, eseguire il deposito degli originali nella cancelleria, e far notificare il deposito eseguito.

I documenti materialmente depositati nella cancelleria non si hanno come legalmente prodotti in giudizio, nè sono attendibili dai giudici, se il loro deposito non fu accompagnato dall'offerta di comunicazione all'avversario. — *Appello Torino. 16 novembre 1868. Barabino—Debernardis. Annali*, II, 525.

167. La comunicazione dei documenti si fa per mezzo della cancelleria, la quale consegna al procuratore dell'altra parte l'originale o la copia che sia stata a questo fine depositata insieme coll'originale. In quest'ultimo caso l'originale rimane in deposito nella cancelleria per tutto il termine assegnato a rispondere.

168. Il procuratore che ebbe comunicazione dei documenti deve farne restituzione nel termine stabilito per rispondere.

169. Quando le parti contrarie a quella che fece la produzione dei documenti abbiano procuratori diversi, e siano depositati nella cancelleria documenti da comunicarsi in originale, se i procuratori siano più di due il termine per rispondere è di giorni trenta per tutti.

Art. 282 reg. giud.

170. Quando il procuratore non restituisca nel termine stabilito i documenti, il presidente, sull'istanza della parte interessata e sentito esso procuratore, ordina la restituzione immediata dei documenti, e può condannare il procuratore al pagamento di lire cinque, a titolo di danni, per ciascun giorno di ritardo.

Quando entro due giorni dall'ordinanza, se pronunciata in contraddittorio, o dalla notificazione, se pronunciata in contumacia, il procuratore non abbia restituito i documenti, l'autorità giudiziaria, sull'istanza della parte interessata, previa citazione in via sommaria, può ordinarne la sospensione per un tempo non maggiore di giorni novanta.

1. Dai termini dell'articolo si rileva che se la condanna alla multa è di attribuzione del presidente che la pronuncia con ordinanza, la condanna alla

sospensione è di competenza del Tribunale o della Corte e deve pronunciarsi perciò con sentenza.

2. Le sanzioni da questo articolo contemplate non sono applicabili ai giudizi davanti ai conciliatori ed ai pretori. Nei giudizi dinanzi ai tribunali di commercio, nei quali intervenga un procuratore, potrà bensì il presidente condannare il procuratore stesso al pagamento della multa, ma la sentenza di sospensione dovrà chiedersi al tribunale civile con istanza apposita. — Borsari, *Comm.*, p. 260 - Gargiulo, *Comm.*, p. 471 - Saredo, *Istit.*, n. 344.

3. Pronunciata la sospensione cessa la pena minore della multa precedentemente applicata, la quale però continua durante il giudizio della sospensione. — Borsari, *Comm.* I, 260.

171. Le istanze accennate nell'articolo precedente possono farsi dalle parti in persona, e dirigersi anche al ministero pubblico.

Art. 282 reg. giud.; 6
c. p. c.

Le sentenze di condanna indicate nello stesso articolo sono appellabili solo in quanto riguarda la sospensione.

1. È ammesso il diritto di reclamo contro la ordinanza del presidente che indigge una multa a termini dell'articolo precedente al procuratore che rifiuta di restituire i documenti?

Il silenzio della legge intorno a questo mezzo di impugnare la detta ordinanza e d'altra parte l'accenno fatto in questo articolo alla sola facoltà di appellare dalle sentenze di condanna alla pena della sospensione, potrebbero far credere che il diritto a reclamare dall'ordinanza medesima sia escluso. E difatti così ritiene Borsari (*Comm.* I. p. 201). Però lo stesso illustre autore confessa che vi sarebbe motivo a dubitare per la gravità del provvedimento che si rimetterebbe al solo presidente, ma si dichiara per la opinione negativa, specialmente perchè non si faccia luogo ad una interpretazione estensiva, sempre pericolosa in simili argomenti.

Io non credo però che qui si tratti di supplire in modo assoluto al silenzio della legge. L'art. 62 Cod. proc. civ., deve a mio modo di vedere trovare applicazione anche al caso attuale, poichè il provvedimento presidenziale che condanna alla multa giornaliera infolge senza dubbio una pena e perciò se il provvedimento stesso sarà stato pronunciato in contumacia del procuratore, senza cioè che egli sia sentito nelle sue discolpe, potrà farle valere con ricorso, che dovrà necessariamente presentarsi entro i due giorni dalla notificazione dell'ordinanza per non incorrere nella pena più grave comminata dal capoverso dell'art. 170 C. p. c.

Ammettendo però il diritto nel procuratore a far valere le proprie discolpe, riterrei che il ricorso dovesse prodursi allo stesso presidente che ha pronunciato la condanna, giacchè per l'art. 62 è la stessa autorità giudiziaria che ha applicata la pena, la quale deve giudicare sulla giustificazione del procuratore rimasto prima contumace.

Tranne questo caso speciale nessun rimedio è ammesso contro l'ordinanza suddetta.

Il nuovo codice ha affidato l'irrogazione della semplice multa al solo presidente, contrariamente al codice sardo che ne faceva una attribuzione del collegio (art. 183, cod. 1854, 179 cod. 1859), certo perchè il procedimento fosse più spiccio; e se si facesse luogo al reclamo al collegio dall'ordinanza del presidente, lo scopo del legislatore sarebbe facilmente deluso.

Quanto alla sentenza che riguarda la sospensione, il capoverso dell'art. deve intendersi nel senso che la medesima non sia appellabile da chiunque, ma dal solo procuratore contro il quale sia stata pronunciata la sospensione. La limitazione però rispetto all'appellabilità, non deve essere estesa all'opposizione, ed io penso col Gargiulo (*Comm.*, p. 172) che questo rimedio abbia ad essere accordato al procuratore condannato in contumacia.

2. Dalla dizione generale dell'articolo potrebbesi dedurre che anche dalle sentenze che condannano alla sospensione, pronunciate in causa pendente davanti le Corti d'appello, fosse concessa l'appellazione. È chiaro però che ciò non può ammettersi mancando in tal caso il giudice di seconda istanza, e l'appellabilità deve perciò intendersi limitata alle sole sentenze emanate dai Tribunali. — *Conformi*: Borsari, *Comm.* I, p. 261 - Gargiulo, *Comm.*, p. 473.

172. I termini per rispondere e per qualunque altro atto di istruzione possono per giusti motivi essere abbreviati dal presidente, col decreto che permette la citazione a breve termine, o anche in corso di causa, sentite le parti.

Denunziata un'iscrizione a ruolo e non notificata alcuna comparsa entro il termine ordinario di giorni 15, la parte più diligente ha acquistato il diritto di portare la causa all'udienza, ed il termine che ancor deve decorrere dall'iscrizione alla discussione può essere abbreviato con decreto del presidente. — *Cass. Napoli*, 28 febbraio 1874. *Dell'Agli—Comune di Genzano. Bettini*, XXVI, 625.

« La domanda per abbreviazione di termini e spedizione d'urgenza di una causa deve farsi dopo l'iscrizione della medesima nel ruolo di spedizione, con ricorso al presidente, il quale provvede con decreto motivato. — *Art. 245 Reg. gen. giud.* »

§ III.

Dell'iscrizione della causa a ruolo, delle comparse conclusionali, e dell'estrazione della causa dal ruolo di spedizione.

Art. 214, 215, 216, 217,
219, 220 reg. giud.

173. Quando sia decorso per tutte le parti il termine per comparire e per rispondere, la parte che vi ha interesse può far iscrivere la causa sul ruolo di spedizione.

La parte che non vuole rispondere può farla iscrivere anche prima della scadenza del detto termine.

L'iscrizione della causa è notificata all'altra parte.

1. È nulla l'iscrizione della causa a ruolo fatta prima del deposito in cancelleria dei documenti da comunicarsi alla controparte, nè basterebbe ad evitare tale nullità la comunicazione privatamente fatta dal procuratore al procuratore dei titoli stessi. — *Appello Cagliari*, 2 ottobre 1866. *Nulvi, Collegiata dei Canonici—Donaddo-Monca. Bettini*, XVIII, 531.

2. La mancanza di notificazione dell'iscrizione della causa a ruolo è sanata se la parte compare all'udienza senza muovere al proposito alcuna eccezione e protesta, e quindi non ha più diritto di eccepire la nullità dell'emanata sentenza. — *Appello Torino*, 27 dicembre 1866. *Gilardi—Cosso. Bettini*, XVIII, 683.

3. Quando siano tre o più le parti interessate in una stessa causa questa può essere iscritta a ruolo, sebbene non sia scaduto il termine per rispondere alle comparse date da ciascuna di esse; altrimenti ne verrebbe

che, due delle parti potrebbero indefinitamente protrarre l'iscrizione a ruolo a danno dell'altra parte contro la celerità dei giudizj. — *Appello Torino*, 19 marzo 1869. *Giurisprudenza*, 1869.

4. Il convenuto o l'appellato possono invece di rispondere nel termine dell'art. 164 far iscrivere la causa sul ruolo di spedizione anche pendente tal termine. — *Cass. Torino*, 7 dicembre 1871, *Bignami—Meyrat. Mon. Trib.*, XII, 1100.

5. Un convenuto che non voglia rispondere può a termini di questo articolo iscrivere a ruolo la causa anche prima della scadenza del termine, benchè non concorrano assieme gli altri convenuti di causa.

La notifica all'altra parte dell'iscrizione a ruolo è dovuta alla sola parte contraria di causa e non anche agli altri correi che con l'iscrivente sono una sola parte in causa.

Non vale a sospendere il termine decorrente per rispondere o per iscrivere la causa a ruolo dopo la notifica fatta della comparsa avversaria, la proposta incidentale di una prova elevata da chi fece notificare tale comparsa. — *Appello Venezia*, 16 maggio 1873. *Chemin—Chemin. Eco dei Trib.*, XXIV, 86.

6. È intempestiva la iscrizione della causa a ruolo fatta dal convenuto che prima della iscrizione, non abbia ancora notificata la propria costituzione di procuratore. In tal caso non tiene la eccezione pregiudiziale d'ordine contro la procedibilità di qualsiasi nuova comparsa incidentale comunicata dal notificato dell'iscrizione. — *Appello Venezia*, 29 maggio 1874. *Schinello—Schinello. Mon. Giud.*, III, 407.

Commentando questo art. l'illustre Borsari si domanda:

Quando si intende *decorso per tutte le parti il termine per comparire e per rispondere?*

E risponde: « Avverto che questa è una formola nuova; ed anche un pochino, mi sia permesso il dirlo, equivoca. Se la legge lo avesse essa medesima fissato questo termine, sarebbe conto piano: ma gli è che non l'ha fissato. Intanto la prima parte dell'articolo suppone che non per rinunzia al diritto di rispondere, ma *per esaurimento di difese*, per lasso di termini e per maturata o compiuta istruzione, si proceda alla iscrizione. Si domanda anche una volta quando tutto questo si verifica? Ora che tocca a me il rispondere, dico che non lo so. Sono costretto a congetturare. Bisogna ch'io mi finga abbastanza matura la causa dopo un certo scambio di difese. La citazione è la prima e solenne manifestazione dei diritti dell'attore; il convenuto risponde, replica l'attore; il convenuto manda una controreplica, che una volta si chiamava *duplica*. Qui il corso difensivo prima della iscrizione in ruolo almeno, sembra proprio finito. Ciò era nelle nostre pratiche, ciò è razionale. Se adunque il convenuto, dopo la sua controreplica, passa senz'altro all'iscrizione in ruolo, sembra esser in regola ».

Con tutto il rispetto però per l'illustre autore debbo dichiarare che questo sistema mi sembra errato. Non è infatti vero che l'iscrizione a ruolo non possa farsi se non ad un dato stadio della istruttoria scritta, quando sia supponibile che l'istruttoria medesima sia completa, e cioè, come propone Borsari, dopo la controreplica. Questo limite l'articolo non lo fissa. Né intende dire che l'iscrizione a ruolo avvenga quando sieno esaurite le difese per lasso di termini e sia maturata la istruzione.

Le espressioni dell'art. altro non significano se non questo che quando alla scadenza del termine per comparire, o dalla notificazione di una delle cedole, è decorso il termine per rispondere, può la parte che vi ha interesse, far iscrivere la causa a ruolo *in qualunque stadio essa si trovi*, approfittando della negligenza dell'avversario nel notificare la propria comparsa.

Ecco pertanto quando si intende decorso per tutte le parti il termine per comparire e per rispondere. Ed ecco come le congetture dell'esimio Borsari siano affatto fuor di luogo, come non è giusta la taccia di equivoca che egli dà alla frase del legislatore.

3. Petrà il convenuto in luogo di comunicare la sua comparsa di risposta, iscrivere la causa a ruolo?

Sarebbe un obbligo del convenuto di rispondere la prima volta perchè il giudice conosca anche ciò che voglia lo stesso convenuto?

Borsari risponde che la difesa non potendo essere imposta non si può obbligare il convenuto a rispondere. (*Comm.*, 263).

Il tenore del capoverso dell'articolo mi pare non debba lasciar luogo a dubbj poichè non vi si parla punto dello stadio a cui sia giunta la lite.

4. Ecco gli articoli del Reg. generale giudiziario che riguardano l'iscrizione a ruolo:

Art. 214. L'iscrizione delle cause prescritta dagli art. 173 e 390 del Cod. di proced., si fa in un registro denominato *Ruolo generale di spedizione*, diviso in colonne che devono contenere le annotazioni seguenti: 1. il numero d'ordine progressivo di ogni iscrizione; 2. il numero della causa nel libro delle registrazioni; 3. la data dell'iscrizione; 4. il nome e cognome, la residenza e il domicilio delle parti; il nome e cognome del rispettivo procuratore; 5. il nome e cognome del procuratore che chiede l'iscrizione; 6. la data del primo e dell'ultimo atto della causa; 7. l'oggetto della causa, e, se si tratta di giudizio d'appello, la data della sentenza appellata e la menzione dell'autorità giudiziaria che l'ha proferita; 8. la data della notificazione dell'iscrizione per cura del procuratore dell'istante a quello della parte contraria; 9. la sezione del tribunale alla quale la causa è stata assegnata; 10. la data della sentenza o del provvedimento emanati in seguito all'iscrizione a ruolo, o della comparsa che diede luogo alla cancellazione dell'iscrizione; 11. il cognome del giudice che sia stato nominato relatore.

Presso i tribunali civili incaricati delle funzioni di tribunali di commercio, il suddetto registro ha una colonna suddivisa per annotarvi la natura civile o commerciale della causa.

Il registro ha inoltre una colonna per le osservazioni a cui possa dar luogo l'iscrizione e specialmente l'indicazione dell'obbligo di comunicare la causa al P. M. in applicazione dell'art. 346 del predetto Codice.

Art. 215. Per ottenere l'iscrizione a ruolo, il procuratore istante deve presentare al cancelliere, insieme agli atti della causa, una nota colle indicazioni prescritte ai n. 4, 5, 6 e 7 dell'art. 214, coll'avvertenza inoltre, nei casi previsti dal succitato art. 346 del Codice di proc., dell'obbligo e del motivo della comunicazione della causa al M. P.

Il cancelliere fa risultare sugli atti dell'eseguita iscrizione.

Art. 216. La notificazione dell'iscrizione prescritta dall'ultimo capoverso dell'art. 173 del detto codice deve farsi entro due giorni dalla sua data, con biglietto in carta libera, da un usciere che ne scrive sugli atti la relazione.

Questa è presentata dal procuratore istante al cancelliere, che ne prende nota alla colonna 6^a del ruolo di spedizione.

Art. 217. L'iscrizione nel ruolo di spedizione deve rinnovarsi allorchè, a seguito di una sentenza interlocutoria, la causa è nuovamente in istato di essere recata a decisione.

Il procuratore, a richiesta del quale ha luogo la rinnovazione, deve dichiarare che la causa fu già assegnata ad una sezione, ed il cancelliere ne fa menzione nella colonna delle osservazioni. I contravventori sono puniti con ammenda di lire 5 a 20.

La rinnovazione dell'iscrizione è notificata alla forma dell'articolo precedente.

Art. 219. Il presidente può ordinare la cancellazione dal ruolo delle cause iscrittevi fuori dei casi e termini stabiliti dal codice di procedura, e di quelle la cui iscrizione non risulti notificata entro il termine stabilito dall'art. 216.

Art. 220. La cancellazione della causa dal ruolo di spedizione avrà

luogo se le parti, e per esse i loro procuratori, dichiarino che la medesima fu transatta, o che, per esservi trattative d'accordo, se ne voglia sospendere la decisione.

174. La parte cui fu notificata l'iscrizione a ruolo può far notificare all'altra parte una nuova comparsa nel termine perentorio di giorni quindici.

Art. 218 reg. giud.

Se questa risponda, cessa l'effetto dell'iscrizione a ruolo, ma le spese dell'iscrizione e della relativa notificazione sono rimborsate dalla parte che fece notificare la nuova comparsa.

Se non sia notificata alcuna nuova comparsa, o se la parte a cui fu notificata dichiara di non voler rispondere, o non risponda nel termine ordinario, l'iscrizione rimane ferma.

1. Anche chi ha ottenuto l'iscrizione della causa a ruolo può, rinvenendo sul fatto proprio, produrre nuova comparsa nel termine fissato da questo articolo, chè non può vietarsi alla parte più diligente quello che è pur permesso alla negligente. — *Appello Milano*, 5 giugno 1866. *Ditta Rossari—Corriera di Genova. Mon. Trib.*, VII, 758.

2. Una citazione per biglietto non può tener luogo della nuova comparsa di cui questo articolo, tanto meno se chi la presenta non promuove la cancellazione dell'iscrizione della causa.

Epperziò, l'iscrizione rimanendo tuttora ferma, è inammissibile la domanda spiegata colla citazione stessa. — *Appello Milano*, 23 marzo 1867. *Molinari—Violetti. Bettini*, XIX, 160.

3. Colla nuova comparsa di cui a questo articolo si ponno produrre eziandio nuove prove.

Benchè a questa nuova comparsa la controparte abbia dichiarato di non voler rispondere e quindi sia rimasta ferma l'iscrizione della causa a ruolo, può il giudizio pronunciare non farsi luogo sul merito se, elevatosi un incidente intorno all'ammissibilità delle nuove prove offerte colla succitata nuova comparsa, la risoluzione di esso sia stata rinviata ad una udienza posteriore a quella fissata pella decisione della causa principale. — *Appello Milano*, 9 ottobre 1867. *Bruschetti—Lombardi. Mon. Trib.*, VIII, 1003. = Sulla prima parte è conforme: *Trib. Lucca*, 21 luglio 1866. *Madrigalli—Cattani. Mon. Trib.*, VIII, 1003.

4. È manifesto pel letterale tenore di questo articolo nonchè per lo spirito che lo informa, essersi voluto accordare alla parte contro cui fu proposta l'iscrizione della causa, la facoltà di riaprire l'istruzione mediante la notificazione di una nuova comparsa, alla quale la parte iscrivente può rispondere. E la legge disponendo che si possa riaprire l'istruttoria della causa dopo l'iscrizione a ruolo, semprechè non sia questa rimasta ferma, ha implicitamente sì, ma pur necessariamente consentito che la causa fosse ulteriormente istruita come avrebbe potuto esserlo innanzi la sua iscrizione a ruolo.

Non è rigorosamente logico inferire dal secondo capoverso di detto articolo che non si possano produrre nella nuova comparsa di cui è caso, se non prove precostituite, attesochè si verrebbe a introdurre nella istruzione della causa e quindi nel diritto di difesa una restrizione che la legge non fa, e la quale contraddirebbe al fine dalla medesima propostosi nel dettare l'anzidetto articolo. Nè vale in contrario l'argomento, che cioè rimanendo ferma l'iscrizione a ruolo, qualora la parte cui fu notificata la

nuova comparsa non risponda, sia forza ritenere che la nuova comparsa non sia tale da far cessare l'effetto della iscrizione come lo è appunto la comparsa con introduzione di prove da raccogliersi, imperocchè se sia vero che col fatto della nuova comparsa per la quale si riapre l'istruzione della causa dovrebbe *ipso jure* cessare l'effetto della iscrizione, la quale suppone che l'istruzione sia completa e chiusa, ne consegue che la legge dovesse dichiarare se e quando, ancorchè si fosse riaperta l'istruzione della causa, non cesserebbe l'effetto dell'iscrizione, e anzi dovrebbe questa rimaner ferma. E questo appunto fu dichiarato nel secondo capoverso dell'art. 174 e cioè nel caso in cui la nuova comparsa fosse tale da non implicare ulteriori verificazioni ed atti, onde potesse ritenersi compiuta la istruzione quando la controparte non avesse voluto rispondere. — *Appello Milano, 5 dicembre 1867. Battaglia—Vergani. Mon. Trib., IX, 238.*

5. Nella nuova comparsa che si può produrre a termini di questo articolo è bensì permesso produrre nuove prove, ma a tal fine si deve colla comparsa stessa citare la controparte avanti il presidente pella trattazione dell'incidente.

In mancanza di ciò, se la controparte col non rispondere fa sì che rimanga ferma l'iscrizione a ruolo non è più permesso all'avversario di promuovere in seguito l'incidente per l'ammissione delle dette prove, salvo il prenderlo in considerazione in seguito alla discussione del merito. — *Appello Milano, 9 gennaio 1868. Arnaboldi—Pollon. Mon. Trib., IX, 237.*

6. Allorchè in causa a procedimento formale sia rimasta ferma l'iscrizione a ruolo, la parte, che pretende essere nulla e doversi cancellare tale iscrizione, deve proporre la sua domanda non già provocando all'uopo separato incidente, ma costituendone un preliminare capo distinto di specifica conclusione da prendersi all'udienza fissata pella discussione della causa.

Tuttavia se questo incidente fu promosso e la causa fu rinviata all'udienza appunto per la risoluzione del medesimo, questo procedimento incidentale non può per ciò solo considerarsi nullo. — *Appello Brescia, 11 marzo 1868. Pedercini—Bonfamiglio, ll. cc. Mon. Trib., IX, 494.*

7. Colla nuova comparsa di cui in questo articolo si possono introdurre incidenti per ammissione di nuove prove. In tal caso l'iscrizione della causa a ruolo perde ogni giuridico effetto e la sua cancellazione, benchè materialmente non eseguita, si opera giuridicamente per ministero di legge. Perciò è nulla la sentenza emanata dietro la discussione a seguito di quella iscrizione a ruolo che doveva essere decaduta. Solo nel caso che la nuova comparsa non proponga atti di istruzione, può l'avversario non rispondendo far restar ferma l'iscrizione a ruolo. — *Appello Milano, 14 aprile 1868. Mantovani—Cattaneo. Mon. Trib., IX, 403.*

8. La nuova comparsa permessa da questo art. può benissimo contenere l'offerta di nuove prove ed importare ulteriori pratiche e verificazioni. Nel caso poi che a tale nuova comparsa non siasi dall'avversario risposto, e che quindi la iscrizione sia rimasta ferma, la parte che la fece notificare all'avversario non può che formulare nella sua comparsa conclusionale, in via di capo preliminare, le sue istanze per ulteriori incumbenti richiesti dalle deduzioni contenute in quella sua nuova comparsa, e tocca al magistrato a vedere se debbasì o no far luogo alla domanda, secondo che vi sia buona o mala fede.

Ecco il motivato di questa magistrale sentenza di cui fu estensore l'illustre cons. Biagi:

Attesochè a chiunque siasi un po' addentrato nella scienza del moderno rito processuale chiaro apparirà come avendo il legislatore lasciato alle parti contendenti la più ampia ed illimitata libertà di istruzione, senza

prefinizione di nessun termine fuori di quello della perenzione d'istanza, abbia pure dovuto in pari tempo fornire modo acconcio a ciascuna delle parti stesse di potere porre un termine alla preliminare processura scritta col portare la causa allo stato di spedizione mercè l'iscrizione a ruolo, e accesa questa una volta, si ha per concluso in causa, e non è più in balla di una sola delle parti, non esclusa neppure quella stessa che l'ha fatta eseguire e notificare, di farne cessare gli effetti a malgrado dell'altra e di ripigliare a beneplacito l'istruzione, e solo per accordo espresso o tacito di ambedue potrà ciò intervenire, e l'accordo presunto si trae legalmente e necessariamente dal fatto che la parte iscrivente dia risposta alla nuova comparsa; e quando per contro non venga fatta risposta o si dichiari di non voler rispondere sta, e secondo l'economia del sistema deve stare ferma l'iscrizione, e alla parte che notificò la nuova comparsa, se crede di aver diritto di procedere alle ulteriori incumbenze con essa dedotte per propria difesa non rimane altra via che di proporre formale istanza in capo preliminare di sue conclusioni finali, e al solo prudente e regolato arbitrio dei magistrati, dirimpetto ai quali mal si conclude in causa, appartiene di conoscere se sia o no il caso di ammettere la domanda secondo vi sia buona o mala fede.

Che per vero dire, soltanto con questo razionale metodo possono essere imparzialmente rispettati i diritti d'ambedue le parti e tolti gli enormi abusi che altrimenti deriverebbero dalla sfrenata irrazionale licenza lasciata alla parte di potere a suo capriccio riaprire, *altera invita*, l'istruzione della causa già portata a grado di spedizione, e più non vi sarebbe allora modo di concludere definitivamente in causa, e si eternerebbero le liti, e non essendo dal codice stabilito un limite alla pretesa facoltà, dopo compiute le ulteriori incombenze e iscritta di nuovo la causa a ruolo, sopra richiesta di quella stessa parte che ne aveva riaperta la istruzione, la contraria parte potrebbe anch'essa giovare a sua posta di quello stesso mezzo di riaprimiento della istruzione per una seconda volta, e così via discorrendo.

E non è vero che con siffatto sistema si incorra in sognati assurdi e si renda vano ed illusorio il beneficio accordato alla contraria parte di notificare una nuova comparsa per provvedere alla propria difesa, dappoichè appunto perchè l'avversario si oppone all'invocato riaprimiento, appunto perchè si abbia modo efficace di impedire gli abusi per maliziose tergiversazioni, bisogna assolutamente che sottentri l'opera del magistrato a cui solo si aspetta di esaminare e risolvere, avuto riguardo alle circostanze speciali del caso, se si debba far luogo o no alla domanda.

E siccome la notificazione di nuova comparsa, entro il termine di giorni 15, espressamente consentita dalla legge è pienamente regolare, e la medesima entra perciò a formar parte integrante del processo scritto, così ne discende di necessaria conseguenza che nella comparsa conclusionale se ne dovrà riassumere il tenore e formularne in capo preliminare e principale le relative conclusioni, e l'autorità giudiziaria dovrà pronunciare prima d'ogni altra cosa sulle medesime e, soltanto quando ritenga che non si debba far ragione alla domanda, potrà passare a pronunciare in merito.

Attesochè mentre la legge dispone genericamente in termini espliciti e non ambigui nè oscuri, riesce in verità incomprensibile che laddove essa non distingue si pretenda di fare distinzioni fra comparsa contenente pure deduzioni di merito in diritto e anche in fatto, e comparsa che richiama ulteriori pratiche e verificazioni, avvegnachè nel vigente sistema di rito, qualora non si voglia abusarne e guastarlo, non esistono e non

possono regolarmente esistere anormali e viziose comparse per mere deduzioni di diritto e di fatto, la cui esposizione sommaria e compendiosa vuolsi riservata alla citazione e principalmente alla comparsa conclusionale e il pieno svolgimento delle medesime alla discussione orale in pubblica udienza che è l'unica vera sede della compiuta istruzione del diritto; e quanto ad ogni altra comparsa da potersi regolarmente notificare come avente qualche utile scopo, o si tratta della produzione di prove perfette precostituite, o queste, se non importano ulteriori verificazioni da parte del deducente, bene possono richiederne da parte dell'avversario per combatterle a propria difesa, o si tratta invece di prove scritte imperfette o di ogni altro mezzo di prova orale e, a dimostrare che non regge la irrazionale pretesa distinzione, basta la considerazione assai ovvia che anzi uno di cotali mezzi, vale a dire il giuramento decisivo, è pur sempre ammesso in qualsiasi stato della causa, quantunque per esso si richieggano tutte quelle ulteriori pratiche e incombenze che sono dal Codice prescritte. — *Appello Brescia 9 giugno 1868. Ghiò—Ghiò. Mon. Trib. X, 134.*

9. Chi fa iscrivere la causa a ruolo non à diritto di presentare dappoi neppure entro il termine di 15 giorni la nuova comparsa permessa soltanto alla parte alla quale l'iscrizione fu notificata. — *Cass. Torino 27 gennaio 1870. Fall. Piovana—Alberione. Mon. Trib., XI, 129.*

10. Niuna legge vieta di proseguire la causa e di iscrivere a ruolo sul merito, quando vi ha rimessione avanti il tribunale per la risoluzione di un incidente.

Sia pure che mentre perdura l'istruttoria della causa non si possa decidere il merito della causa stessa, ciò è naturale; ma allorchando il tribunale è chiamato a decidere una questione incidentale si potrà intanto proseguire la causa in merito e chiudere contemporaneamente sul merito l'istruttoria della causa.

Perciò, quand'anche il convenuto incidentale all'epoca della ordinanza di rimessione per la risoluzione dell'incidente, non avendo i mezzi per dimostrare la inconcludenza della prova e il fondamento del suo assunto, non fece istanza per la rimessione anche sul merito, ove posteriormente si provvegga di tali mezzi potrà iscrivere la causa a ruolo per la decisione del merito, previa dimostrazione della inconcludenza della prova. — *Cass. Torino 25 marzo 1871. Lloyd—Semino. Giurisprudenza, VIII, 273.*

11. La parte contro cui siasi fatta iscrivere la causa a ruolo à sempre il diritto ad una nuova comparsa onde completare ed istruire la causa, anche giusta gli articoli 158 e 489; ma se essa non approfitta di questa facoltà e chiede invece la cancellazione dell'iscrizione, bene questa domanda viene respinta. — *Cass. Torino 7 dicembre 1871. Bignami—Meyrat. Mon. Trib., XII, 1100.*

12. Non hanno virtù di far cadere dal ruolo di spedizione la causa e di riaprire lo stadio istruttorio nè la comparsa, che, a termini dell'art. 176, viene significata dalla parte iscrivente alle altre parti, sia pure che in essa comparsa faccia cenno delle comparse ad essa state notificate a termini di questo articolo e dica inattendibili le difese in questa spiegate, nè le comparse notificatesi a vicenda tra due liteconsorti contraddittori alla parte iscrivente, quando questa non abbia fatta risposta a quelle comparse ad essa pure state notificate, e ciò tanto più quando le pretese accampate dai liteconsorti non si leghino per modo a quelle della parte iscrivente da rendere individuo il giudizio. — *Appello Parma, 11 febbraio 1873. Pizzari—Porta. Bettini, XXV, 5.*

13. Con la nuova comparsa che la parte cui fu notificata l'iscrizione

a ruolo, può far notificare all'altra parte nel termine perentorio di giorni 15 si possono produrre nuovi documenti e proporre nuove prove.

Ma l'incidente promosso per l'ammissione delle proposte prove è improcedibile, se la parte contraria o non comparisce all'udienza presidenziale, o comparendo dichiara di non voler rispondere.

In tal caso il presidente deve limitarsi a dar atto dello stato delle cose, rimanendo ferma l'iscrizione a ruolo.

Ciò però non impedisce alla parte che voglia insistere per l'ammissione della prova, di riproporre la relativa domanda nella comparsa conclusionale di merito, per capo preliminare di specifica conclusione, su cui il tribunale deve versare prima di entrare nel merito, accogliendo le prove se risultino concludenti. — *Appello Brescia 5 luglio 1873. Ditta Duina—Fall. Rampinelli. Mon. Trib., XIV, 1101.*

14. È procedibile un incidente per proposta di prova testimoniale sollevato nei 15 giorni dalla notifica dell'iscrizione, se la parte iscrivente non ha prevenuta la citazione incidentale colla dichiarazione di non voler rispondere alla nuova comparsa. *Appello Venezia 16 luglio 1873. — Frangipane—Luzzati. Eco dei Trib., XXIV, 128.*

15. Nel mentre la comparsa ammessa dall'art. 174 deve avere il suo effetto nella causa ad onta della preceduta iscrizione a ruolo, come vi fanno parte dopo di questa anche la comparsa di delazione di giuramento decisorio e quella conclusionale, soli atti egualmente ammessi dagli articoli 175 e 176 dopo la chiusura dell'istruzione, all'incontro non 'è più ammissibile dopo tale chiusura un incidente per ammissione di prova testimoniale. Lo stesso contro opererebbe all'avvenuto chiudimento d'istruzione della causa, dappoichè ne farebbe proseguire il corso senza che siasi fatta eccezione negli articoli 174 e 176; e così pure sopprimerebbe il diritto processuale acquisito dalla controparte, la quale procurò l'iscrizione a ruolo, a che rimanga questa ferma col non avere risposto alla comparsa, e a che quindi sia in quello stato di istruzione estratta dal ruolo e portata all'udienza. — *Appello Venezia, 30 luglio 1873. Meneghello—Bonfanti. Bettini, XXV, 575.*

16. Cade per ministero stesso di legge l'iscrizione a ruolo della causa e quindi non sono più ammissibili le conclusionali allorchè una delle parti notifichi all'altra, che produsse nuova comparsa dopo l'accesa iscrizione, il deposito in cancelleria di atto o documento che non fu già usato nel corso dell'istruzione e ciò anche se essa dichiara in pari tempo di non voler rispondere e sia stata essa medesima che fece iscrivere la causa a ruolo.

Atto e documento che si identifica colla comparsa nel senso dell'art. 162 e 174 e colle novità dell'art. 176 si è anche un processo verbale di prova di cui viene notificato il deposito per l'ispezione dopo che fu accesa l'iscrizione a ruolo. — *Appello Venezia, 11 settembre 1873. Cappello—Trabaudi, Il. cc. Gior. Trib., II, n. 281.*

17. Iscritta a ruolo una causa non è più ammissibile il proporre incidenti. Attesochè se l'art. 174 nel suo primo periodo alla parte cui fu notificata l'iscrizione della causa a ruolo di spedizione (che è il modo regolare di chiudere lo stadio istruttorio) concede di far notificare alla controparte una ulteriore comparsa accorda pure anche a questa ultima il diritto di tener ferma senz'altro la fatta iscrizione a ruolo col non rispondere alla comparsa medesima.

Attesochè sebbene gli incidenti per prova possano di regola proporsi nelle comparse, non ne deriva necessariamente che ciò possa farsi anche nella comparsa che può tener dietro alla iscrizione a ruolo, perchè

siffatto incidente e la giudiziale assunzione della prova costituiscono la continuazione della istruttoria e necessariamente distruggono l'effetto della seguita iscrizione a ruolo.

Attesochè permettendosi siffatta proposta e prosecuzione della istruttoria si viene a porre inevitabilmente la prima parte dell'art. 174 in flagrante contraddizione coll'ultima, essendochè, ammesso per una delle parti il diritto di proseguire anche dopo la iscrizione a ruolo con nuovo procedimento incidentale la istruzione della causa, si toglie all'altra la possibilità di mantenere ferma l'iscrizione, come gliene dà facoltà assoluta e senza limitazioni l'ultimo capoverso dell'articolo medesimo.

Attesochè dovendosi pure interpretare la legge in modo da conciliare le varie disposizioni e da evitare le contraddizioni, in onta alle domande fatte nella comparsa cui accenna il citato art. 174, rimane pur sempre in arbitrio dell'altra parte di por termine all'istruttoria non rispondendo e perciò contro la di lei volontà non possono aver seguito gli incidenti per ulteriore istruzione in quella sollevati.

Attesochè con una diversa interpretazione della legge la si trarrebbe perfino all'assurda conseguenza di rendere affatto impossibile alla parte diligente di provvedersi contro lo stancheccio e la malafede della parte avversa, la quale col proseguire mai sempre dopo ogni iscrizione a ruolo l'introduzione di nuovi incidenti potrebbe indefinitamente impedire che la causa venisse portata all'udienza.

Attesochè male avviserebbe l'appellata sentenza che colla suespressa interpretazione si venga a creare un privilegio a favore dell'una parte di impedire la prova di ciò che viene addotto nella nuova comparsa, perchè in total modo si perde di vista il fatto che l'iscrizione a ruolo non può avvenire se non quando la parte contraria a quella che la domanda o abbia già proposti per ultima i suoi argomenti e mezzi d'azione o di difesa, o abbia lasciato trascorrere inutilmente e per sua propria colpa il termine assegnatole dalla legge a ciò fare, e però se coll'iscrizione le venne precluso l'adito a farlo non è altrimenti creare un privilegio a di lei danno, ma è pura e semplice conseguenza della di lei negligenza. — *Appello Venezia 23 settembre 1873. Usiglio—Pisani. Mon. Giud.*, II, 660.

18. Perchè cessi l'effetto dell'iscrizione a ruolo della causa non basta che l'altra parte nei 15 giorni dalla notificazione della iscrizione comunichi una nuova comparsa, ma si richiede che colui che fece iscrivere la causa a ruolo risponda a questa nuova comparsa nel termine di 15 giorni. — *Cass. Firenze 26 febbraio 1874. Armellani—Valli. Gior. delle Leggi*, V, 237.

19. Sebbene la notificazione dell'iscrizione a ruolo debba farsi entro due giorni, pure il ritardo di tale notificazione non induce la inefficacia della iscrizione. Questo ritardo può solo dar diritto a domandarne al presidente la cancellazione. — *Cass. Firenze, 26 febbraio 1874. Armellani—Valli. Gior. dei Trib.*, III, n. 143.

20. Una citazione incidentale per ammissione di prove fatta col mezzo d'uscieri non può riguardarsi come una comparsa per l'effetto di far cessare l'iscrizione a ruolo della causa principale. — *Appello Venezia, 2 aprile 1874. Tretti—Tretti. Gior. dei Trib.*, III, n. 179.

21. La parte cui fu notificata l'iscrizione a ruolo della causa può ben fare notificare all'altra parte una nuova comparsa, ma non può per ottenere l'ammissione di nuovi incombeni far citare la parte contraria a comparire davanti al presidente.

Questa citazione non può farsi se non nel caso che la parte contraria abbia risposto e sia così cessato l'effetto dell'iscrizione a ruolo.

Se l'iscrizione è rimasta ferma, la parte che insista per l'ammissione di nuovi incumbenti deve riproporre la sua domanda per capo preliminare di specifica conclusione nella comparsa finale, rimandando a sede subordinata le conclusioni sul merito principale pel caso di rigetto.

L'ordinanza di rimessione delle parti ad udienza fissa emanata in assenza della parte citata per la risoluzione dell'incidente sollevato dalla parte cui era stata notificata l'iscrizione a ruolo, e prima che questa avesse perduto il suo effetto, non ha virtù di investire il collegio del diritto di decidere incidentalmente sull'ammissibilità dei ~~nuovi~~ incumbenti proposti. — *Appello Modena*, 28 aprile 1874. *Mainoldi—Mainoldi. Mon. Trib.*, XV, 951.

22. La disposizione di questo articolo per la quale ove la parte che ha iscritta la causa a ruolo dichiara di non voler rispondere o non risponda alla comparsa prodotta nei 15 giorni successivi da una delle parti contrarie, in questo caso l'iscrizione rimane ferma, vale anche quando essendo più le parti convenute, esse presentino le loro comparse in diverso tempo, e ciò perchè spetta alla sola iscrivente la facoltà di rendere nulla l'iscrizione col replicare alla difesa proposta dagli avversari. — *Cass. Firenze*, 7 maggio 1874. *Coppi, U. cc.—Borgheri. Gior. dei Trib.* III, n. 270.

23. È improcedibile un incidente proposto dal notificato dell'iscrizione a ruolo con la comparsa notificata nei 15 giorni dalla notifica dell'iscrizione a ruolo, ove l'iscrivente non risponda o dichiari di non voler rispondere. — *Appello Venezia*, 12 maggio 1874. *Almorò Venier—Quaglio e C. Gior. dei Trib.*, III, n. 191. — *Appello Venezia*, 30 maggio 1873. *Treschi—D'Attimis. Mon. Giud.*, II, 627.

24. La parte cui fu notificata l'iscrizione a ruolo della causa ha bensì diritto di far notificare all'altra parte una nuova comparsa e proporre nuovi incumbenti di prova, ma se l'intimato non risponde, essa non può provvedersi per l'ammissione di detti incumbenti nel modo stabilito per gli incidenti. La via che le resta aperta è di riproporre la domanda nella comparsa conclusoriale in via preliminare. — *Appello Milano*, 15 febbraio 1875. *Pedrizzini—Ubicini. Mon. Trib.*, XVI, 373.

25. Nella nuova comparsa cui è facoltizzato il notificato della iscrizione a ruolo, possono introdursi anche nuovi documenti e prove *ex novo*, compresavi la testimoniale.

Infatti la legge non designò l'indole della comparsa, e quindi non escluse che nuovi documenti o prove potessero venir introdotti, locchè era ben naturale se le nuove argomentazioni sono già riservate alle conclusioni.

D'altro canto il successivo art. 176 prescrive che solo dopo rimasta ferma l'iscrizione non è ammessa altra comparsa all'infuori della conclusoriale.

Da ciò deriva per invincibile conseguenza che la nuova comparsa facoltizzata dal presente articolo, è un atto acquisito al processo, che deve sortire un effetto, altrimenti sarebbe perfettamente inutile.

E questo effetto non può essere che quello di riassumere anche la detta nuova comparsa nella conclusoriale, in senso dell'art. 176, per sottoporla all'apprezzamento del giudice. — *Appello Venezia*, 4 marzo 1875. *Biasoni—Biasoni Silvestrini. Mon. Giud.*, IV, 340.

1. Si possono proporre nuove prove colla comparsa immediatamente successiva alla iscrizione a ruolo?

I giudicati, dei quali ho riferito più sopra le tesi, convinceranno senza

dubbio il lettore della oscillanza della giurisprudenza, riguardo a tale questione. Più volte vedemmo la stessa autorità giudiziaria pronunciarsi sull'argomento in modo affatto contraddittorio, e fu solo da ultimo che una opinione partita da quell'illustre giureconsulto che è il cons. Biagi, in una elaborata sentenza della Corte d'appello di Brescia, raccolse il maggior numero dei voti, rappresentando dessa quasi un accordo tra i diversi sistemi seguiti fin qui.

Affinchè il lettore possa formarsi un'idea chiara e precisa dello stato della giurisprudenza intorno a siffatta questione, tra le più ardue del diritto processuale e la più frequente ad affacciarsi nella pratica, stimo opportuno di procedere ad un esame delle diverse soluzioni date alla tesi dai giudicati surriferiti, coordinando i medesimi secondo il principio che più o meno nettamente adottarono.

Anzitutto una prima ed essenziale divisione è duopo di fare fra quelle sentenze che ritengono non potersi assolutamente proporre alcun mezzo di prova colla comparsa comunicata a termini dell'art. 174 e quelle invece che stanno per la proponibilità di qualsiasi prova nella comparsa medesima, salve le questioni subordinate sull'esito di siffatta proposta.

La Corte d'appello di Venezia colle tre decisioni 30 luglio e 23 settembre 1873 e 12 maggio 1874 (n. 15, 17 e 23), dichiarò essere improcedibile l'incidente proposto nella comparsa di cui è caso, ove l'iscrivente non vi risponda, ed ha respinte le prove in detta comparsa formulate senza accennare ad un rimedio qualsiasi pel quale chi ha prodotta la nuova comparsa possa riuscire a veder accolti quei mezzi di istruttoria che nella medesima a propositi.

I motivi di detti giudicati si riassumono in questo che essendo per l'art. 174 necessario il consenso dell'iscrivente perchè venga meno l'iscrizione a ruolo, non può ammettersi che l'avversario abbia facoltà di proporre incidenti colla comparsa successiva alla detta iscrizione, poichè altrimenti, la iscrizione della causa venendo riaperta, cadrebbe *necessariamente* l'iscrizione a ruolo per volontà di uno solo dei contendenti e sarebbe perciò aperto l'adito allo stancheggio.

Questo sistema non è seguito che dai giudicati sopracitati e fu abbandonato dalla stessa Corte di Venezia in altre decisioni.

Ammesso però che nella comparsa di cui è questione si possano proporre incidenti, quale nè sarà l'effetto?

Due teorie ci si presentano: 1. la proposta di incidente nella comparsa successiva immediatamente alla iscrizione a ruolo fa cadere l'iscrizione; 2. malgrado la proposta dell'incidente, l'istruzione rimane ferma. Stanno per la prima le sentenze della Corte d'appello di Milano 5 dicembre 1867, (n. 4), e 14 aprile 1868, (n. 7).

Ed ecco le ragioni di questa teoria: Quando le parti si comunicano la comparsa conclusionale, la causa deve essere stata completamente istruita. E perciò, ed allo scopo eziandio di impedire che alcuna delle parti in causa avesse a rimanere pregiudicata nell'esercizio de' suoi diritti pel solo fatto dell'avversaria di avere fatto iscrivere la causa a ruolo, che la legge accordò alla parte, cui fu notificata l'iscrizione, la facoltà di riaprire l'istruzione mediante la notificazione di un'altra comparsa. Se pertanto questa comparsa renda necessarie ulteriori pratiche e verificazioni, l'istruzione si riapre e si esauriscono i necessari incumbenti. Se fosse altrimenti, il beneficio accordato dall'art. 174 sarebbe illusorio, perchè a nulla valgono le ragioni ed i fatti accennati ed esposti nella comparsa se è vietato di valersi di quei mezzi di istruttoria che possono provarli.

La seconda teoria è abbracciata da parecchie decisioni, le quali però non sono d'accordo sul modo col quale conciliare il fatto della ferma a ruolo della causa colla facoltà di proporre qualsiasi prova nella comparsa successiva all'iscrizione e si possono classificare così:

a) Nella detta comparsa si possono introdurre nuove prove ma non è lecito sollevare l'incidente per la loro ammissione, sibbene, rimanendo ferma la iscrizione a ruolo, è permesso di riproporre le prove in via di conclusione preliminare nella comparsa conclusionale di merito.

Propugnano questo sistema le sentenze: Appello Brescia 9 giugno 1868, (n. 8); Appello Venezia 30 luglio 1873 e 4 luglio 1875, (n. 15 e 25); Appello Modena 28 aprile 1874, (n. 21); Appello Milano, 15 febbraio 1875, (n. 24), ed i motivi delle medesime sono sviluppati egregiamente nella decisione dell'Appello di Brescia, al n. 8, e si compendiano nella considerazione che l'iscrizione a ruolo non può cadere per fatto e volontà di uno solo dei contendenti, che perciò non è procedibile l'incidente proposto nella comparsa successiva alla medesima, ma però, essendo essa a considerarsi come un atto di causa, le prove dedotte in tale comparsa lo sono validamente e possono quindi efficacemente ripetersi nella conclusionale, allo scopo che il giudice, se le creda influenti e necessarie, le ammetta, sospendendo la decisione sul merito.

b) È ammessa la deduzione di prova nella comparsa di cui è parola ed è pure da sollevare l'incidente per la trattazione della domanda incidentale. Però se l'avversario non risponda alla nuova comparsa, o non prenda conclusioni sull'incidente, questo non è proseguibile e l'attore incidentale deve desistere dalla relativa procedura e limitarsi a riproporre la domanda incidentale, in via preliminare nella conclusionale.

Salvo il tentativo davanti al presidente, questo sistema si confonde col precedente, ed è seguito dalla Corte di Brescia, nella sentenza 5 luglio 1873, n. 13.

c) Colla comparsa più volte ricordata è lecito dedurre qualsiasi prova ed è pur lecito sollevare l'incidente o tradurre in atto l'incidente in potenza, dando corso alla trattazione separata della domanda incidentale. La iscrizione a ruolo della causa di merito rimane ferma e l'incidente deve portarsi in discussione prima del merito. Così decisero la Corte d'appello di Milano nel 9 ottobre 1867, ed il Tribunale di Lucca nel 21 luglio 1866 (n. 3).

Però nei quindici giorni fa mestieri notificare non solo la comparsa che propone la prova, ma eziandio la citazione per biglietto che solleva l'incidente, secondo decisero la Corte d'appello di Milano nel 9 gennaio 1868 (n. 5), e la Corte d'appello di Venezia nel 16 luglio 1873 (n. 14).

Passando agli scrittori di diritto processuale, rammenterò che la questione fu trattata specialmente dall'esimio avv. Antonio Scotti e dall'egregio avv. Leone Bolaffio, i quali vennero a conclusioni affatto diverse.

L'avv. Scotti nel *Mon. dei Trib.*, XI, p. 901, nell'articolo bibliografico sulla monografia del Bolaffio, intorno agli incidenti nei giudizi civili, inserito nel *Monitore*, anno XIV, e da ultimo nel lavoro pubblicato nell'*Archivio giuridico* del 1874, sulla questione « della rimessione delle parti a udienza fissa per la risoluzione dell'incidente e anche del merito », sostiene la tesi che inscritta una casa a ruolo non sia più ammissibile il proporre incidente, quand'anche l'iscrizione non sia ancora ferma.

« Per evitare due inconvenienti, o di deludere la legge rituale, o di facilitare le tergiversazioni, è necessario, egli dice, l'adottare la comminatoria della decadenza. L'iscrizione a ruolo è l'unico sprone nel fianco all'avversario; ma se dopo di essa è lecito proporre incumbenti colle forme incidentali, perde l'efficacia come eccitamento a sollecitare il giudizio. Ne è a dirsi che l'avversario sia frodato del diritto di proporre nuove istanze; egli conosceva che proponendo dopo l'iscrizione a ruolo il nuovo incombente per la cui risoluzione è prescritta la procedura incidentale, poteva incorrergli la contingenza, nel caso di silenzio dell'autore dell'iscrizione, di non conseguirne la trattazione preliminare; e in questo caso *imputet sibi* le conseguenze della sua negligenza e della tardiva proposta ».

L'avvocato Bolaffio invece si dichiara partigiano della teoria proposta dal cons. Biagi e da questi così splendidamente sviluppata nella sentenza succitata (n. 8) della Corte d'appello di Brescia 9 giugno 1868.

« Se la parte notificata dell'iscrizione (egli scrive nella pregiatissima monografia surricordata, a pag. 26) avesse bisogno di ulteriori incumbenti, essa dovrà farne tema di conclusione nella comparsa comunicata nel quindicennio, comparsa che, consentita dalla legge, è pienamente regolare ed entra a formar parte integrante del processo scritto.

« La domanda incidentale avanzata in tal modo è ammissibile e per un doppio motivo. Primieramente poichè, *allo stato degli atti*, il notificato

dell'iscrizione non potea proporre la sua istanza in modo diverso. Ora, coordinando le disposizioni processuali che riguardano la iscrizione a ruolo e quelle sugli incidenti, ne deriva bensì che l'incidente, dopo la notifica dell'iscrizione a ruolo, non è più da promuoversi, ma non già l'altra esorbitante conseguenza che sia fiscato alla parte, che ha da proporre un'istanza incidentale, il diritto di farla valere. Le restrizioni dei diritti, non si presumono, esse devono essere tassativamente contemplate nella legge da applicarsi.

« In secondo luogo poi la domanda incidentale è ammissibile, perchè, indipendentemente dalla condizione in cui trovasi il giudizio, non è obbligo esclusivo di quello che propone la domanda incidentale di suscitare l'incidente per la sua ammissione. Quest'obbligo è reciproco, in massima, fra le parti. E quindi, se quello che ha ottenuta l'iscrizione a ruolo e ricevette comunicazione della comparsa con cui è avanzata la domanda accessoria, trovi la necessità di farla previamente decidere, dovrà nel termine di quindici giorni dall'avuta comunicazione, o eseguire egli stesso la citazione della controparte dinanzi al presidente, per far decidere la questione da quella suscitata, o almeno limitarsi a far cadere l'iscrizione a ruolo a mezzo di una nuova comparsa, e lasciare alla parte avversaria il carico di promuovere l'incidente.

« Se la parte iscrivente non ritiene invece del suo interesse di far l'uno o l'altro di questi atti, e lascia ferma l'iscrizione, non può opporre nella comparsa conclusionale di merito la improcedibilità della domanda incidentale proposta dalla controparte.

« L'irregolarità del modo con cui quella domanda è portata all'esame del tribunale, è attribuibile ad ambedue le parti, donde l'elisione per mutuo compenso. La parte però, che quella domanda ha tardivamente promossa, si troverà indirettamente punita della sua negligenza dal fatto di trovare sottoposto al giudizio del collegio il merito unitamente alla sua domanda incidentale, e quindi dalla possibilità che il tribunale, allo stato degli atti, giudichi il fondo della controversia, senza accordare alla questione accessoria quella importanza che, disgiuntamente dal merito, le avrebbe forse assegnato ».

Io ebbi più volte ad esporre le mie idee intorno a cotesto importantissimo argomento. Dapprima, in un articolo inserito nel *Giornale dei Tribunali*, anno II, n. 68, e poi in altri due pubblicati nella *Rivista*, giornale giuridico che vedeva la luce a Verona, anno II, n. 20 e 29. In massima persisto nell'opinione già manifestata e ritengo che nella comparsa immediatamente successiva alla iscrizione a ruolo sia ammissibile il proporre un incidente, senza che però tale proposta e la successiva citazione incidentale, abbiano a produrre l'effetto della cancellazione dell'iscrizione.

Non discuto se in detta comparsa si possano produrre documenti nuovi, poichè nessuno ha fino ad ora contrastato tale facoltà, e d'altronde la proibizione di comunicare nuovi documenti nella conclusionale, contenuta nell'art. 176 ed il silenzio al riguardo dell'art. 174, toglierebbero ogni argomento a chi si facesse oppositore.

Ma se si possono nella comparsa precedente alla ferma a ruolo portare innanzi documenti nuovi, prove precostituite, non so veder ragione per negare che sia ammissibile la proposta di qualunque mezzo di prova. Rispetto altamente l'autorità dello illustre giurista avv. Scotti, ma non posso convenire nella tesi da lui propugnata della improponibilità dell'incidente.

Anzitutto, quale fu lo scopo pel quale il legislatore permise la notificazione di una nuova comparsa dopo l'iscrizione a ruolo, da parte dell'avversario dell'iscrivente?

Quello che la causa, prima della ferma a ruolo, fosse definitivamente istruita e discussa e fosse impedito che alcuna delle parti in causa rimanesse pregiudicata nell'esercizio de' propri diritti e nella esposizione dei propri mezzi di difesa e delle proprie ragioni pel fatto dell'avversario d'essere proceduto intempestivamente alla iscrizione a ruolo della causa.

Sarebbe pertanto assurdo e contrario al fine propostosi dal legislatore nell'accordare il beneficio della nuova comparsa, volere introdurre una limitazione nella comparsa medesima autorizzandovi lo sviluppo delle ragioni di

diritto e la deduzione di prove precostituite o documentali, e non quella di prove che hanno mestieri di essere esperite. A che gioverebbe la asserzione dei fatti se non ne fosse concessa la prova?

Egli è evidente che se a chiarire la questione di diritto può bastare una discussione scritta, od orale, la questione di fatto non si definisce che mediante le prove, cardine del giudizio, poichè il diritto nasce dal fatto determinato giuridicamente secondo le regole dalla legge prescritte.

Del resto lo scritto che la parte cui fu notificata l'iscrizione a ruolo può produrre, porta il nome di *comparsa*; la comparsa è essenzialmente atto di istruttoria e, di regola, non contiene mere deduzioni di diritto e di fatto la cui esposizione è riservata alla conclusionale. Poichè dunque la legge non distingue, quella comparsa deve poter contenere quanto può qualunque altra e perciò anche la proposta di un mezzo istruttorio.

Ma v'ha di più. Il convenuto invece di rispondere nel termine dell'articolo 164 può far iscrivere la causa sul ruolo di spedizione anche pendente tal termine. Ciò è conforme al disposto del primo alinea dell'art. 173, e fu ritenuto dagli autori e dalla giurisprudenza ed in specie dalla sentenza 7 dicembre 1871 della Cassazione Torinese. Ora il più delle volte avviene che se pur si ritenga che nell'atto di citazione sia lecito formulare delle prove, pure di tale facoltà non si possa o non si voglia far uso in attesa dello svolgimento che prenderà la causa, e perciò nella citazione si accennino soltanto i fatti, salvo a provarli posteriormente.

Se pertanto fosse vero che nella comparsa successiva alla iscrizione a ruolo non fosse permesso di proporre un incidente, avverrebbe bene spesso che il convenuto iscrivesse a bella posta la causa a ruolo appena comparso in giudizio e prima della decorrenza del termine di risposta, per togliere all'attore il mezzo di provare i fatti sui quali fonda la propria azione.

In questo caso, più frequente che non si immagini, dov'è la negligenza della parte, per la quale si vorrebbe avesse meritato la decadenza dal diritto di introdurre nuove prove dopo l'iscrizione a ruolo?

La iscrizione a ruolo, che fu dal legislatore introdotta per mettere un freno alle tergiversazioni e dare a ciascuna delle parti un mezzo acconcio per porre un termine allo stadio istruttorio del processo, sarebbe un'arma potente nelle mani di un litigante di mala fede per strozzare la difesa del proprio avversario, e conseguire, con lieve fatica, la palma della vittoria almeno in primo grado del giudizio. La libertà di difesa sancita dal nostro Codice sarebbe una vana parola, ed arbitra diventerebbe pienamente l'una parte dello sviluppo delle ragioni e della difesa dell'altra.

Del resto il disposto dell'art. 217 reg. gen. giud. prova ad evidenza che è ammissibile il proporre mezzi d'istruttoria anche dopo l'iscrizione a ruolo e finchè questa non sia rimasta ferma. Difatti secondo il detto articolo l'iscrizione nel ruolo di spedizione deve rinnovarsi allorchè, a seguito di una sentenza interlocutoria, la causa è nuovamente in istato di essere recata a decisione. Ciò suppone la possibilità di una sentenza incidentale dopo iscritta la causa a ruolo, e quindi la deducibilità di una questione incidentale nella comparsa di cui l'art. 174.

Con ciò credo di avere a sufficienza dimostrato la illegalità della teoria della decadenza propugnata dall'illustre Scotti, e la necessità di ammettere la proponibilità di qualsiasi mezzo di prova nella comparsa su cui si questiona.

Dedotta la prova, si potrà però esperirla sollevando lo incidente davanti al presidente, e quale sarà l'effetto del procedimento incidentale sulla iscrizione a ruolo della causa di merito?

Come non potei aderire alla teoria dell'avv. Scotti, dichiaro di non convenire nemmeno in quella proposta dalla Corte di Brescia e virilmente sostenuta dal Bolaffio, quella cioè che concedendo la deduzione di prove dopo iscritta la causa a ruolo, non ne accorda però lo esperimento col rito degli incidenti, ma solo ammette la parte a riproporle in via preliminare nella comparsa conclusionale di merito.

Osta anzitutto alla accettabilità di tale sistema il disposto dell'art. 206 del Cod. proc. civ., il quale prescrive che per l'ammissione di qualsiasi mezzo di prova, le parti devono seguire la forma degli incidenti.

La prova formulata nella conclusionale di merito manca di una condizione essenziale perchè possa essere presa in considerazione, quella di non essere stata proposta colle norme dalla legge fissate; è quindi assolutamente nulla.

Ma anche prescindendo da questo vizio radicale, la proposta di un incidente di prova nella comparsa conclusionale è in contraddizione palmare coll'indole del procedimento formale, sfascierebbe tutto il sistema che per la maggior garanzia dei contendenti e lo sviluppo della istruttoria, il legislatore ha creato.

È della natura del procedimento formale che allorquando la causa è portata all'udienza, tutte le questioni incidentali siano state precedentemente esaurite e l'istruttoria sia compiuta, così che al tribunale non resti che di pronunziare sulla causa in via definitiva. Il sistema del Bolaffio snaturerebbe il processo formale e lo convertirebbe in sommario, nel quale appunto la istruzione della causa si fa all'udienza, e, come osserva benissimo l'egregio Scotti, sarebbe resa impossibile la destinazione di un giudice per fare all'udienza la relazione della causa, che è pure permessa dall'art. 178.

Lo stesso avv. Bolaffio ha confessato e riconosciuto questi gravissimi inconvenienti, nei quali urta il sistema da lui seguito, e credette di trovare una giustificazione a tale deviazione dalle norme del rito formale, dimostrando che l'iscrivente stesso sarebbe in colpa nel non avere sollevato lo incidente a seguito della deduzione di prove fatta dall'avversario nella comparsa successiva all'iscrizione, e deve perciò subire l'irregolarità del modo con cui la questione incidentale è portata all'esame del tribunale.

Ma l'egregio avvocato Bolaffio ha qui dovuto mettere in campo una teoria, che, se fosse vera, sconvolgerebbe tutti i principii che fino a qui furono universalmente ammessi dagli interpreti del nostro Codice di procedura civile, una teoria che è respinta dalla lettera e dallo spirito della legge e che neppur egli osò generalizzare, sebbene l'abbia posta poi come principio generale a base del suo ragionamento.

Non è senza fondamento affermare, egli scrive, per rispetto a molte domande incidentali, che spetti precisamente alla parte contro cui la domanda incidentale è proposta elevare l'incidente, come quella che, colla sua opposizione, dà vita alla questione da risolversi incidentalmente. Ed è da tale obbligo che l'esimio scrittore vorrebbe dedurre la negligenza di chi ha iscritta la causa a ruolo. Senonchè vedremo nel commento all'articolo 181, e più diffusamente si dirà all'art. 189, come questa tesi non sia stata dallo Scotti sostenuta (*Mon Trib.* IX, 466), per tutte nè per la maggior parte delle questioni incidentali, ma egli ne abbia unicamente fatta applicazione all'eccezione di incompetenza. È certo ad ogni modo che la nuova teoria non ha valore relativamente alle domande incidentali più frequenti, a quelle per ammissione di mezzi di istruttoria: la legge non può costringere una parte a rendere servizio all'avversaria, procurandole coll'iniziare il procedimento incidentale il fondamento della azione o della eccezione.

Potrebbe forse esser preferibile l'altro sistema pure accennato dalla Corte di Brescia in alcune sentenze, quello cioè che oltre ammettere la proposta dell'incidente nella comparsa, abilita eziandio a citare l'avversario davanti al presidente per tradurre in attualità l'incidente in potenza, salvo a farsi dar atto solamente dello stato delle cose qualora l'altra parte non risponda all'appello o non acconsenta a proseguire nell'istruttoria della lite e riproporre poi l'incidente in via preliminare nella conclusionale.

Questo sistema non toglierebbe affatto il rito incidentale e lascierebbe adito all'iscrivente di comparire davanti al presidente e prendere, prima della discussione in merito, quelle risoluzioni riguardo all'incidente che credesse più convenienti pel proprio interesse.

Tuttavia nemmeno per esso io mi dichiaro, e ciò precipuamente perchè all'udienza in cui si tratta il merito sarebbe, in causa formale, senza la rimessione del presidente, portato in discussione un incidente pel quale il tribunale dovrebbe pronunziarsi avanti di passare alla decisione del merito.

Io invece ritengo che la comparsa successiva all'iscrizione a ruolo possa contenere la proposta di qualsiasi mezzo istruttorio, che debbasi alla

medesima unire la citazione per viglietto allo scopo di dar corso alla procedura incidentale, e che ciò nonostante l'iscrizione a ruolo rimanga ferma.

Se l'iscrivente comparisce davanti al presidente ed ammette l'esecuzione della prova dedotta, viene con questo a rispondere alla comparsa e perciò a far cadere l'iscrizione riaprendo l'istruttoria della lite.

Se all'incontro pur comparendo non concordi nell'ammissione dell'incidente, ed in tal caso potrà chiedere ed otterrà indubbiamente di essere rimesso all'udienza del collegio per la trattazione così dell'incidente come del merito.

Se poi egli non comparisce, il presidente dovrà rimettere le parti all'udienza per la discussione del solo incidente, ed in questo caso avrà il vantaggio di passare alla discussione del merito quando l'incidente sarà stato esaurito.

Se l'incidente viene respinto, sull'iscrizione a ruolo di spedizione già seguita si passerà a discutere il merito, senza che sia permessa la comunicazione di verun'altra comparsa.

Se all'invece l'incidente è accolto, la sentenza incidentale (art. 217 reg. gen. giud.) fa cadere l'iscrizione e l'istruttoria si riapre.

Finchè sia pronunciata la sentenza incidentale, l'iscrizione a ruolo rimane sospesa, cade però quando per effetto della medesima si debba far luogo ad atti di istruttoria.

Per tal modo come sarà pienamente raggiunto lo scopo della legge che malgrado l'iscrizione non sia tolto alla parte avversa all'iscrivente il mezzo di difendersi, sarà posto un argine allo stancheccio e verrà interamente osservata la procedura incidentale.

L'egregio prof. Saredo (*Istit.*, n. 347) ritiene che la parte cui fu notificata l'iscrizione a ruolo possa produrre nuove prove, ma che se queste siano introdotte alla forma degli incidenti, cessi l'effetto della iscrizione.

2. Può la parte che ha fatto iscriverè la causa a ruolo far cadere l'iscrizione rinvenendo sul fatto proprio col produrre una nuova comparsa nel quindicennio dall'iscrizione?

Non credo se ne possa dubitare, quantunque il testo della legge apparentemente suffraghi la tesi negativa.

Ecco in fatti che cosa dice il ministro Pisanelli nella sua *Relazione* a pag. 90:

« Era stato proposto di dichiarare nel progetto che la parte, la quale ottenne l'iscrizione della causa a ruolo, potesse altresì presentare una nuova cedola nel termine dei quindici giorni successivi alla fattane notificazione. Parve inutile una tale dichiarazione, poichè l'istruzione della causa non essendo ancora ferma e definitiva, non può dirsi chiusa l'istruzione scritta, nè per l'una nè per l'altra parte. E conseguentemente quella di esse che fece seguire l'iscrizione e la relativa notificazione, può con un fatto contrario rivivere sulla deliberazione già presa di chiudere l'istruzione della causa, e così porre nel nulla l'iscrizione medesima ».

Nè è a dirsi che le relazioni accompagnatorie dei codici e dei progetti non sanzionati non debbano prendersi siccome unica guida d'interpretazione, perchè nel caso concreto l'art. del progetto Pisanelli fu tradotto senza mutamento alcuno nell'art. del codice che comentiamo, ragione per cui il silenzio della legge non può avere altro significato che quello che vi attribui l'illustre autore del progetto. — *Conforme*: Saredo, *Istit.*, n. 347 - *Contra*: Bolaffio « *Degli incidenti* » p. 20.

175 Rimasta ferma l'iscrizione della causa a ruolo, non è ammessa alcun'altra comparsa, salvo quella indicata nell'articolo seguente, eccetto si tratti di deferire il giuramento decisorio.

Art. 220 seg. c. p. c.
1356 seg. c. c.

1. Il giuramento decisorio non può proporsi per via di comparsa al Tribunale, ma per modo incidentale al presidente. — *Appello Messina*. 16 novembre 1866. *Hooglandt—Fileti. Annali*, I, 310.

2. Rimasta ferma l'iscrizione a ruolo, non può più provocarsi verun incidente nemmeno per ammissione di prova che ritengasi antecedentemente proposta, e qualsiasi domanda secondaria o accessoria, cui si pretenda avere diritto deve essere cumulata colla discussione del merito e quindi proposta con preliminare specifica conclusione da prendersi alla udienza. — *Appello Brescia*, 25 giugno 1867. *Bevilaqua—La Masa. Mon. Trib.*, VIII, 903.

3. Se quest'art. stabilisce di dare altra comparsa oltre la conclusionale dopo l'iscrizione della causa a ruolo, non vieta che nella comparsa conclusionale stessa si promuova o si sostenga l'ammissibilità di una prova precedentemente proposta. — *Appello Torino*, 20 gennaio 1868. *Giurisprudenza*.

4. Anche dopo rimasta ferma l'iscrizione a ruolo, si possono fare produzioni che, estranee al merito della causa, servono solo ad avvalorare sempre più le presunzioni già emergenti dagli atti senza far riaprire la causa. — *Appello Casale*, 7 giugno 1869. *Rocchetta Tanaro—Incisa. Giurisprudenza*, VII, 31.

5. Il giuramento decisorio non può essere proposto pella prima volta nella comparsa conclusionale, ma, come per l'ammissione di qualunque altro mezzo di prova, la parte deve provvedersi nel modo stabilito per gli incidenti, giacchè altrimenti l'avversario si troverebbe nell'impossibilità di dare le sue deliberazioni in iscritto sulla istanza del giuramento. — *Cass. Torino*, 24 novembre 1869. *Brunello, Zamperoni—Nosedà. Mon. Trib.*, XI, 135.

6. La facoltà di presentare una comparsa nel quindicendio dalla iscrizione a ruolo non compete all'iscrivente, ammenochè egli non deferisca con questa un giuramento decisorio. — *Cass. Torino*, 26 gennaio 1870. *Di Negro—Alberione. Annali*, IV, 138.

7. Sebbene nei giudizi formali, dopochè la causa rimase ferma a ruolo non possano prodursi nuovi documenti, nè farsi dalle parti nuove istanze od eccezioni, pure laddove si tratti di documenti necessari alla esatta pronunziazione della causa, non è di certo vietato al magistrato, attesa la tardiva produzione di essi, di riaprire i termini dell'istruzione onde notificarsi utilmente i documenti che fossero stati utilmente prodotti e dedursi dalle parti le relative domande ed eccezioni. — *Appello Messina*, 13 settembre 1870. *Flacomio—Totaro. Gazz. dei Trib.*, 1871, n. 7.

8. Diventa irricevibile, e non può far parte degli atti, una comparsa contenente deduzioni, presentata dopo che l'iscrizione della causa a ruolo è rimasta ferma. — *Appello Torino*, 12 giugno 1871. *Martinetti—Ducco. Giurisprudenza*, VIII, 538.

9. La comparsa comunicata dopo rimasta ferma l'iscrizione a ruolo e le nuove deduzioni in essa fatte non debbono respingersi come tardive, quando nel primo successivo atto di causa la controparte non ne ha fatto espressamente l'istanza. — *Appello Milano*, 16 giugno 1871. *Vecchio—Morandi. Giurisprudenza*, VIII, 466.

1. Nei giudizi contumaciali l'iscrizione rimane ferma, tostochè venne eseguita e notificata: la posteriore comparsa del contumace non fa riaprire la causa non essendo nei giudizi contumaciali applicabili i termini stabiliti dagli art. 174, 179, 398. — *Saredo, Istit.*, 348.

2. Il giuramento decisorio potrà proporsi *ex abrupto* nella comparsa conclusionale?

Quantunque il decisorio possa proporsi in qualunque stato e grado della causa pure ritengo non si abbia a prescindere dalla comparsa incidentale.

Ciò si rileva dal tenore di quest'art., il quale implicitamente stabilisce che il giuramento si deve proporre mediante comparsa quando dice che dopo ferma l'iscrizione a ruolo *non è ammessa alcun'altra comparsa.... eccetto si tratti di deferire il giuramento decisorio.*

La notificazione di una comparsa è poi necessaria, tanto perchè l'avversario sia prima dell'udienza informato del tenore delle formule e possa pronunciarsi sulla ammissione o meno del mezzo proposto per far definita la lite, sia ancora per la ragione che l'accettazione del giuramento così deferito come riferito, potrebbe rendere inutile la discussione del merito e dar luogo immediatamente alla esecuzione del giuramento medesimo.

Intorno alle conseguenze di questa procedura incidentale mi rimetto a quanto dissi all'art. 184 sulla questione della proponibilità degli incidenti nella comparsa successiva all'iscrizione e ritengo che il presidente, sull'opposizione di una delle parti all'incidente, debba rimettere davanti al collegio per la risoluzione dell'incidente e del merito o del solo incidente; secondo l'istanza che gli verrà fatta. Avverto anzi che la procedibilità di questo nuovo incidente, anche dopo rimasta ferma l'iscrizione a ruolo, fornisce un potentissimo argomento a favore della teoria da me propugnata riguardo alla tesi sopradetta nell'art. 174.

176. Le parti devono riassumere in una comparsa il fatto della causa, le loro conclusioni e i motivi delle medesime, senza che possano produrre nuovi documenti, nè fare nuove istanze o eccezioni.

Art. 221 reg. giud.

Questa comparsa è notificata da un procuratore all'altro nel termine di giorni quindici da quello in cui l'iscrizione a ruolo rimase ferma, sotto pena di ammenda di lire dieci.

1. Pel principio che i giudici non possono pronunciare sopra cosa non domandata nelle conclusioni lette dalle parti all'udienza, viola la legge quel magistrato che, contro la domanda fatta da ambedue le parti nelle conclusioni finali per la decisione della causa in merito, ordina d'ufficio la prestazione d'un giuramento decisorio, che, deferito nel corso dell'istruzione scritta soltanto in via subordinata, non fu poi riproposto nella comparsa conclusionale. — *Appello Brescia*, 26 febbraio 1867. *Pio Luogo Narcisi di Palosco—Costardi. Annali*, I, 463.

2. I giudici non sono tenuti a dare i motivi delle loro decisioni se non intorno a ciò che le parti hanno domandato nelle loro comparse conclusionali. — *Cass. Torino* 2 maggio 1867. *Colli—Colli e Vignarelli. Annali*, I, 219 — *Cass. Firenze*, 23 gennaio 1867. *Saccaris—Tillet.*

3. Le istanze non ripetute nella comparsa conclusionale si hanno come abbandonate. — *Appello Lucca*, 30 luglio 1867. *Torrigiani—Giorgi. Annali*, I, 498 — *Appello Torino* 12 settembre 1868. *Spedale di Castellazzo—Rapetti. Annali*, II, 582 — *Cass. Napoli*, 17 giugno 1869. *Luciano—Adinolfi. Annali*, III, 205 — *Appello Torino*, 29 novembre 1869. *Valzena—Deangeli. Giurisprudenza*, VII, 120.

4. Il divieto di produrre nuovi documenti o fare nuove istanze od eccezioni nelle comparse conclusionali nei giudizi formali riguarda solo quanto possa immutare la figura del giudizio, e non quello che è strettamente connesso alla dedotta azione. — *Appello Napoli*, 19 giugno 1868. *Santellia—Lupoli. Bettini*, XX, 560.

5. Qualora nell'atto d'appello in via formale e nelle successive scritture, l'appellante abbia solo domandato che venissero accolte le conclusioni da esso prese in primo giudizio, non si deve aver riguardo alla domanda

per la dichiarazione di nullità della sentenza appellata che egli facesse nella conclusionale, quand'anche fosse fondata in diritto. — *Appello Torino*, 12 ottobre 1868. *Incisa di S. Stefano—Pes di Villamarina. Bettini*, XX, 815.

6. La disposizione di questo art., che vieta di fare nuove istanze nella comparsa conclusionale, si riferisce non solo a quelle istanze che mutano la domanda e la contestazione, ma a qualunque elemento nuovo di disputa. — *Cass. Firenze*, 1 gennaio 1870. *Alberti—Cassa di Sconto. Giurisprudenza*, VII, n. 3 — *Appello Firenze*, 10 gennaio 1874. *Lazzerini—Rosatelli. Gior. dei Trib.*, III, n. 65.

7. Questo art. non osta a che l'appellato, comparso nel termine della citazione, domandi per la prima volta nella comparsa conclusionale il rigetto dell'appello, per non avere l'appellante fatto il deposito della sentenza, degli atti del primo giudizio e del mandato.

In questi casi il giudice d'appello dovrebbe anche d'ufficio rigettare l'appellazione.

Ma se l'appellante avesse riparato alla sua omissione facendo il prescritto deposito prima dell'iscrizione della causa a ruolo, ovvero se i documenti da lui non presentati fossero stati prodotti dall'appellato, in questi casi l'art. 176 osterebbe a che l'appellato potesse proporre nella comparsa conclusionale la sua domanda di rigetto dell'appello. — *Cass. Torino*, 29 gennaio 1873. *Colombani—Congregazione di Carità di Forlì. Mon. Trib.*, XIV, 165.

8. Sono nuove istanze e non possono quindi proporsi per la prima volta nella comparsa conclusionale anche quelle che, sebbene avanzate in prima istanza, non furono però mai riformulate nel giudizio d'appello. — *Appello Perugia* 8 marzo 1870. *Cecchini—Cecchini. Annali*, IV, 276.

9. Onde si possa pronunciare la condanna all'arresto è d'uopo che questo mezzo di esecuzione sia domandato non solo coll'atto di citazione, ma anche nella comparsa conclusionale e nella parte riassuntiva della medesima. — *Cass. Torino*, 10 marzo 1870. *Bonfiglio—Manzi. Annali*, IV, 114.

10. Non è necessario di promuovere incidente per escludere dal processo documenti prodotti dopo essere rimasta ferma l'iscrizione a ruolo della causa. — *Appello Napoli*, 15 marzo 1871. *Cito—Poma. Gazz. del Proc.*, V, 129.

11. Questo art., che vieta di produrre nuovi documenti colla comparsa conclusionale, si applica alle cause di procedimento formale e non a quelle trattate col procedimento sommario, quali sono le cause incidentali rimesse a udienza fissa. — *Cass. Torino* 12 maggio 1871. *Lattuada—Prosperini. Annali*, V, 161. — *Appello Parma* 7 febbraio 1870. *Congr. di Carità di Calestano—Coruzzi. Annali*, V, 300.

12. Il principio per cui rimasta ferma l'iscrizione a ruolo non possono darsi altre deliberazioni, nè prodursi nuovi documenti, non è applicabile quando colle nuove deliberazioni e colle nuove produzioni si vuole stabilire la rinuncia agli atti del giudizio da parte dell'avversario, e, in specie, una transazione anteriormente intervenuta della lite. — *Appello Torino* 29 maggio 1871. *Guillet—Garavetti. Bettini*, XXIII, 411.

13. Nella comparsa conclusionale non possono contenersi nuove deduzioni per le quali si mutino sostanzialmente le basi del giudizio precedentemente costituito. — *Cass. Napoli* 1 ottobre 1872. *Galasso—Capozzi. Legge*, XIV, 110. — *Cass. Torino* 2 maggio 1872. *Catelli—Airaghi. Legge*, XII, 508. — *Cass. Napoli* 23 luglio 1870. *Gazz. dei Trib. Nap.*, XXIII, 402.

14. Si può in giudizio spiegare ed anche correggere la domanda espressa

colla citazione quando, rimanendo ferme le parti contendenti, la cosa domandata ed il fatto giuridico dal quale si dice derivata l'obbligazione, si varia soltanto intorno ad una modalità del fatto stesso. — *Cass. Napoli* 29^o marzo 1873. *Sorrentino—Galoppa. Bettini*, XXV, 230.

15. Le nullità che il giudice è tenuto a rilevare d'ufficio possono dedursi dalla parte, anche dopo che l'iscrizione della causa a ruolo è rimasta ferma. — *Appello Perugia* 29 maggio 1873. *Cruciani—Riveruzzi. Annali*, VII, 657.

16. Le parole di questo articolo per le quali si è vietato nella comparsa conclusionale di fare nuove eccezioni, si devono intendere nel significato di escludere da quell'atto le sole eccezioni propriamente tali e che potrebbero essere subietto di una azione, e mai confonderle cogli argomenti o ragioni di difesa che mirano ad esplicare, per esempio, la vera natura di un atto, il suo spirito, ecc.

La inosservanza di questo articolo non produce nullità e non avrebbe alcun risultato ove venisse dedotta in grado d'appello. — *Appello Perugia* 14 luglio 1873. *Seriacopi—Valentini. Annali*, VII, 676.

17. Non trova appoggio in questo articolo la eccezione opposta in via pregiudiziale, per la esclusione d'una domanda subordinata, dedotta bensì soltanto in conclusionale, ma che ha una tale relazione e connessità con la domanda formulata già prima, che la si identifica virtualmente con questa. — *Appello Venezia*, 7 novembre 1873. *Assic. « Italia »—Assic. Germaniche. Bettini*, XXV, 751.

18. Le aggiunte o rettifiche delle conclusioni, intese ad esprimere un oggetto sottointeso nella citazione, non possono considerarsi variazioni prescritte in corso di causa.

Tali aggiunte, siccome rettifiche non alteranti la sostanza del primo giudizio, non fondano la censura di ultrapetizione. — *Cass. Firenze*, 22 dicembre 1873. *Giustiniani—Manzoni. Mon. Giud.*, III, 65.

19. Non deduce un'eccezione nuova chi, avendola già proposta, la appoggia ad un nuovo fondamento di diritto. Laonde sebbene nella comparsa conclusionale non possano dedursi ragioni nuove, si ponno efficacemente appoggiare a nuove ragioni giuridiche le ragioni precedentemente proposte. — *Cass. Firenze*, 19 gennaio 1874. *Pisani—Pisani. Gior. dei Trib.*, IV, n. 103.

20. Quantunque rimasta ferma l'iscrizione a ruolo della causa, il procuratore può esibire il mandato non prodotto prima, trattandosi di documento non diretto ad istruire la causa, ma a soddisfare ad una formalità essenziale nei giudizi. — *Appello Bologna*, 21 luglio 1874. *Cocchi—Facchini. Bettini*, XXVI, 589.

21. Finchè non si propone una nuova azione o non si muta natura alla proposta, si può modificare la domanda di citazione anche in comparsa conclusionale di causa formale, a schiarimento e deduzione delle conseguenze legali. — *Appello Venezia*, 25 novembre 1874. *Bolgeri—Tezza. Gior. dei Trib.*, IV, n. 1.

22. La domanda di esecuzione provvisoria può essere proposta per la prima volta nella comparsa conclusionale.

Infatti essendo insita in ogni sentenza la sua esecutorietà, se non in atto almeno in potenza, la domanda della esecuzione provvisoria, anzichè una domanda nuova in senso di legge, si presenta come del tutto accessoria e conseguente della sentenza da pronunciarsi. In secondo luogo la domanda stessa non tende già a variare, modificare od ampliare la domanda proposta in giudizio, in guisa da presentare quella novità che intacca il merito della causa e che sotto tale rapporto viene inibita dalla

legge, ma si attiene invece alla forma della sentenza, lasciandone intatta la sostanza, dal momento che in conclusione non altro si domanda se non che venga pronunziato il giudicato in forma esecutiva, perchè abbia immediato effetto. Da ultimo, l'art. 363 contempla pure dei casi di esecuzione provvisoria che potrebbero avverarsi in corso di lite, quindi è chiaro che il legislatore non considerò la domanda suddetta, come una domanda nuova vietata in conclusionale. — *Cass. Firenze*, 20 gennaio 1875. *Teixeira de Matos—Mayrargues. Mon. Giud.*, IV, 111. — *Contra: Appello Brescia*, 24 aprile 1867. *Annali*, I, 435. — *Appello Milano*, 7 novembre 1866. *Soranzo—Ardimagni. Mon. Trib.* VII, 1171.

23. Questo articolo si riferisce al caso, in cui il convenuto abbia preso parte negli atti di istruttoria, ed abbia quindi nel corso di essi deliberato e conchiuso.

Anche al convenuto, che non abbia risposto alla domanda libellare, se può essere inibito in virtù di questo art. di opporre nella sua comparsa conclusionale delle vere eccezioni in senso proprio, non gli è, nè può essergli vietato poi eziandio di dedurre tutti quelli obbietti di diritto che offra lo stato degli atti fatti dal suo avversario, e tanto meno può essergli inibito di dedurre quelli, che, anche non dedotti, possono e devono essere rilevati dal giudice.

Il difetto di legittima costituzione in causa di una delle parti, dovendo essere rilevato anche d'ufficio, può essere validamente opposto per la prima volta dalla parte contraria anchè nella comparsa conclusionale. — *Appello Brescia*, 25 gennaio 1875. *Chavallard—Testa. Mon. Trib.* XVI, 366.

24. Omessa nella comparsa conclusionale una domanda formulata negli atti anteriori, non può più proporsi in appello. Ma se lo fu e l'avversario non l'abbia impugnata, non può più impugnarla in cassazione. — *Cass. Firenze*, 25 febbraio 1875. *Alegiani e Ricci—Pontani. Legge*, XV, 323.

25. Nel quasi contratto giudiziale di una causa contestata, può il procuratore dell'attore o convenuto sanare il difetto di mandato pel suo rappresentato, producendo l'atto anche nella comparsa conclusionale a rito formale, riferendosi il divieto di questo articolo, di produrvi alcun nuovo documento, all'istruzione della causa obbiettivamente, e non alla giustificazione della qualità delle persone costituenti il giudizio come attore o convenuto. — *Appello Venezia*, 21 aprile 1875. *Maboni—Paolini. Mon. Trib.* XVI, 495.

26. La comparsa conclusionale non va notificata al contumace nè per legge, nè per iscopo di procedura; perchè l'art. 387 vieta che nei giudizi contumaciali si mutino le conclusioni di citazione. — *Appello Venezia*, 9 giugno 1875. *Seminario di Feltre—Pellin. Eco dei Trib.*, XXV, 923.

1. È lecito nella comparsa conclusionale aumentare la domanda a base di una perizia assunta in causa?

Il rispetto alla verità ed alla economia dei giudizi esige che si possa dalla parte invocare il risultato di quella perizia che fu ad essa vantaggiosa. — *Borsari, Comm.*, p. 267, c.

2. Le istanze ed eccezioni non richiamate o ripetute nelle comparse conclusionali si hanno per abbandonate. — *Gargiulo, Comm.* - *Borsari, ib.*, p. 267, d.

Saredo crede che si debba distinguere: se si tratta d'istanze od eccezioni che scaturiscono virtualmente da quelle che sono espressamente mantenute, o che ne sono accessori, nulla osta che i giudici le prendano in considerazione: si presume che la parte le abbia considerate come implicitamente comprese. In caso diverso invece non si possono ammettere. — *Saredo, Istit.*, n. 354.

3. Ciò che veramente è vietato sotto la parola nullità, è la *diversità sostanziale* dell'oggetto, e concerne l'attore principalmente. Il convenuto può difendersi per la prima volta nella conclusionale. Non può però produrre documenti contro l'attore, quantunque se li abbia prodotti non debba forse il giudice senz'altro respingerli, ma in nome della verità e della giustizia debba esaminarne la efficacia.

A tale riguardo anzi debbonsi distinguere quei documenti che, alieni dal giudizio, potrebbero anche dar vita ad un'azione da riservarsi, ed i documenti che sono e si riconoscono necessari al complemento del giudizio attuale, i quali per l'autorità della cosa giudicata resterebbero come condannati alla inutilità. Riconosciuta l'importanza e la necessità della produzione attuale del documento, il giudice potrà riaprire l'istruttoria e dar tempo all'avversario di opporre le sue eccezioni. — Borsari, *Comm.* p. 270 e seg.

Secondo Gargiulo invece, come dissi già, fuori del caso del giuramento decisivo espressamente contemplato dalla legge, qualunque sia il documento, l'istanza o l'eccezione, il magistrato non deve ascoltarli. Se anche il nuovo documento potesse far decidere la causa a vantaggio del produttore, egli, non potendo per legge guardare quel documento, giudicherà senza di esso come non si fosse compiuta la illegittima produzione. (*Comm.* p. 481).

Tanto rigorismo però mi sembra troppo assoluto perchè abbia ad essere seguito, con oltraggio il più delle volte della giustizia e con dispendio non lieve dei litiganti.

È certo che il giudice deve andar ben cauto nello ammettere la efficacia probante del documento tardivamente prodotto; ma possono pure darsi certi casi eccezionali, nei quali anche senza la necessità del giuramento che giustifichi la introduzione tardiva, quale era ammesso dal Codice precedente, è d'uopo soscrivere all'opinione dell'esimio Borsari.

Relativamente all'applicazione di questo articolo al caso in cui il convenuto si difenda per la prima volta nella comparsa conclusionale, sembrami da seguire la massima tracciata dalla Corte di Brescia nella sentenza 25 gennaio 1875 (n. 23).

4. Le parti non possono cangiar conclusioni, ma non è proibito alle stesse di meglio sviluppare le rispettive difese ed eccezioni. — Mancini, *Comm.* II, n. DCLXXVII.

Le eccezioni sono vere istanze ripulsive, perchè impongono esse pure al giudice un esame ed una pronuncia; le ragioni sono forme dimostrative, ma suppongono l'oggetto dimostrabile che è la stessa istanza o eccezione. Il ragionamento non è limitato nella sua esposizione. — Borsari, *Comm.* I, p. 270.

5. Che cosa s'intenderà per domanda od eccezione nuova?

La regola è, dice Saredo (*Istit.* n. 352), che deve considerarsi come non avvenuta ogni domanda o eccezione che non sia stata espressamente o implicitamente contenuta nelle comparse precedenti, o che per natura sua non poteva essere proposta, sebbene inerente alle domande od eccezioni già formulate.

Così non diremo domande nuove: 1. quella degli alimenti in giudizio di separazione tra coniugi, perchè intrinseca alla domanda di separazione; 2. quella con cui si fa istanza per l'ammissibilità di una prova precedentemente proposta; 3. quella con cui si domandi l'esecuzione provvisoria della sentenza. — Ma non si può opporre la prescrizione.

Anche Borsari ammette che la comparsa conclusionale possa contenere l'istanza d'esecuzione provvisoria non fatta innanzi, come può contenere, a suo avviso, istanze di annullamento di atti della procedura, se prima non avessero potuto proporsi. — Borsari, p. 270.

Vedi anche Bertolini nell'*Eco dei Trib.*, XXIV, 624.

Io non ammetto, per quanto dissi nel commento all'art. 174, che nella conclusionale di merito si possano riproporre delle prove. Ai casi enumerati da Saredo aggiungerei invece quello della domanda degli interessi dal giorno della citazione, poichè tale domanda mi sembra una conseguenza necessaria di quella che riflette la sorte.

In generale poi io credo che la proibizione contenuta in questo articolo non debba interpretarsi troppo letteralmente, e perciò, secondo insegna l'illustre cons. Biagi, nella sentenza 24 aprile 1867 della Corte di Brescia,

(n. 22), ritengo che la disposizione del presente articolo non possa ferire che tutte quelle domande veramente nuove che tendessero a distruggere o modificare i risultamenti di fatto dell'istruzione già chiusa, sia con produzione di nuovi documenti, e sia per nuove eccezioni che non entrino nella categoria di quelle proponibili in qualunque stato e grado di causa, oppure tutte quelle domande diverse dalla primitiva, e in essa non comprese virtualmente, onde, mutando e alterando in qualsiasi modo l'oggetto della domanda contenuta nella citazione, o la *causa petendi*, si verrebbe ad introdurre una nuova causa, sia col domandare un'altra cosa affatto distinta o soltanto diversa per entità maggiore anche in forza di soli accessori anteriori alla citazione, sia col proporre altra azione diversa nella sua origine e nella causa prossima che le dà vita. Perciò non debbono essere logicamente interdette tutte quelle domande accessorie materialmente nuove, ma che sono virtualmente comprese nella primitiva, ad esempio quelle per ulteriori fitti maturati e per ulteriori pensioni, annualità ed interessi scaduti dopo la citazione durante il corso dell'istruzione.

6. « La comparsa conclusionale prescritta dall'art. 176 C. p. c. deve contenere, oltre quanto è stabilito in esso art., le indicazioni ordinate dall'articolo 200 del regolamento.

« In margine all'atto conclusionale si noteranno la data dell'atto di citazione o della comparsa da cui sono desunte le conclusioni col richiamo al numero delle pagine in cui sono formulate.

« Nell'atto conclusionale si premetterà una succinta narrazione del soggetto della controversia; indi saranno esposti distintamente i motivi di fatto e di diritto che appoggiano l'assunto del concludente; e per ultimo si formuleranno chiaramente le conclusioni e le prove di cui si chiede l'ammissione. — Art. 221 Reg. gen. giud.

Art. 222-225 reg. giud.;
24 e 25 reg. 25 sett. 1874
pella legge di registro.

177. Non più tardi di giorni cinque successivi al termine stabilito per la notificazione delle comparse conclusionali, i procuratori debbono depositare nella cancelleria gli atti della causa riuniti in fascicoli, muniti dell'inventario e della nota delle spese.

Gli atti devono contenere, oltre l'atto di citazione e le produzioni rispettivamente fatte, tutte le comparse date da ciascuna delle parti, e quelle state ad essa notificate dall'altra parte. Se gli atti depositati siano incompleti il cancelliere deve completarli a spese del procuratore, mediante copia degli scritti mancanti.

Il procuratore che non abbia eseguito il deposito nei cinque giorni, è condannato dal presidente, anche d'ufficio, nell'ammenda di lire cinque per ogni giorno di ritardo, e la relazione della causa può aver luogo sugli atti depositati.

1. Sebbene il procuratore legale di un appellante abbia mancato di presentare l'atto conclusionale, non perciò questa mancanza può riguardarsi come un recesso dall'appello, ed in tal caso deve il tribunale pronunciare sulle conclusioni o istanze formulate negli atti anteriori. — *Cass. Torino, 16 giugno 1866. Vercelli—Orsenigo. Annali. I, 75.*

2. Il ritardo nella notificazione della comparsa conclusionale non è motivo di nullità, ma una semplice trasgressione disciplinare. — *Appello Firenze, 6 febbraio 1871. Reidt—Pepi. Annali, V, 162.*

1. Nessuna disposizione di legge dichiara obbligatoria sotto pena di nullità la presentazione della conclusionale. — *Saredo, Istit., n. 355 - Borsari, Comm., p. 269.*

2 La disposizione dell'ultimo capoverso è solo applicabile in caso di ritardo nella presentazione del complesso degli atti. — Borsari, *Comm.* — Garbiù, *Comm.*

3. Gli articoli del reg. gen. giud. che si riferiscono al presente sono i seguenti:

Art. 222. Nei giudizi per procedimento formale i procuratori delle parti, nel fare il deposito degli atti prescritto dall'art. 177 del detto codice, vi uniranno una copia in carta libera, debitamente sottoscritta, del rispettivo atto conclusionale, per uso del presidente, ed una copia per uso del P. M. se si tratti di cause nelle quali le sue conclusioni sieno necessarie.

Il presidente può prescrivere nel decreto di cui nell'articolo 178 dello stesso codice, che sia distribuita eguale copia delle conclusioni a ciascuno dei magistrati componenti la sezione del tribunale avanti cui pende la causa.

Ogni contravvenzione a queste prescrizioni dà luogo all'applicazione dell'ultimo capoverso dell'ora citato art. del codice.

Art. 223. Per l'esecuzione del prescritto dagli articoli 177 e 352 del codice di procedura gli atti e i documenti della causa, salve le prescrizioni di cui nei detti articoli, devono da ciascuna parte ordinarsi in due separati fascicoli contenenti l'uno gli atti tutti della causa, comprese le sentenze e gli altri provvedimenti emanati nel corso dell'istruzione, l'altro i documenti in causa prodotti.

Ciascun fascicolo deve avere una particolare coperta, sulla quale devono scriversi rispettivamente le parole *atti* o *documenti*, ed è formato un indice di ciascun atto o documento con indicazione della relativa pagina del fascicolo.

I due fascicoli sono raccolti entro una coperta comune, sulla quale sono indicati: a) i nomi e cognomi delle parti e dei loro procuratori, con specificazione della qualità nella quale ciascuna parte è in giudizio; b) la natura della causa, se cioè civile o commerciale, formale o sommaria, in prima istanza o in appello; c) la data della prima citazione e quella della iscrizione a ruolo di spedizione; d) l'autorità giudiziaria davanti la quale pende il giudizio.

Art. 224. La nota delle spese da unirsi, a termini dei sovracitati articoli del codice di procedura, ai predetti due fascicoli indica in modo distinto e specifico gli onorari e le spese con riferimento per ciascuna partita all'articolo della tariffa, dal quale si desume, ed ha lateralmente una colonna in bianco per le eventuali rettificazioni.

In essa nota si comprendono tutti gli atti dell'istruzione inclusivamente all'udienza ed all'inventario; e se vi sia un contumace, vi si notano separatamente le spese cagionate dalla contumacia.

Per le spese posteriori si osserva il disposto dell'art. 378 del predetto codice.

Art. 225. Copia dei due indici, di cui all'art. 223 primo capoverso del presente regolamento, è da ciascuna delle parti presentata al cancelliere, il quale, riconosciutane l'esattezza, la sottoscrive e ne fa restituzione alle parti stesse, alle quali serve per ricevuta dei fatti depositi.

178. Gli atti depositati dai procuratori sono dal cancelliere presentati entro le ventiquattro ore al presidente, il quale prescrive con decreto che la relazione della causa all'udienza sia fatta o da uno dei giudici da lui commesso, o dalle parti.

Gli atti depositati sono nel primo caso rimessi al giudice relatore, nel secondo caso si restituiscono alle parti.

Nelle cause in cui la legge stabilisce che debba essere sentito il ministero pubblico, gli atti sono prima a questo comunicati dal cancelliere entro il detto termine, e la presentazione di

essi al presidente deve farsi entro le ventiquattro ore successive alla restituzione fattane dal ministero pubblico alla cancelleria.

Il ministero pubblico non può ritenere gli atti per più di giorni otto.

Art. 210. Nei tribunali divisi in sezioni, la distribuzione delle cause formali tra esse è fatta dal presidente, sulla presentazione degli atti della causa iniziata e *del libro delle registrazioni* fattagli dal cancelliere.

Il presidente provvede con semplice annotazione da lui scritta e firmata sopra gli atti della causa.

Il cancelliere trascrive il provvedimento del presidente in margine alla registrazione della causa nel libro anzidetto, e successivamente sopra gli atti delle altre parti che compariranno per adempiere al prescritto dell'art. 199.

Art. 211. Nel fare la distribuzione delle cause tra le sezioni, il presidente ha cura che gli affari siano equamente ripartiti tra le sezioni medesime.

Art. 226-228, 244, 251-
253 reg. giud.

179. Emanato il decreto del presidente, la causa è estratta dal ruolo di spedizione per essere portata all'udienza.

Tra l'estrazione e l'udienza deve passare l'intervallo di otto giorni.

L'estrazione della causa e l'assegnazione dell'udienza sono per cura del cancelliere pubblicate e affisse, durante gli otto giorni, nella sala dell'autorità giudiziaria.

È nulla l'estrazione della causa dal ruolo di spedizione e conseguente destinazione d'udienza, ove una delle parti non abbia potuto averne notizia, sia mediante la pubblicità ed affissione, sia mediante il biglietto di usciere di cui all'art. 244 Reg. giud. — *Appello Firenze, 13 maggio 1867. Lucci—Banci. Annali, I, 467.*

Gli articoli del reg. gen. giud. che sono relativi al presente sono questi:

Art. 226. Per l'esecuzione di quanto è stabilito nell'art. 179 cod. proc. civ., ogni tribunale ha un registro intitolato *ruolo di udienza*, nel quale sono iscritte le cause estratte dal ruolo di spedizione per essere portate all'udienza.

Quando il tribunale sia diviso in sezioni, vi saranno tanti ruoli di udienza, quante sono le sezioni civili e promiscue.

L'estrazione delle cause per essere iscritte sul ruolo di udienza si fa dal presidente del tribunale, e nel caso di più sezioni, dal presidente della sezione cui le cause sono assegnate, sulla presentazione del ruolo di spedizione fattagli dal cancelliere.

Nell'iscrizione nel ruolo d'udienza devono avere possibilmente la precedenza le cause sommarie, quelle d'urgenza, le commerciali e le contumaciali (R. D. 8 giugno 1868).

Art. 227. Nei giudizi formali in materia commerciale l'estrazione delle cause dal ruolo di spedizione per essere recate in quello d'udienza potrà farsi appena la loro iscrizione sarà rimasta ferma.

Si osserveranno nel resto le prescrizioni dell'art. precedente in quanto siano applicabili.

Art. 228. Nei ruoli di udienza, dei quali sarà dal cancelliere rimessa copia al P. M., si farà cenno in apposita colonna di quelle cause in cui lo stesso M. P. sarà sentito nelle sue conclusioni.

Publicati ed affissi i ruoli, i procuratori dovranno senza indugio indicare al cancelliere le cause che fossero già transatte o altrimenti terminate, o nelle quali fossero iniziate trattative d'accordo.

Art. 244. Gli uscieri incaricati del servizio delle udienze devono avvisare i procuratori delle parti, con biglietto in carta libera, delle cause da spedirsi in ciascuna udienza, almeno un giorno prima di quello stabilito per la spedizione.

Per questo avviso percepiscono da ciascuna parte il diritto fisso stabilito nella tariffa.

Art. 251. Le cause sono, d'ordine del presidente, chiamate all'udienza dall'uscieri di servizio, secondo l'ordine stabilito nell'estratto del ruolo di udienza affisso nella sala d'ingresso del tribunale.

È però in facoltà del presidente di variare parzialmente, per gravi ragioni, l'ordine di chiamata delle cause, specialmente nel caso di momentanea assenza dall'udienza dei difensori delle parti. Dell'uso di tale facoltà e dei motivi della variazione è fatta menzione nel foglio d'udienza.

Art. 252. Alla chiamata delle cause i procuratori devono sempre presentarsi al tribunale, in difetto possono essere condannati all'ammenda di lire 10.

Se nessuna delle parti si trovi presente, il presidente ordina che la causa sia cancellata dal ruolo; di quest'ordine il cancelliere prende nota nel foglio d'udienza.

Può però il presidente sospendere l'ordine della cancellazione e permettere che la causa si spedisca, se sia possibile, nella stessa udienza, dopo che siano discusse tutte le altre cause iscritte nel ruolo d'udienza.

Art. 253. Le cause cancellate dal ruolo possono nuovamente sull'istanza della parte più diligente esservi iscritte, e quindi spedirsi secondo il numero che sarà loro assegnato nella nuova iscrizione.

180. Quando alcuna delle parti si trovi nella necessità di ritirare temporariamente i suoi atti, stati rimessi al giudice relatore, il presidente può darne permesso stabilendo il termine per la restituzione.

Se il procuratore che ritirò gli atti non li abbia restituiti nel termine stabilito è applicabile, il disposto dall'articolo 177 ultimo capoverso.

§ IV.

Degli incidenti.

181. Gli incidenti sono proposti al presidente.

Il presidente, se le parti siano d'accordo sulla risoluzione, provvede per l'esecuzione. Se non siano d'accordo, rimette le parti a udienza fissa per la risoluzione dell'incidente, o anche del merito.

Art. 47, 162, 189, 199, 204, 206, 246, 322, 329 seg., 557, 617, 800, 806, 924 seg. p. c.; 201, 202 reg. giu

1. Nelle cause sommarie gli incidenti devono trattarsi insieme col merito all'udienza fissata e non proporsi al presidente. — *Appello Palermo*, 6 aprile 1866. *Orlando—Cataliotti. Annali*, I, 26. — *Appello Brescia*, 30 giugno 1869. *Zienkowiez ll. cc.—Redaelli e Bouffier. Mon. Trib.* X, 869. — *Contra: Appello Lucca*, 7 aprile 1866.

2. Nei procedimenti sommari si ponno proporre le prove nella stessa udienza pella quale fu trasmessa la citazione. — *Cass. Firenze*, 5 luglio 1866. *Menghetti—Verni. Annali* I, 26. — *Appello Venezia*, 28 dicembre 1871. *Freschi—Carli. Mon. Giud.* I, 299.

3. Nelle cause pendenti avanti i Tribunali o le Corti, qualunque domanda che possa far luogo a controversia incidentale deve proporsi per comparsa di procuratore, o per biglietto portante citazione della contraria parte a comparire innanzi alla presidenza del Tribunale o della Corte, e non già mediante ricorso alla stessa presidenza; il decreto col quale venga assecondata una domanda incidentale promossa con ricorso è a considerarsi nullo e come non avvenuto rispetto alla parte contraria, la quale perciò può opporre siffatta radicale nullità anche fuori del termine e del modo di cui l'art. 183. — *Appello Brescia 27 febbraio 1867. Thiene—Arioli. Mon. Trib., VIII, 1114.*

4. Quando, appellatasi in via formale una sentenza perchè decise in merito accogliendo la domanda principale d'una delle parti senza ammettere le prove proposte dalla parte contraria, questa riproponga in appello colla forma degli incidenti le prove che erano state rigettate, il presidente in caso di disaccordo delle parti deve per logica necessità rimetterle alla udienza anche pella decisione sul merito dell'appellazione, da non confondersi col solo merito della domanda principale. — *Appello Brescia, 7 maggio 1867. Piazzoni—Arrigoni ll. cc. Mon. Trib., IX, 180.*

5. L'ordinanza di rinvio delle parti ad udienza fissa equivale a citazione. — *Appello Brescia, 3 luglio 1867. Tebaldini—Avanzi. Mon. Trib., IX, 101.*

6. Non è permesso di elevare ad incidente una questione di merito, e perciò non si può proporre un incidente all'oggetto di far dichiarare inattendibile per vizi intrinseci una perizia eseguita con tutte le formalità estrinseche volute dalla legge. Le istanze contenute nelle comparse delle parti non assumono il carattere di incidenti se non sono accompagnate dalla citazione dell'avversario a comparire avanti il presidente.

La sentenza che pronuncia l'ammissione di un incidente a favore di una parte contiene implicito il rigetto dell'istanza dell'altra per la riunione dell'incidente al merito. — *Cass. Torino, 24 agosto 1867. Catrani—Buffalini. Annali, I, 428.*

7. Tuttochè una parte abbia ristrette le sue conclusioni alla preventiva ammissione di una prova, se l'altra parte ha concluso anche nel merito, possono i giudici rigettare la prova e decidere in merito, ove questo si trovi in istato di essere definitivamente giudicato. — *Cass. Torino 22 novembre 1867. Mancini—Santi. Annali. II, 251.*

8. Il collegio giudicante, innanzi al quale furono rinviate le parti per la decisione dell'incidente ed anche del merito, ha facoltà di modificare in questa parte la ordinanza e di limitarsi a conoscere dell'incidente. — *Appello Milano, 1 maggio 1868. Marchesi—Cicognini ll. cc. Mon. Trib., IX, 518.*

9. Rimesse le parti a discutere il merito coll'incidente, se il proponente l'incidente vi recede, non può l'avversario insistere pella discussione del merito. — *Appello Lucca, 15 luglio 1868. Lloyd ll. cc.—Filippini. Annali, II, 561.*

10. Non si può ad arbitrio declinare dall'osservanza della disposizione che prescrive che gli incidenti si propengono al presidente.

Ed il tribunale, trattandosi di norma d'ordine pubblico, deve d'ufficio rimettere le parti alle forme regolari. — *Appello Lucca, 27 novembre 1868. Guerrazzi—Sanna. Annali, II, 446.*

11. Allorchè le parti sono rinviate al Tribunale unicamente per la risoluzione di un incidente, non possono i giudici occuparsi che dell'incidente, tuttochè una delle parti abbia preso conclusioni sul merito, e la causa sia matura a decisione su questo. — *Cass. Torino, 19 giugno 1869. Gazz. del Proc., 1869.*

12. Una domanda per cui la legge prescriva la forma degli incidenti non è inammissibile solo perchè sia proposta in altra guisa, come, ad esempio, in una comparsa semplice e ripetuta nella conclusionale, perchè la legge non commina nullità. — *Cass. Napoli*, 5 agosto 1869. *Comune di Cerignolo—Delli Falconi. Mon. Trib.* X, 1166.

13. Una domanda per cui la legge prescriva la forma degli incidenti è tuttavia ammissibile se proposta nella forma ordinaria. — *Appello Torino* 26 ottobre 1870. *Boch—Vigna. Giurisprudenza*, VIII, 107. — *Cass. Napoli*, 5 agosto 1869. *Comune di Cerignolo—Delli Falconi. Gazz. del Proc.*, IV, 470. — *Cass. Napoli*, 15 gennaio 1870. *Rossi—Coraccini. Annali*, IV, 117. — *Appello Messina*, 25 novembre 1872. *Ponzio—Coppolino. Temi Zanclea*, III, n. 15. = Contra: *Appello Genova* 17 maggio 1867. *Viani—Biassoli. Gazz. dei Trib.*, XX, 170. — *Appello Lucca*, 27 novembre 1868. *Guerrazzi—Sanna, Annali*, II, 446.

14. All'udienza incidentale non si possono produrre nuovi documenti, tanto più se a detta udienza le parti furono rimesse per l'eventuale trattazione della causa anche nel merito. — *Appello Brescia*, 22 febbraio 1872. *Ghizzi U. cc—Noventa U. cc. Gior. dei Trib.*, II, n. 138.

15. Gli incidenti possono proporsi davanti al presidente colle forme di quest'art. anche quando il giudizio si tratti con procedimento sommario e così anco nel giudizio esecutivo. — *Appello Parma*, 12 novembre 1872. *Manuelli U. cc—Ospizi civili di Piacenza. Annali*, VI, 575.

16. Rimesse le parti dinanzi alla Corte con ordinanza irrequietata per la risoluzione dell'incidente e del merito, non è accoglibile la domanda di una di loro per la sospensione del giudizio di merito, se dalla discussione risulta completa l'istruzione. — *Appello Venezia*, 14 novembre 1872. *Di Thiene—Vaccari. Mon. Giud.*, II, 597.

17. Quantunque il presidente abbia rinviate innanzi al tribunale le parti per la discussione dell'incidente, senza far menzione del merito, pure se la parte che promosse l'incidente conchiuse all'udienza anco sul merito principale della causa senza che l'altra parte abbia chiesto che la discussione si limitasse all'incidente, il tribunale può prendere in esame il merito della causa principale e giudicarne se lo trova bastantemente istruito. — *Appello Bologna*, 6 dicembre 1872. *Cicognani—Banca Nazion. di Forlì. Annali*, VII, 281.

18. Allorchè le parti comparse davanti al presidente non convengono nella ammissione del proposto incidente, ed una di esse domanda che sia rimessa al tribunale la decisione dell'incidente ed anche del merito, o di quelle questioni che fossero riconosciute mature a decisione, il presidente non può rimetterle per la sola decisione dell'incidente.

Ciò sarebbe contrario ai principii liberali del codice, all'economia ed alla speditezza dei giudizi e attribuirebbe al presidente diritti che la legge non gli accorda, mentre per lo contrario nessun danno può derivare ad alcuna delle parti dal rinvio per la discussione anche del merito, dachè ciò non impegna menomamente il tribunale a decidere la causa principale se dalla discussione non gli apparisca matura. — *Appello Venezia*, 17 giugno 1873. *Masiero—Consortio Foresto. Mon. Giud.*, II, 564.

19. Non avendo il giudice delegato giurisdizione, deve, nel disaccordo delle parti, ambedue comparse sull'ammissione dell'incidente, rimetterle ad udienza fissa per la risoluzione dell'incidente e del merito e non limitare il rinvio a quella dell'incidente.

L'essere la causa matura pel merito o meno deve decidersi dal tribunale nello stato in cui essa trovavasi al momento dell'ordinanza di rinvio avanti sè medesimo, cosicchè chi propone l'incidente non potrà esservi

sorpreso da nuove prove o conclusioni dell'avversario. — *Appello Venezia 27 gennaio 1874. Dal Pian Ferrighi—Salvotti. Gior. dei Trib. n. 116.*

20. In generale pei principii generali del nostro rito non si può interdire ad una parte di opporsi alla protrazione infinita della causa di merito sotto il maneggio degli incidenti; come non si può lasciare nell'arbitrio di una parte di far sospendere il giudizio principale.

Quando pertanto non vi sia alcuna legge che divieti la trattazione del merito cumulativamente all'incidente, il giudice delegato non è autorizzato, nel disaccordo delle parti, a decidere addirittura, restringendo la discussione al solo incidente.

Contro tale ordinanza la parte può giustamente muovere reclamo all'effetto preciso che il tribunale possa estendere il proprio esame anche sul merito e divenire così ad una sola sentenza definitiva.

Il reclamo si porta direttamente al presidente del tribunale, la cui ordinanza che rimette ambedue le parti davanti il tribunale anche pel secondo incidente tien luogo di citazione a sensi dell'art. 38 C. P. C. Avvenuta poi la discussione e riunite per l'accordo delle parti le due cause, il tribunale con la stessa sentenza, ravvisando matura l'istruzione, può pronunciare anche sul merito. — *Appello Venezia, 27 maggio 1874. Scarpa—Scarpa. Gior. dei Trib., III, n. 259.*

21. Quando l'ordinanza presidenziale ha rimesse le parti avanti al collegio per la risoluzione dell'incidente, non può esso risolvere contemporaneamente il merito se una parte ne faccia istanza e l'altra vi si opponga. — *Appello Torino, 7 luglio 1874. Comino U. cc.—Ponzo. Bettini, XXVI, 686.*

22. Possono formare oggetto di incidente davanti il presidente quelle sole domande che sono dirette all'istruzione della causa. Non si può quindi chiedere il rigetto del gravame senza esame in linea incidentale, essendo questa una domanda diretta a troncare il corso della causa, non ad istruirla. — *Appello Napoli, 28 settembre 1874. Gallo—D'Angelo. Gior. dei Trib., III, n. 309.*

23. Il processo particolare contemplato dal nostro codice per la trattazione degli incidenti costituisce un sistema del codice stesso in confronto del procedimento normale ed ordinario, un *gius singolare*, la cui applicazione deve restringersi nei casi esclusivamente previsti.

La parola *incidente* usata dall'art. 181 non può avere così ampio e sconfinato significato da comprendere qualunque questione accessoria che potesse nascere in un giudizio principale, ma quelle soltanto affatto secondarie e di minor importanza che non rade volte vengono ad innestarsi alla questione principale.

Laonde, se la domanda sia diretta a risolvere la controversia ossia la questione principale, e se dall'esito della medesima possa dipendere la cessazione del giudizio d'appello, essa è destituita di quei caratteri sostanziali che costituiscono l'incidente, e non può come tale essere proposta.

Il procedimento eccezionale autorizzato dalla legge è stato esplicitamente dichiarato (art. 189, 192, 199, 206), e perciò nei casi di silenzio della medesima prevale il *gius comune* della procedura e deve osservarsi il procedimento normale. — *Appello Ancona, 20 ottobre 1874. Fevre Vinet e C.—Hainzmann. Gior. dei Trib., III, n. 287.*

24. L'incidente per ammissione di prove è sempre ammissibile dopo scaduto il termine a comparire, nè è necessario sia anche scaduto il termine concesso alla parte per deliberare sul merito della causa. — *Appello Torino, 14 novembre 1874. Sibilla—Tonini. Gior. dei Trib., IV, n. 61.*

25. Quantunque le parti sieno state rimesse dal presidente al collegio

giudicante per la discussione di un incidente, pure il magistrato non deve astenersi dal conoscere anche delle eccezioni che colpiscono la domanda principale, sussistendo le quali si renderebbe inutile l'ammissione della prova. — *Cass. Firenze, 11 dicembre 1874. Calzavana—Cucco. Gior. dei Trib., IV, n. 44.*

1. Con questo articolo hanno relazione i seguenti del reg. gen. giud.:

Art. 201. Per la risoluzione degli incidenti, il presidente può valersi della facoltà che gli è data dall'art. 186 del medesimo codice, sia con delegazioni parziali per speciali cause e atti, sia con delegazioni mensili per qualunque causa e atto d'istruzione.

Tanto in caso di delegazione, quanto se le attribuzioni di cui nell'articolo ora citato siano esercitate dal presidente, il medesimo fissa in principio dell'anno giuridico uno o più giorni della settimana per le udienze di istruzione da tenersi ad ora determinata in una delle sale del tribunale che sarà indicata, salvo le udienze straordinarie da concedersi nei casi di maggiore urgenza.

I decreti di delegazione mensile e di designazione dei giorni e delle ore delle udienze si terranno affissi nella sala d'ingresso del tribunale.

Art. 202. Nei tribunali divisi in più sezioni le delegazioni di cui nell'art. precedente si fanno dai rispettivi capi di esse: la designazione del giorno delle udienze è fatta per tutte le sezioni dal presidente del tribunale, sentiti i vice-presidenti.

2. Come devono proporsi gli incidenti?

Convien distinguere la proposta dell'incidente dalla produzione al presidente dell'istanza incidentale. Colla semplice proposta dell'incidente, la procedura incidentale non è per anco incominciata, ma si inizia soltanto colla citazione a comparire davanti al presidente.

Prima però della citazione è indispensabile formulare espressamente l'oggetto dell'istanza incidentale, e ciò si fa per necessità mediante comparsa da procuratore a procuratore. Difatti, secondo l'art. 162 C. p. c., qualunque istanza, risposta, o altro atto relativo all'istruzione della causa, sempre che non sia stabilita una forma diversa, si fa per comparsa. E l'art. 185 C. p. c. quando prescrive il modo col quale si fa la citazione davanti al presidente, ammette implicitamente che prima della medesima sia stata notificata la comparsa colla formale proposta dell'incidente.

Ciò del resto è logico, perchè se per una eccezione vigorosamente oppugnata da molti, il legislatore attribui unicamente all'usciera, con esclusione del procuratore, di suggellare colla sua firma l'atto di citazione, siffatta eccezione non può estendersi agli atti di istruttoria della lite raccomandati all'opera vigile ed assidua d'un procuratore legalmente esercente.

Ciò è a dirsi poi tanto più per gli incidenti di prova nei quali prima di iniziare effettivamente il procedimento incidentale, è d'uopo formulare i capitoli sui quali la prova si intende esperire.

Non può adunque essere messo in dubbio che gli incidenti debbano essere proposti per comparsa, a seguito della quale, od appiedi della medesima, si notificherà la citazione a comparire davanti al presidente per la risoluzione dello incidente di cui fu fatto cenno nella comparsa. La citazione è cosa indipendente dalla comparsa e non la può surrogare, dà principio alla procedura incidentale, ma non propone né formula la domanda o la istanza, che formano tema dell'incidente.

Secondo a me sembra, cadde perciò in errore l'egregio avv. Gargiulo quando a pag. 494 del suo *Comm.* insegnò che l'incidente si può proporre con comparsa, o con citazione per biglietto che oltre la citazione del procuratore della contro parte contenga le conclusioni incidentali, i capitoli di prova testimoniale, ad esempio. La citazione per biglietto è necessariamente un atto d'usciera, e l'atto d'usciera non può certo tener luogo della comparsa che è atto di procuratore, e deve sempre precedere la citazione incidentale.

L'esimio Borsari, nel suo formulario, abbraccia a dir vero questo sistema, poichè al n. LXIV ci dà il modello di una citazione con proposta di incidente. Ma lasciando tutte le ragioni suaccennate che devono convincere della irregolarità di questo procedimento, lo stesso illustre autore ci fornisce un argomento a nostro favore nelle avvertenze al n. LXII del formulario.

« La comparsa incidentale, egli dice, lascia alla parte contraria il tempo a rispondere designato nei giudizi formali. Tale comparsa è nello stesso tempo un atto di interpellanza che provocando una risposta della controparte, può anche ottenerne una adesiva.

« Pertanto se si risponde, per esempio, niuna opposizione farsi sull'ammissione dei capitoli, si passerà senz'altro al saggio del presidente, semplicemente per la destinazione del giorno ed ora, delegazione del giudice ecc.

« Supposto poi il caso più frequente che, cioè, l'avversario respinga la domanda, la comparsa è un atto distinto, e allora ha luogo una citazione separata avanti il presidente ».

Da questa giustissima osservazione è logico dedurre che altra deve essere la funzione della comparsa ed altra quella della citazione.

Ma io mi sono dilungato già troppo, mentre forse mi sarebbe bastato riferirmi all'art. 185 per dare la più evidente dimostrazione della mia tesi.

« Qualunque citazione per comparire davanti al presidente, può farsi con la comparsa stessa che propone l'incidente, o per biglietto ».

Ed il ministro Vacca nella sua *Relazione* a S. M. dichiara: « Gli incidenti si propongono al presidente, e la comparsa o atto che li propone, può contenere la citazione davanti a lui ».

La necessità della comparsa si rileva chiaramente così dal tenore dell'art. come dalle parole del ministro; l'arbitrio del procuratore si limita al modo col quale eseguire la citazione davanti al presidente, mettere in atto cioè l'istanza incidentale già prima proposta e formulata. Egli potrà, dopo proposto l'incidente, attendere le eccezioni dell'avversario per decidere se gli convenga o meno elevare l'incidente colla citazione per biglietto, ovvero, secondo i casi, e specialmente in caso di urgenza, potrà contemporaneamente alla comparsa per incidente, far notificare la citazione. Anche in tale ipotesi però l'ente processuale, se pure materialmente costituisce una sola produzione, consta tuttavia di due atti affatto distinti per la loro indole e per la persona da cui emanano, cioè la comparsa del procuratore, la citazione dell'uscieri.

2. Questo articolo contiene esso solo le norme fondamentali del procedimento incidentale, ed in brevissime linee traccia la via che l'incidente deve percorrere, sia che sul medesimo concordino le parti o sorga questione sulla sua risoluzione.

Quando adunque si pensi che con questo articolo il legislatore ha dettato una norma che non regge soltanto gli incidenti d'istruttoria, ma che è comune a qualunque incidente, ed alla quale perciò troviamo fatto riferimento in parecchi luoghi del codice, non tarderà a sorgere in noi il dubbio, se le poche parole di questo articolo possano bastare alla complessità dei casi, che per le sue espressioni generali il legislatore ha voluto fossero dal medesimo disciplinati.

La brevità nuoce spesso volte alla chiarezza e la concisione della frase all'intera comprensione dell'oggetto. E l'art. 181 ce ne offre un esempio, giacchè sotto l'apparente lucidità della disposizione si nascondono tali e tante questioni che le effemeridi di giurisprudenza ne traboccano tuttodì, senza che ancora siasi nemmeno nella maggior parte di esse, raggiunto quella concordia e stabilità di opinioni che sarebbe necessaria per le esigenze della pratica.

Prevedendo il caso che le parti non siano d'accordo sulla risoluzione dell'incidente l'art. dispone che il presidente rimette le parti a udienza fissa per la risoluzione dell'incidente od anche del merito. Nella interpretazione di tale disposizione sorsero le seguenti questioni:

1. Se possa il presidente rimettere d'ufficio, in caso di disaccordo, le parti davanti al collegio per la risoluzione dell'incidente e del merito, o se sia mestieri che una delle parti gliene faccia apposita istanza.

II. Se, ammesso che il presidente non debba emanare tale provvedimento se non ad istanza di parte, sia in facoltà o meno di rinviare all'udienza per la discussione anche del merito.

III. Se la remissione pel merito, trasformi anche quanto alla causa di merito il procedimento da formale in sommario, e se allo scioglimento della questione precedente nulla influisca l'essere la rimessione avvenuta per accordo d'ambe le parti.

I.

Io credo che perchè il presidente abbia ad ordinare il rinvio all'udienza anche pel merito sia mestieri gliene venga fatta istanza dalla parte che si oppone all'incidente. Questo io ritengo giacchè tale rinvio fu dal legislatore concesso al solo scopo « di impedire ad una delle parti, col proporre questioni incidentali di defatigare l'altra e protrarre troppo a lungo la definizione del giudizio ». (*Relazione Pisanelli* p. 96). A togliere questa defatigazione nessuno ha maggiore interesse della parte che ne è la vittima, di guisa che ove questa acconsenta a sottomettersi, non può il giudice pretendere di regolare il corso della istruttoria in un sistema come il nostro che lascia ampia libertà alle parti nella istruzione della causa.

Non comprendo anzi come su questo punto si possa pur un momento dubitare quando il legislatore nei motivi del codice esposti nella relazione Pisanelli, ove parla della facoltà del presidente usa le precise parole: « ove una delle parti ne faccia istanza », né allorquando si discusse in seno alla Commissione legislativa sul tenore di questo articolo, alcuno sorse ad opporsi al concetto manifestato dall'autore del Progetto.

II.

Ammesso però come indiscutibile che il presidente non possa ordinare il rinvio anche pel merito senza istanza di parte, rimane a sciogliere l'altra importantissima questione, se cioè quella volta che tale istanza gli sia fatta debba egli sempre ed in ogni caso ordinare il chiesto abbinamento, ovvero se ciò sia rimesso al suo prudente arbitrio.

Pescatore, Bolaffio e Scotti opinano che la remissione anche pel merito sia un obbligo del presidente, ed ecco le loro ragioni:

Scrive il Pescatore: « Il presidente non ha giurisdizione nè per ordinare la risoluzione del solo incidente, nè per accogliere l'istanza contraria, ciò dipendendo dalla cognizione della causa sull'incidente e sul merito appartenente al giudizio del tribunale.

« Privo adunque dell'autorità di decidere, sulle rispettive istanze ed eccezioni riguardo al rinvio anche sul merito, rimette le parti al tribunale, e questo o accoglierà la sola istanza per la risoluzione dell'incidente, ovvero risolverà anche il merito ». (*Gior. delle Leggi*, III, 161).

Il Bolaffio, concordando coll'illustre Pescatore intorno alla formula dell'ordinanza presidenziale, osserva in proposito:

« Con tale ordinanza le parti sono poste nell'identica condizione giuridica: chi ha promosso l'incidente è rinviato per la risoluzione della questione incidentale da lui proposta ma non ammessa dalla controparte, e questa a sua volta si trova rimessa pel merito da lei chiesto quasi in via riconvenzionale.

« Da una parte vi ha dissenso sull'ammissione dell'incidente, dall'altra pel rinvio sul merito, ed il presidente, seguendo la linea di condotta tracciata dal codice, così per la questione incidentale, come per quella del merito, rimette le parti ad udienza fissa per la risoluzione dell'incidente ed anche del merito. Ambedue le parti trovano in tal modo rispettati i propri diritti; giacchè se l'attore incidentale ha quello di veder portata a discussione la questione incidentale, il convenuto ha l'altro di veder associato anche il merito che egli ritiene maturo a decidersi senza ulteriori incombenzi. E

il tribunale, innanzi al quale la causa è recata, trova impregiudicata ogni questione; egli si occuperà dapprima della questione incidentale, e riscontrandola inaccoglibile ed invece istrutta sufficientemente la causa principale, emetterà senza più giudizio definitivo ».

Inoltre il Bolaffio rimarca la differenza tra la dizione dell'art. 181 quale era proposto nel Progetto Pisanelli e quella del codice vigente; nel Progetto si diceva: *potrà fissare l'udienza per la decisione ad un tempo dell'incidente e del merito*; il codice attuale invece dichiara: *se non sieno d'accordo rimette le parti, ecc.*, e quindi continua: « Qualora si affermi spettare al potere discrezionale del presidente acconsentire o no alla domanda del convenuto incidentale pel rinvio cumulativo della questione incidentale e del merito, è d'uopo ammettere la necessità di un esame preventivo. Ora non può consentirsi che il vero giudizio di un corpo collegiale di magistrati, illuminato e dalla trattazione scritta della causa e dalla orale discussione sia preceduto ed influenzato dal responso di un giudice a cui non è accordata giurisdizione che nei casi di urgenza ». (*Degli incidenti*, p. 11-16).

Lo Scotti dichiara poi di schierarsi recisamente coll'avv. Bolaffio e di dividere la sua opinione, essere obbligo imprescindibile del presidente, una volta sottopostagli la domanda di rimessione anche pel merito, di rinviare le parti anche per questo al tribunale. (*Della rimessione delle parti ad udienza fissa, ecc. Archivio giuridico*, 1874).

Malgrado l'autorità di questi scrittori io mi dichiaro di opinione affatto opposta alla loro, e ritengo che il presidente abbia facoltà e non obbligo di rimettere le parti a discutere coll'incidente anche il merito, per queste ragioni:

Il motivo della disposizione dell'art. 181 ci è chiarito dalla relazione Pisanelli che così si esprime: « ove una delle parti ne faccia istanza, il presidente, invece che limitare la discussione sull'incidente, *potrà* fissare l'udienza per la decisione di questo e ad un tempo pel merito della causa. Tale *facoltà* attribuita a detto magistrato è diretta ad impedire che una delle parti possa col proporre questioni incidentali al solo scopo di defatigare l'avversario, protrarre troppo a lungo la definizione del giudizio. »

Sebbene nell'articolo del codice alla parola *potrà* del Progetto siasi sostituita l'altra più assoluta e precettiva *rimette*, pure deveasi ritenere che la mutata dizione non risponda ad un cambiamento di concetto, poichè scorrendo i verbali delle discussioni che seguirono nel seno della Commissione legislativa, non si trova traccia di alcuna osservazione in argomento, la quale abbia potuto portare un cambiamento tanto radicale nella disposizione del presente articolo. Di più nella relazione del ministro Vacca il mutamento di sistema non è punto accennato e giustificato.

A mio avviso non può essere messo in dubbio che la facoltà di chiedere il rinvio anche pel merito spetti soltanto a chi è convenuto nell'incidente, giacchè altrimenti mancherebbe lo scopo che il legislatore si è prefisso colla disposizione di cui è parola, e si avrebbe l'assurdo che la parte che, sollevando l'incidente, mostrò che l'istruzione non è compiuta, toglierebbe ella stessa valore all'incidente, ammettendo che il tribunale possa prescindere e giudicare in merito. Così del resto opina lo stesso Bolaffio (*Degli incidenti*, p. 11).

Ed il Pescatore (*Gior. delle Leggi*, III, 161) scrive: « Durante ancora il corso del procedimento formale la parte che solleva un incidente, chiedendo la rimessione all'udienza per la risoluzione di esso, non ha diritto di domandare che le parti sieno anche rimesse per la risoluzione del merito. »

Ove fosse lecito pertanto ad una parte, coll'opposizione all'incidente provocato dall'altra, di pretendere, quando lo voglia, il rinvio all'udienza anche pel merito, troppo spesso essa se ne prevarrebbe per tentare con una discussione prematura di ottenere vittoria sull'avversario, che non si fosse preparato con tutti i mezzi che un'istruttoria più completa gli avrebbe fornito.

Di più sarebbe inopportuno e sconveniente che ad ogni discussione sugli incidenti si potesse rinnovare, ad arbitrio d'una parte, una compiuta ed intera discussione anche del merito, con iscapito grandissimo della celerità nel disbrigo degli affari.

Non fa certo ostacolo alla facoltà che credo accordata al presidente, la considerazione che si verrebbe con essa ad attribuirgli una giurisdizione che non si confà colla missione che la legge gli affida nel procedimento incidentale, come non nuoce l'altro appunto che egli mancherebbe di mezzi per deliberare sulla questione del rinvio anche del merito. Infatti non è esatto che col sistema da me propugnato si attribuisca al presidente una vera e propria giurisdizione, poichè il suo provvedimento non pregiudica in verun modo la condizione delle parti non essendo pel medesimo menomamente limitata la facoltà del collegio di decidere, secondo gli sembrerà più opportuno, il merito o d'arrestarsi all'incidente.

Relativamente poi al secondo argomento, a ribatterlo basterà osservare che i mezzi di cui il presidente dovrà valersi, non è mestieri siano molti ed estesi, appunto perchè quel provvedimento non ha che una meschina influenza e può essere riparato dal collegio, e che l'opposto avviso delle parti farà sorgere davanti al presidente una discussione, la quale sarà più che sufficiente per illuminarlo nella soluzione della contesa.

Lo Scotti mi obiettò su questo punto che la comparizione del procuratore avversario non essendo obbligatoria e l'assenza valendo opposizione, la discussione da me supposta è molto problematica. (*Della rimessione*, ecc. *Archivio giuridico*, 1874). L'obiezione però perde qualunque influenza quando si pensi che dovendo l'abbinamento del merito coll'incidente, essere necessariamente chiesto dal convenuto incidentale, attesa la somma difficoltà che l'attore non comparisca, la discussione, di cui io parlai, avrà luogo nella massima parte dei casi.

Nemmeno regge l'altro argomento che avversariamente si oppone, che la pronuncia facoltativa del presidente per il rinvio del solo incidente potrebbe favorire la defatigazione dell'una ed impedire all'altra parte di condurre a termine la lite, ovvero, rinviando anche per la risoluzione del merito far risguardare anticipatamente l'incidente come infondato.

Se infatti una parte ha diritto di non essere defatigata, l'altra ha però quello ancora più sacro, che non le sia fiscata la difesa e non le sia impedito, ad arbitrio dell'avversario, di istruire la causa con tutti quelli incidenti che le sono necessari, valendosi del rito formale proprio alla causa. Nè si dica che la libertà lasciata al collegio sulla decisione dell'incidente o del merito toglie ogni timore, giacchè non è raro il caso che l'essersi già discusso il merito influisca sinistramente sull'accoglienza dell'incidente.

Finalmente non ha valore l'osservazione che il provvedimento presidenziale pregiudicherebbe l'esito dell'incidente ed eserciterebbe un'influenza sull'animo dei giudici, giacchè trova un'aperta smentita nella pratica.

Non so poi scorgere qual differenza vi sia nelle ultime conseguenze loro, tra il provvedimento redatto secondo la formula suggerita dal Pescatore e quello che in termini recisi ed assoluti contiene la rimessione anche pel merito, giacchè il collegio avrebbe in ambidue i casi facoltà di scegliere tra, la decisione dell'incidente e quella del merito.

L'illustre Borsari si dichiara per la tesi da me sostenuta a pag. 242 del suo *Commentario*, e del pari il Gargiulo a pag. 489, ove osserva che per rinviare le parti all'udienza oltrechè per l'incidente anche per il merito, è mestieri che il presidente tenga presente lo stato in cui trovansi la causa.

III.

Eccoci ora alla questione:

« Se per la rimessione delle parti a udienza fissa avanti il tribunale per la risoluzione dell'incidente e del merito, il procedimento si cangi in som-
« mario anche riguardo al merito. »

Non esagero asserendo che poche questioni ricevettero, dagli scrittori specialmente, uno sviluppo pari a quello che fu dato alla presente. Ne scrissero ampiamente lo Scotti, il Bolaffio, il De Rossi, il Ricci e pure a lungo ne ho discorso anch'io, e fui assieme al Bolaffio onorato di una risposta diligentissima da parte dell'esimio avv. Scotti.

Cotesti lavori vennero inseriti in parecchi dei principali periodici di giurisprudenza, ed il prof. Saredo nel numero di ottobre della *Legge* anno 1874, riproduceva tutti quelli che in quell'epoca avevano veduto la luce. Dopo di allora però altri scritti furono pubblicati, per cui la bibliografia completa, in ordine cronologico, intorno a cotesto tema di così vitale importanza, sarebbe la seguente:

1. Bolaffio: *Degli incidenti nei giudizi civili* (Mon. Giud. 1873, n. 39).

2. Scotti: *Se, ove in un procedimento formale insorga incidente per ammissione di prova, e ne consegua rimessione delle parti a udienza fissa avanti il tribunale per la decisione anche nel merito, il procedimento si tramuti in sommario anche per la decisione del merito* (Mon. Trib., 20 giugno 1874, p. 605 e seguenti).

3. Bolaffio: *Una questione a proposito del procedimento civile degli incidenti* (Mon. Giud., 9 luglio 1874, n. 28).

4. Scotti: *Relazione sopra il concorso ad un quesito da lui proposto sul Giornale delle Leggi* (Gior. delle Leggi, 30 luglio 1874, n. 31); e Dogliotti: *Risposta al detto quesito* (Ib.).

5. Cuzzi: *Della rimessione delle parti a udienza fissa per la risoluzione dell'incidente e anche del merito* (Archivio Giuridico, XIII, pag. 172).

6. Scotti: *Sullo stesso tema, risposta agli avvocati Bolaffio e Cuzzi* (Archivio Giuridico, XIII, pag. 444).

7. De Rossi: *Memoria sull'argomento* (Archivio Giuridico, XIII, pag. 485).

8. Ricci: *Se il rito dell'incidente convenga eziandio al merito quando e l'uno e l'altro siano rinviati alla decisione del collegio*. (Giurisprudenza italiana, XXVII, parte IV, col. 54).

Nella discussione l'egregio avv. Scotti si trovò solo coll'avv. Dogliotti a combattere contro tutti gli altri autori nominati. Specialmente però la lotta si è impegnata tra lui da un lato, l'avv. Bolaffio e me dall'altro. E per questo che volendo rendere conto completo delle ragioni *hinc inde* dedotte, perchè il lettore si formi un concetto esatto della importantissima controversia che tocca uno degli argomenti più gravi del diritto processuale, stimai conveniente di qui riprodurre quasi integralmente gli scritti dello Scotti e del Bolaffio, ed il mio già pubblicato nell'*Archivio*, cogliendo poi l'occasione per dare al mio esimio e valente contraddittore quella replica che da tanto tempo egli sta attendendo.

Nella monografia sugli incidenti l'avv. Bolaffio, dopo aver dichiarato che una volta che una questione incidentale è portata ad udienza fissa, il procedimento incidentale in nulla differisce dal procedimento sommario, proponevasi la seguente questione:

« Nella comparsa conclusionale comunicata nel procedimento incidentale possono mettersi innanzi istanze ed eccezioni non proposte antecedentemente nell'istruttoria scritta del giudizio formale, di cui l'incidente è un episodio? E rispondeva che la natura assegnata al procedimento incidentale, quella di processo sommario, rendeva necessaria la soluzione affermativa.

« Se però, egli soggiungeva, le parti fossero state rinviate al tribunale per la decisione dell'incidente e del merito, in tal caso ci è d'uopo fare una distinzione.

« Noi riteniamo cioè che riguardo alla questione incidentale debba rimanere invariato quanto abbiamo detto: ma rispetto al merito, sosteniamo essere assolutamente interdetto alle parti di far valere, nella comparsa conclusionale e nell'orale discussione, ragioni ed eccezioni non ancora esposte nella istruttoria scritta. Ed il motivo che ci conduce a questa conclusione, non è che una logica deduzione delle nostre premesse.

« La parte infatti che domanda il rinvio anche pel merito è spinta a questa istanza dalla convinzione che l'istruttoria della causa sia matura a decisione allo stato in cui si trova al momento in cui l'incidente è proposto. È tale convinzione che le fa ritenere inutile l'incumbente chiesto dall'avver-

sario, che la induce a domandare il rinvio pel merito; ed è la constatazione della maturità della causa principale a definitiva decisione prima dell'udienza, che consiglia il tribunale a risolverla. Ma qualora fosse necessario invece dare alla causa un più largo svolgimento, sviluppare nuovi argomenti di fatto, non per anco accennati nelle scritture precedenti a quella con cui l'incidente fu promosso, allora si dilegua ogni motivo per accordare un cambiamento di procedura, e l'istanza della parte che chiede la risoluzione in via sommaria di una causa assegnata dal legislatore al procedimento formale, trova insormontabile ostacolo nella lettera del codice.

« Concludiamo adunque con lo stabilire il principio che ove le parti siano rimesse al tribunale per la decisione del solo incidente, esse possono addurre a sostegno dei rispettivi assunti nuove istanze ed eccezioni; che però ove sieno rinviate per la risoluzione cumulativa dell'incidente e del merito, hanno bensì la facoltà di addurre ragioni ed eccezioni non prima proposte nel processo scritto, per quanto riguarda la questione incidentale, ma non hanno pari facoltà per ciò che riguarda il merito, il quale potrà soltanto risolversi quando fosse maturo a decisione nella condizione in cui trovavasi allora che la questione incidentale fu avanzata ».

La distinzione stessa, ritiene il Bolaffio debbasi fare circa l'ammissibilità della produzione di documenti non comunicati prima dell'istruttoria scritta. Le nuove produzioni fatte nel giudizio incidentale devono essere esclusivamente dirette all'istruzione della questione incidentale.

Il primo scritto dell'avv. Scotti sulla questione che trattiamo prese argomento dalla sentenza 26 marzo 1874 della Corte d'appello di Milano la quale dichiarò non essere ammissibile l'intervento volontario in una lite se proposto all'udienza alla quale siano state rinviate le parti per discutere sopra un incidente e sul merito, e ciò quantunque il rinvio anche pel merito non sia stato contestato dall'attore principale. La Corte di Milano suffragò il suo giudicato colle seguenti argomentazioni:

« I. Attesochè sarebbe erroneo il dire, che per il verificarsi di un procedimento *incidentale*, il *procedimento formale* cambi immediatamente natura e si trasformi in *sommario*; che la legge, la giurisprudenza e la ragione ci insegnano che il procedimento *formale* assume *aspetto di sommario soltanto allo scopo e per quanto occorre alla risoluzione dell'incidente*; che dopo ciò, e in quanto non sia necessario per la discussione e decisione sull'incidente sollevato, il rito processuale riprende da sé, secondo la sua originaria indole, la sua qualità di *formale*, e che perciò non potrebbe ammettersi nel caso in esame il chiesto intervento proposto all'udienza *incidentale*, senza violazione della *prima parte dell'articolo 176, cod. di proc. civ.*

« II. Attesochè è anzi manifesto per l'art. 184, che prescrive quanto deve essere stabilito dall'ordinanza del presidente che rimette le parti ad udienza fissa, che il procedimento *formale* non si sveste pienamente delle sue pratiche e dei suoi caratteri neppure per prestarsi in modo più spedito alla risoluzione degli incidenti, e come appare da quanto si accenna sotto i numeri 3, 4, 5, che non troverebbero applicazione in un processo di sua indole propriamente sommario.

« III. Attesochè la facoltà accordata dall'art. 181 codice proc. civ., di rimettere le parti a udienza fissa non solo per la risoluzione dell'incidente, ma anche *per il merito*, non può autorizzare le parti a ritenere che sia loro concesso di fare all'atto della prefissa udienza tutte quelle *nuove proposte o domande che loro piacesse di porre in discussione*, dacchè l'invio ad udienza fissa *eventualmente* anche pel merito *presuppone* che la causa, astrazione fatta da quanto riflette l'incidente che causò la rimessione all'udienza fissa, *sia in ogni altra parte pienamente istruita e matura, per essere nel merito risolta*, e per cui, discussa la questione incidentale, nulla più possa ostare con vantaggio di tutte le parti, e per ragione di economia di tempo e di spese, a proseguire alla decisione della questione principale.

« IV. Attesochè non è ragionevole che la legge, la quale trovò di prefiggere nel processo formale le pratiche stabilite dagli articoli 181 e 182 e

seguenti del codice di procedura civile, siccome necessarie a tutelare il regolare svolgimento del processo incidentale e la ponderata discussione di tutto ciò che ne forma l'oggetto, volesse poi permettere che le stabilite garanzie venissero deluse o rese vane col sollevare un incidente che potrebbe anche essere simulato ad opportunità, e così che fosse lecito ad una parte di porre in campo nell'udienza stabilita per un determinato compito, *incidente sopra incidente, senza che la parte contraria potesse essere opportunamente preavvisata e convenientemente preparata alla difesa contro le novità e le sorprese dell'avversario.*

« V. Attesochè la interpretazione della legge che regola le questioni incidentali potrebbe però bensì estendersi e permettere la discussione di tutto ciò che avesse connessione coll'incidente per cui l'udienza viene prefissa, e quindi di tutte le domande, eccezioni e proposte che avessero lo scopo di far valere le conclusioni incidentali, e di combatterle o di paralizzarne l'effetto, perchè una tale estensione sta già insita e compresa in germe nell'incidente stesso che è posto in discussione, ed è quindi prevedibile da ciascuna delle parti, e la decisione relativa non uscirebbe dal campo prefisso, ma non potrebbe tanto allargarsi da portarla ad abbracciare nuove questioni non prima sollevate in causa, e non aventi rapporto nè diretto, nè indiretto coll'incidente.

« VI. Attesochè l'intervento di un terzo che si presenta senz'altro in causa formale a porre domande di merito per conto proprio, per l'accidentalità che una delle parti ebbe, come nel caso in esame, a provocare un incidente per prova testimoniale, si risolve in una aperta violazione del disposto degli art. 201, 202, 204, cod. proc. civile..... ».

In critica di questa sentenza lo Scotti, dopo essere ritornato sulla questione della natura del procedimento incidentale, così si esprime:

« L'art. 181 attribuisce al presidente la facoltà di rimettere le parti a udienza fissa per la risoluzione dell'incidente, o *anche del merito*. L'art. 389, n. 3, dichiara sommarie tutte le cause per le quali sia ordinata la citazione a udienza fissa. L'art. 390 delinea le modalità del rito sommario. Da queste disposizioni è a dedursi che allorché il presidente si vale di questa facoltà, il procedimento *formale* viene trasformato in *sommario*. Se per la trattazione dell'incidente il rito è sommario, ne consegue che, ove le parti sieno rimesse a udienza fissa anche pel *merito*, questo rimane addossato *all'incidente*, e quindi il rito per la soluzione dell'incidente si estende anche alla discussione del merito. Sarebbe un assurdo l'ammettere l'impiego contemporaneo di due riti nella istessa discussione, *sommario* l'uno per la trattazione dell'incidente, *formale* l'altro per quella del merito. In pratica poi riescirebbe di impossibile attuazione questo connubio mostruoso.

« Accettandosi cotesta teoria della trasformazione del rito *formale* in *sommario*, in virtù dell'ordinanza presidenziale, il precedente processo *formale* scompare, e siamo in presenza di un giudizio affatto *sommario*. Ora, siccome nel sommario la causa si istruisce anche all'udienza, con incumbenti e prove non proposte innanzi, *io opino che le parti abbiano ampia facoltà di compiere l'istruzione della causa anche nel merito, con proposta di nuove prove, interventi volontari o coattivi, chiamate in garanzia e nuove domande e conclusioni, non proposte nella precorsa istruzione formale.*

« Forse sembrerà ardita questa mia teoria; eppure se bene si considera lo spirito dell'odierno rito, la si troverà non destituita di fondamento. Facciamo un po' di analisi dell'art. 181, codice di proc. civile.

« In quali contingenze il presidente si gioverà di questa facoltà di rimettere le parti all'udienza fissa anche pel merito, e quindi *accumulare la discussione della causa incidentale?*

« Non ne conosco che le seguenti:

« a) Potrà farlo d'ufficio; b) sopra domanda di una parte, in onta all'opposizione dell'altra; c) sopra domanda di tutte le parti, o quanto meno senza contrasto.

« È a notarsi che, quantunque le parti sieno rimesse con presidenziale ordinanza alla contemporanea trattazione delle due cause, principale ed

incidentale, il tribunale o la corte, ponno limitarsi alla decisione del solo incidente, ove non trovino abbastanza istrutta anche la causa principale, avvegnachè il collegio non è tenuto al fatto del giudice singolo.

« La prima contingenza sopra contemplata della rimessione anche nel merito per volontà del presidente, e senza domanda od accordo delle parti, non mi pare verificabile nel sistema del nostro rito processuale, in cui l'autorità giudiziaria rimane affatto estranea all'andamento istruttorio, e solo interviene dietro richiesta della parte per gl'incombenti probatori. Atteso questo sistema, in cui lo stadio istruttorio è demandato esclusivamente ai procuratori delle parti, non è possibile al presidente di conoscere lo stato della causa, e se questa sia matura o meno per una discussione anche nel merito. E se il presidente manca di queste nozioni, come si indurrà egli a ordinare l'unione della causa principale a quella incidentale per una sola discussione? *Judea cui nihil constat, nihil decernere potest.*

« Vediamo in questi casi richiedersi nell'art. 229 reg. giud. gen., l'ascolto delle parti, appunto per le ragioni da me sopra avvertite, dedotte dall'inscienza in cui versa il presidente sull'indole e lo stato d'istruzione delle cause per modo da doversi escludere la contingenza di un rinvio *ex officio*, per volontà esclusiva del presidente, senza domanda di parte.

« La supposizione quindi fatta dalla Corte nella sentenza in esame, e precisamente nel terzo inciso sopra riferito « dacchè l'invio ad udienza fissa « *eventualmente* anche nel merito *presuppone* che la causa, astrazion fatta « da quanto riflette l'incidente che causò la rimessione all'udienza fissa, sia « in ogni altra parte pienamente istruita e matura per essere nel merito « *risolta* » non trova modo di essere nel moderno rito.

« La rimessione dunque non può accadere che su domanda di parte. Se la rimessione viene fatta per accordo delle parti, in tal caso abbiamo precisamente l'adesione anche al tramutamento del rito, avvegnachè fu deciso lo scambio del procedimento essere in facoltà delle parti. In tale contingenza niun dubbio che le parti potranno completare l'istruzione all'udienza.

« Se la rimessione avviene sulla domanda di una parte sola, il resistente potrà far oggetto di discussione anche il punto dell'unione o meno del merito all'incidente; quindi si avrà un'altra questione incidentale. Dovranno però ambe le parti prendere conclusioni nel merito per ottemperare all'ordinanza di rinvio; e qualora la parte renitente omettesse di formulare le domande anche nel merito, lo farebbe a suo rischio e pericolo, giacchè il tribunale potrebbe risolvere egualmente la causa principale anche sulla domanda della controparte e sulle conclusioni di merito da questa formulate.

« Quale sarà il rito da seguirsi nella discussione anche della causa principale dopo l'ordinanza presidenziale?

« Per me non esiste dubbio; è quello sommario con tutte le sue discipline di cui all'art. 390. Per modo che sarà in facoltà delle parti di contenersi come in pieno procedimento sommario. In cosa praticamente si risolve la rimessione anche nel merito? Io ho già fatta la risposta a questa domanda; si risolve nel provvedimento di cui è cenno nell'art. 229 del reg. gen. giud., l'unione, cioè, di due cause, della principale e dell'incidentale, perchè sieno discusse e decise con una sola sentenza. Riservata sempre la facoltà al tribunale di giudicare se debba o meno aver luogo l'unione, o se la causa principale debba proseguirsi a trattare col procedimento formale (art. 391, cod. proc. civ.).

« Una volta seguita la rimessione a udienza fissa anche pel merito, il procedimento *formale* cessa di esistere, e tornano oziose le questioni sulla maturità o meno della causa principale avanti l'ordinanza presidenziale, perchè le parti potranno completarne l'istruzione all'udienza.

« E posso suffragare questa mia opinione coll'autorità del Foschini, presidente del tribunale di Venezia, il quale in una sua sentenza 19 marzo 1874, pubblicata nell'*Eco dei tribunali*, n. 2254-2255, ha fermato la seguente massima:

« Ma essendo stata riunita, alla discussione dell'incidente anche quella « del merito, la causa è *necessariamente* trattata col rito sommario, e con « rito siffatto le aggiunzioni sono permesse ». (Art. 390, cod. proc. civ.).

« L'istruzione della causa non è chiusa che colla ferma a ruolo: ora nel caso di rinvio a udienza fissa non è più possibile la chiusura dell'istruzione, potendo la causa essere iscritta a ruolo anche nel giorno stesso dell'udienza fissa (art. 390, cod. proc. civ.).

« Come parlare di chiusura d'istruzione quando l'iscrizione non segue il congegno degli art. 175 e 176, proprio del procedimento formale?

« E nota l'origine delle prescrizioni degli articoli 175 e 176 nel procedimento formale. Essendosi nel nostro rito contemplato il caso, in cui la relazione della causa possa commettersi ad uno dei giudici, e non sempre alle parti, come nel sistema francese, si dovette ordinare la chiusura della istruzione avanti l'udienza altrimenti la relazione del giudice, fatta sugli atti, riesciva un non senso, ove le parti avessero avuta facoltà di introdurre novità nell'istruzione e nelle conclusioni anche all'udienza.

« Per analogia, nel procedimento sommario in seguito a ordinanza presidenziale di rinvio a udienza fissa, sarà interdetto alle parti di istruire e proporre nuovi incombenti, solo nel caso che nella ordinanza presidenziale la relazione fosse stata delegata ad uno dei giudici, a dettame del n. 5 dell'art. 184.

« In tale contingenza, concorrendo la ragione, per la quale si ingiunge la chiusura dell'istruzione avanti la discussione in udienza, deve avere applicazione la legge. Ma anche da ciò non ne consegue praticamente una confutazione della mia teoria. E in vero: o le parti sono d'accordo nell'andare all'udienza, anche pel merito, e accettano la prescrizione loro fatta nell'ordinanza *della relazione a ministero di giudice*, il che equivale a chiusura preventiva dell'istruzione e vi si acquietano; e ciò sarà indizio che desse ritengono abbastanza istruita la causa; o non credono ciò, e allora reclamano contro l'ordinanza presidenziale, nella parte che commette la relazione al giudice, allo scopo di poter completare l'istruzione della causa all'udienza fissa.

« Si encomiò la disposizione dell'art. 181, cod. proc. civ., scorgendosi in essa un freno salutare contro il litigante tergiversatore, e lo disse anche il Pisanelli nella sua relazione al progetto; ma praticamente, si conseguirebbe questo effetto ove non si accettasse la mia teoria, del tramutamento del rito da formale in sommario in virtù dell'ordinanza presidenziale? Altrimenti non si raggiunge lo scopo di troncargli indugi, poichè, non potendosi completare l'istruzione all'udienza, sarà facile al litigante di mala fede di trovar mezzo a proseguire la lite col procedimento formale, facendo constare della deficiente istruzione. Per converso, trasformandosi il procedimento in sommario colla conseguente facoltà di istruire la causa all'udienza, si troncano tutte le tergiversazioni con una pronta spedizione anche della causa principale.

« Predominato da questi principii, si scorgerà di leggeri come io non possa accettare i ragionamenti della Corte, esposti negli incisi III, IV, V e VI della sentenza in esame sopratrascritti; e lascio giudice il lettore, da qual parte sia il torto o la ragione. Il pericolo, temuto dalla Corte, di *cumulo di incidenti ad incidenti, senza che la parte contraria potesse essere opportunamente preavvisata e convenientemente preparata alla difesa contro le novità e le sorprese dell'avversario*, non si verificherà in una proporzione maggiore di quello che avviene in qualunque procedimento sommario. E se questa forma pare non presenti la debita garanzia per una pacata ed esauriente discussione, allora incolpatene la legge e invocate le opportune riforme ».

Da ultimo lo Scotti, fattasi la questione sulla influenza della adesione di ambe le parti per la remissione anche sul merito, osserva: « Il rinvio consensuale corrisponde al cangiamento del rito e precisamente come nel caso in cui chi è citato a procedimento formale, mentre ei reputa doversi seguire il sommario, solleva incidente per essere rimesso *ad viam juris*. Il presidente in conformità alle susesposte disposizioni di legge, coll'ordinanza di rinvio anche pel merito, acconsentito dalle parti, autorizza il procedimento sommario, e quello formale, per questo fatto, viene a scomparire ».

L'avv. Bolaffio non lasciò senza replica la soluzione data alla tesi dall'avv. Scotti, e la fece coi seguenti argomenti:

« Fissiamo (egli disse) alcuni principii direttivi.

« Per l'art. 181, cod. proc. civ., il presidente o il giudice delegato, non ha facoltà di respingere la domanda, che gli venga fatta dal convenuto incidentale, di esser rimesso a udienza fissa dinanzi al tribunale anche per la questione di merito; e le ragioni, che raffermano questa tesi, largamente io esposi nella mia monografia sugli incidenti, nè amo ripetermi.

« Chi però potrebbe dissentire da siffatto rinvio, è l'attore incidentale, il quale può insistere per la remissione limitata al solo incidente da lui promosso.

« Infatti, come il presidente non ha competenza per negare al convenuto incidentale la remissione anche sul merito, del pari non ha facoltà per rigettare l'opposizione dell'attore per il limitato rinvio sull'incidente. Istanza è quella dell'attore per l'ammissione dell'incidente; istanza quella del convenuto pel rinvio anche sul merito; istanza infine quella nuovamente spiegata dall'attore per la remissione sul solo incidente. Di tutte queste domande giudice competente è il solo tribunale; il presidente non le vaglia, per accoglierle o respingerle, ma su tutte rimette le parti dinanzi al collegio giudicante. Questo è il vero significato della formula: *sulle rispettive istanze ed eccezioni*, che, nella ipotesi configurata, dovrebbe rigorosamente usarsi dai giudici delegati pegli incidenti.

« Dinanzi al tribunale ecco allora sorgere le seguenti questioni: a) è accoglibile la prova incidentalmente proposta? — b) nella negativa, è accoglibile la domanda del convenuto pel rinvio anche sul merito, ed infondata l'opposizione spiegata in proposito dall'attore incidentale? — c) nell'affermativa, *quid* sul merito?

« Poniamo che la prova non sia ammissibile, e che il tribunale debba scendere all'esame della seconda questione. Dietro quale criterio potrà esso desumere che ragionevole era la richiesta del convenuto incidentale per la remissione anche sul merito, infondata la opposizione dell'attore a che tale rinvio si effettuasse?

« O la mia intelligenza si aggira in una cerchia di attività bene ristretta, o tale criterio non può, a creder mio, essere che uno: quello cioè che il merito della lite fosse maturo a decidersi al momento in cui l'incidente venne elevato.

« Infatti l'attore incidentale, col chiedere l'ammissione di una determinata prova, manifestava l'opinione che l'istruzione della causa fosse tuttavia difettiva ed abbisognasse perciò di un maggior sviluppo e di un maggior corredo di fatti legalmente accertati. Il convenuto opponendosi fa comprendere invece come egli ritenga quella prova assolutamente inconcludente. Ma, col non restringersi al nudo rifiuto della prova, col chiedere altresì il rinvio anche sul merito, il convenuto incidentale fa ancora un passo, e viene in qualche modo a dire all'attore: « non solo non ritengo necessaria la vostra prova ma credo perfettamente istruita la lite nello stadio attuale del processo; e per ciò, godendo di diritti eguali ai vostri, chiedo che la remissione si estenda anche sul merito, onde impedire che a mezzo di incidenti voi possiate trascinare la controversia ed eternarla col facile ricorso ad infondate questioni accessorie, a futili istanze di prove inconcludenti ».

« Donde l'obbligo del tribunale di esaminare la giustezza di queste ragioni; e lo fa verificando se effettivamente la lite fosse istruita al momento in cui l'incidente venne proposto.

« È in vista di queste considerazioni che nella citata monografia, io veniva a questa conclusione: che ove le parti sieno rimesse dinanzi al tribunale per la decisione del solo incidente, esse possono addurre a sostegno dei rispettivi assunti nuove istanze ed eccezioni. Che però, ove sieno rinviate per la risoluzione cumulativa dell'incidente e del merito, hanno bensì la facoltà di addurre ragioni ed eccezioni o produrre nuovi documenti, non prima esposti e presentati nel processo scritto per ciò che riguarda la questione incidentale, ma non hanno pari facoltà per ciò che riguarda il merito, il quale potrà risolversi allora soltanto che fosse maturo a decisione nello stato di

istruttoria, in cui trovavasi la causa allora che la questione incidentale venne avanzata.

« Questa conclusione (desidero illustrare il meglio possibile il mio concetto) va limitata al caso sopra configurato, al caso cioè che l'attore incidentale siasi opposto alla rimessione anche sul merito. Ove invece lo stesso attore, per sue particolari considerazioni, avesse accettata la domanda del convenuto, a che il rinvio si estendesse anche sul merito, convengo con lo Scotti, che, in siffatta contingenza, le parti potranno completare l'istruzione intera della causa all'udienza, giacchè lo scambio del procedimento venne dalle parti concordemente accettato.

« Dove dunque esiste discrepanza di opinioni tra lo Scotti e me, è nella sola ipotesi in cui l'attore incidentale dissenta dalla rimessione anche sul merito.

« A parer mio lo Scotti non ha, nell'esame di questa tesi, avvisato, con tutto l'acume e la perspicacia che gli son proprii, l'importanza che può avere per la sua risoluzione lo analizzare previamente le facoltà demandate al presidente o al giudice delegato; il precisare i termini, nei quali l'ordinanza di rinvio deve esser formulata; e l'ordine delle questioni che successivamente sono portate al giudizio del tribunale.

« Egli infatti così si esprime: « Se la rimessione avviene sulla domanda di una parte sola, il resistente potrà far oggetto di discussione anche il punto della unione o meno del merito all'incidente ». — E fin qui siamo pienamente d'accordo. — « Devono però le parti, aggiunge lo Scotti, prendere conclusioni nel merito *per ottemperare all'ordinanza di rinvio*; « e qualora la parte renitente omettesse di formulare la domanda anche nel merito, lo farebbe a suo rischio e pericolo, giacchè il tribunale potrebbe risolvere egualmente la causa principale anche sulla sola domanda della controparte, e sulla conclusione di merito da questa formulata ».

« Ora questo secondo periodo, nel mentre racchiude un principio giustissimo per ciò che riguarda l'obbligo delle parti di venir preparate su tutto, perchè il tribunale di tutta la controversia venne investito dall'ordinanza presidenziale, è, a parer mio, incompleto, non preoccupandosi l'autore abbastanza di chiarire l'ordine delle questioni che al collegio sono sottoposte, e di stabilire il motivo pel quale il tribunale possa essere indotto, dopo la reiezione della prova, a passare alla decisione di merito col respingere la opposizione dell'attore incidentale. Gli argomenti sono bensì altrettanti anelli regolari, ma, nel loro insieme, non formano quella catena che è indispensabile a costituire un perfetto raziocinio.

« E come la logica processuale venga in mio soccorso, è facile avvertirlo.

« Col chiedere l'ammissione di una prova, l'attore incidentale non ha perduto il diritto a che la causa di merito, assegnata dalla legge al rito formale, prosegua il suo corso normale; non ha perduto il diritto che i documenti gli sieno comunicati nel modo prescritto dalla legge (art. 166 cod. proc. civ.) o che gli incumbenti vengano proposti nelle forme da essa fissate pel procedimento formale.

« E per siffatte considerazioni che egli si oppone dinanzi al presidente alla domanda del convenuto pel rinvio anche sul merito; usando di quel medesimo diritto che la legge gli accorderebbe, ove la causa fosse stata irregolarmente iniziata col procedimento sommario, di ottenere la rimessione *ad viam juris*, all'effetto di godere di tutte quelle garanzie, che sono connesse ad un più largo e ponderato sviluppo delle rispettive ragioni dei contendenti.

« Ammettendo invece che il convenuto incidentale abbia facoltà di sommarizzare il rito anche per ciò che riguarda il merito, e quindi sorprendere l'avversario con una istruzione ampia ed inattesa nella sede incidentale, si verrebbe quasi a stabilire una penalità per quella parte che avesse erroneamente ritenuto di promuovere un incidente per l'ammissione di una determinata prova, e si verrebbe a recarle, con una trasformazione coattiva del procedimento una vera *capitis diminutio* nei suoi diritti di litigante.

« Non è poi scientificamente irreprensibile dire con lo Scotti che non accettando la teoria del tramutamento del rito da formale a sommario anche

pel merito, non si raggiungerebbe lo scopo di troncargli indugi, essendo facile ad un litigante di mala fede di trovar mezzo onde proseguire la lite col procedimento, formale *facendo constare della deficiente istruzione*.

« O la istruzione è realmente deficiente, ed ebbe torto il convenuto incidentale nell'insistere nella sua domanda tendente a precipitare il giudizio, ed il tribunale si asterrà da una decisione intempestiva del merito. O la istruzione non è deficiente, e allora tutti gli sforzi dell'attore incidentale per far constare ciò che non esiste e non può constare, si spunteranno dinanzi all'illuminato giudizio della magistratura.

« A creder mio adunque rettamente sentenziava la Corte d'appello di Milano colla sua decisione 26 marzo 1874, censurata dallo Scotti, affermando che « il rinvio a udienza fissa eventualmente anche pel merito, presuppone che la causa, astrazion fatta di quanto riflette l'incidente che causò la rimessione all'udienza fissa, sia in ogni altra parte pienamente istruita e matura per essere nel merito risolta; e per cui, discussa la questione incidentale, nulla più possa ostare, con vantaggio di tutte le parti e per ragioni di economia di tempo e di spese, a proseguire alla decisione della questione principale.... Che la interpretazione della legge, la quale regola le questioni incidentali, potrebbe bensì estendersi e permettere la discussione di tutto ciò che avesse connessione coll'incidente per cui l'udienza viene prefissa; e di tutte le domande, eccezioni e proposte che avessero lo scopo di far valere le conclusioni incidentali e di combatterne e paralizzarne l'effetto, perchè una tale estensione sta già insita e compresa in germe nell'incidente stesso che è posto in discussione ed è quindi prevedibile da ciascuna delle parti, e la decisione relativa non uscirebbe dal campo prefisso; ma non potrebbe tanto allargarsi da portarlo ad abbracciare nuove questioni non prima sollevate in causa non aventi rapporto nè diretto nè indiretto coll'incidente ».

« Siccome però la Corte di Milano avrebbe applicati questi principii, in sé giusti, al caso in cui l'attore incidentale era consenziente al rinvio anche pel merito, è appena necessario ch'io avverta come dissento da siffatta applicazione pel motivi superiormente esposti.

« Rispondo per ultimo ad alcuni obbietti, che già mi vennero avanzati.

« Lo Scotti, esaminando con particolare benevolenza, mai disgiunta da una mente eletta, la mia monografia sugli incidenti, e censurando anche in quella occasione l'opinione che, col presente scritto, meglio illustrata, mantengo, osservava: « che in pratica riescirebbe di impossibile attuazione siffatta limitazione e demarcazione. Come rilevare infatti se un documento « prodotto nella istruzione della causa incidentale non abbia influenza anche « nella decisione del merito »?

« Comprendo tale difficoltà, ma non mi pare insuperabile.

« Sostenendo che la causa principale potrà decidersi nella sede incidentale ogniquale volta la sua istruzione fosse completa al momento in cui l'incidente venne promosso, non si esclude, nè razionalmente potrebbesi, che un documento prodotto per far rigettare la prova possa essere influente in via indiretta per la decisione del merito. Ma questa mediata influenza è diversa dalla produzione che si faccia di documenti tendenti essenzialmente ed unicamente alla istruzione della causa principale. È impossibile sottilizzare in un campo puramente dottrinario, col tracciare linee di demarcazione precise e col distinguere i documenti che potranno essere prodotti o no, o più esattamente, che potranno decidere la magistratura a divenire ad un giudizio definitivo o sospenderlo. Sono codesti criterii che il giudice saprà ricavare nelle singole contingenze dalle specie sottoposte al di lui esame. Vedrà egli se la decisione di merito non sia nella sede incidentale affrettata, se i documenti allegati da una delle parti, ed aventi per obbiettivo principale l'incidente, non possano dar luogo ad un ulteriore e più largo svolgimento della causa di merito. Tutto ciò include un giudizio di puro fatto, dettato dalle peculiari condizioni dei singoli casi, che trova i propri limiti nel prudente arbitrio dell'autorità giudiziaria, e che sfugge conseguentemente a qualsiasi disciplina, a qualunque norma, che, per ismania eccessiva di teorizzare, si volesse prefiggere.

« Parmi adunque che gli obbietti mossi non sieno insuperabili; e che

d'altronde gli argomenti che sorreggono la mia soluzione, l'eguaglianza cioè dei litiganti, la parità di trattamento che ne deriva, la tutela efficace delle ragioni dei contendenti, connessa al più largo, sicuro e ponderato svolgimento della causa, debbano farle trovare accoglienza presso la magistratura, « a cui spetta sanzionarla con responsi autorevoli e, possibilmente, concordi ».

Allorquando io mi occupai per la prima volta della questione, non aveva ancora veduta la luce lo scritto dello Scotti in critica della sentenza dell'Appello di Milano, e prescindendo perciò dal medesimo io osservava:

« La ragione che consigliò il legislatore di accordare al presidente la facoltà di rimettere le parti all'udienza anche pel merito fu certamente quella che non deve dipendere dall'arbitrio d'uno dei contendenti di sospendere e procrastinare la lite con incidenti superflui. La parità di condizione d'ambi i litiganti, esige che se dopo che una parte ha proposto un incidente, l'altra lo scorga inutile e defatigante, possa quest'ultima richiedere che, portata la causa incidentale all'udienza a seguito della sua opposizione, non si sprechi un tempo prezioso, ma a quella stessa udienza si tratti anche il merito acciò, se l'incidente sia respinto, il tribunale giudichi addirittura sul merito.

Ma con qual pro', con qual diritto potrebbe il convenuto incidentale domandare l'abbinamento del merito all'incidente, quando egli stesso avesse mestieri di esperire altri incidenti per istruire dal suo canto la lite?

Quando insomma si domanda la pronta discussione anche del merito, sembrami evidente lo si faccia perchè, mentre l'istruttoria è compiuta, l'incidente dell'avversario la protrarrebbe inutilmente, e sarebbe perciò incomprendibile ed anzi assurdo che quella stessa parte che, all'appoggio dell'asserita maturità della causa, ottenne la rimessione all'udienza per discutervi anche il merito, dia una smentita poi a sè stessa chiedendo all'udienza di completare quell'istruttoria che sosteneva esaurita.

Se però al convenuto incidentale deve essere negato di proporre all'udienza qualsiasi mezzo istruttorio, la parità di condizione esige che tale divieto sia fatto ben anche all'attore, poichè altrimenti converrebbe rimettere in pristino anche il suo avversario ed accordargli il diritto d'opporre incidente ad incidente e di togliere efficacia ai documenti presentatigli con altri che potesse possedere. — Oltredichè l'interesse stesso dell'attore incidentale richiede che la causa non si ritenga sommarizzata, poichè altrimenti egli, preoccupato dalla discussione sull'incidente, sarebbe maggiormente esposto alle pericolose sorprese inerenti al processo sommario.

Ma a parte pure tutto ciò, ove pella rimessione del merito ad udienza fissa assieme all'incidente il merito stesso dovesse trattarsi col rito sommario, non sarebbero rese inutili le prescrizioni degli art. 154 e 389 del codice di procedura civile, ed altre che guarentiscono alle parti che, tranne casi speciali, la causa dovrà trattarsi col rito generale e comune, col rito formale? Non sarebbe egli vero che ad arbitrio, sia dell'attore che del convenuto, il procedimento, non ostante l'opposizione del collitigante, potrebbe sempre da formale ridursi a sommario? A che si affaticerebbero la giurisprudenza e gli scrittori nel ricercare un mezzo per dare adito al convenuto di portare a rito sommario una causa qualificata per questo rito ed introdotta tuttavia col procedimento formale? Sia o no la causa d'indole sommaria, poco monta: al convenuto, come all'attore, sarà facile ottenere il desiderato scambio del rito. Al primo incidente promosso dall'avversario, si faccia opposizione, chiedendo il rinvio anche pel merito: il presidente facilmente l'accorderà, ed ecco sommarizzata senz'altro la causa, che, e per prescrizione di legge e per lo interesse della parte, che richiedeva che alla legge fosse obbedito, doveva trattarsi col procedimento formale.

Se vogliamo adunque che sia efficacemente fatto ostacolo ad una parte di deviare, non consenziente l'altra, dalle norme di rito, che a garanzia di tutti furono dal legislatore stabilite, converrà indubbiamente ritenere che, non ostante il rinvio ad udienza fissa anche pel merito, ogni ulteriore istruzione della causa sia assolutamente interdetta.

Il procedimento, del resto, tracciato dall'art. 184, armonizza perfetta-

mente col nostro concetto, poichè ordinando la comunicazione delle comparse conclusionali prima dell'udienza provvede appunto a che le parti conoscano precedentemente il campo entro il quale restringere la discussione e sia tolto così il pericolo gravissimo delle sorprese. — Saremmo anzi indotti a credere che più specialmente in riflesso al probabile abbinamento del merito all'incidente la legge abbia introdotto nella trattazione dell'incidente il rito dell'art. 184 ».

Sulla conseguenza dell'accordo delle parti intorno alla rimessione all'udienza per versare anche sul merito, io mi dichiarai dell'avviso dello Scotti, ed aggiungeva:

« Noi abbiamo detto che la rimessione all'udienza anche pel merito non deve, nel disaccordo delle parti, mutare l'indole del procedimento, principalmente perchè altrimenti ne sarebbe di molto avvantaggiata la condizione di chi si oppone all'ammissione dell'incidente, e l'opposizione stessa diverrebbe troppo sovente un'arma assai facile per vincere le cause coll'astuzia e coll'artificio, invece che colle buone ragioni.

Ora è appunto perchè questo motivo viene a sparire quando le parti sieno concordi sul rinvio anche del merito, che pensiamo che in tal caso la udienza fissa diventi precisamente una udienza sommaria, e sia permesso perciò ripigliarvi ed esaurirvi l'istruzione della causa.

L'assenso di chi propone l'incidente a che discutendosi sopra di questo si tratti anche il merito, importa implicita rinuncia al procedimento formale. E se uno dei contendenti aveva diritto di pretendere che il solo arbitrio dell'altro non dovesse bastare a mutare il rito, quando alla volontà dell'uno si unisce quella dell'altro, deve presumersi che i litiganti non abbiano voluto far chiusa tosto l'istruttoria, ma siensi all'invece riservati il reciproco diritto di continuarla all'udienza.

In altre parole, noi crediamo che l'adesione di ambe le parti alla rimessione anche pel merito equivalga precisamente all'assenso sull'incidente di cambiamento di rito di cui all'art. 391 del codice di procedura civile. »

Quando io aveva già compiuto la trattazione dell'ardua materia, lessi lo scritto dello Scotti di cui parlai più sopra, e perciò mi sorse l'idea di esaminarne e vagliarne le ragioni.

Ecco quello che scrissi allora dopo aver riferito il motivato della sentenza della Corte di Milano, censurato dallo Scotti:

« A tutto ciò l'avv. Scotti oppone preliminarmente un'osservazione che diremo dedotta dalla lettera della legge e che noi stessi abbiamo più sopra preveduto.

L'art. 181, dice egli, attribuisce al presidente la facoltà di rimettere le parti a udienza fissa per la risoluzione dell'incidente ed anche del merito. L'art. 389, n. 3, dichiara sommarie tutte le cause per le quali sia ordinata la citazione a udienza fissa. L'art. 390 delinea le modalità del rito sommario. Da queste disposizioni è a dedursi adunque che allorchando il presidente si vale di questa facoltà, il procedimento *formale* viene trasformato in *sommario*. Se per la trattazione dell'incidente, il rito è sommario, ne consegue che, ove le parti sieno rimesse ad udienza fissa anche pel *merito*, questo rimane addossato all'*incidente*, e quindi il rito per la soluzione dell'incidente si estende alla discussione del merito.

Sarebbe un assurdo, egli soggiunge, l'ammettere l'impiego contemporaneo di due riti nella istessa discussione, *sommario* l'uno per la trattazione dell'incidente, *formale* l'altro per quello del merito. *In pratica poi riuscirebbe di impossibile attuazione questo connubio mostruoso.*

Confessiamo però apertamente che tale dimostrazione non ci appaga gran fatto, giacchè non risolve minimamente la questione, ed anzi ci sembra la rimetta nei medesimi termini in cui fu posta.

Sta bene che la trattazione dell'incidente debba avvenire a rito sommario, ma è però lecito arguire da ciò che, portato anche il merito all'udienza fissa in uno all'incidente, abbia anch'esso a discutersi col procedimento sommario? Sommessamente opiniamo che no.

Neghiamo prima di tutto che sia applicabile al caso l'art. 389, n. 3, giacchè se è vero che le cause, per le quali fu ordinata dalla legge, o

autorizzata dal presidente la citazione ad udienza fissa, devono trattarsi col rito sommario, la rimessione però del merito ad udienza fissa assieme all'incidente non equivale all'autorizzazione della citazione a udienza fissa.

La rimessione del merito ad udienza fissa è in questo caso una necessità pel fatto che ad udienza fissa è portato anche l'incidente, e resta quindi sempre viva la questione se tale rimessione importi o meno sommarizzazione del merito; e se il rito pella soluzione dell'incidente si estenda appunto alla trattazione del merito.

Non comprendiamo poi come si possa sostenere che il merito deve anch'esso trattarsi sommariamente come l'incidente perchè altrimenti avverrebbe un mostruoso connubio dei due procedimenti ad una stessa udienza.

Che cosa significa infatti trattare all'udienza l'incidente a rito sommario ed il merito a rito formale? Vuol dire avere facoltà di variare le conclusioni ed istruire la causa all'udienza quanto al primo, e non averla quanto al secondo, che deve essere discusso allo stato in cui si trovava quando fu emanata l'ordinanza presidenziale di rimessione. Se adunque a parole od apparentemente può esservi assurdità nell'abbinare in una stessa udienza i due procedimenti, formale e sommario, tale assurdità o mostruosità sparisce affatto quando si pensi all'attuazione di questo concetto.

Procedendo oltre noteremo come l'egregio avv. Scotti concordi nella opinione da noi manifestata che, cioè, il presidente non possa di suo arbitrio e senza domanda delle parti rimettere all'udienza anche pel merito. Non abbiamo però ben compreso che cosa pensi il chiarissimo avvocato sul punto se al presidente sia o meno lasciata facoltà di ordinare il rinvio anche pel merito o se egli debba invece sempre far passo all'istanza d'una parte per tale rimessione.

Ad ogni modo osserveremo ch'egli non ha menomamente giustificato perchè non regga la supposizione della Corte, che l'invio ad udienza fissa eventualmente anche del merito avvenga solo quando la causa, astrazion fatta dall'incidente, sia pienamente istruita. Noi crediamo giustissima tale supposizione non solo, ma ripetiamo che appunto per essa l'istruzione della causa non può riassumersi e continuarsi all'udienza.

Senonchè un altro argomento vuol dedurre l'avv. Scotti a sostegno della sua tesi da ciò che, secondo egli ne pensa, nel caso di rinvio a udienza fissa non è più possibile la chiusura della istruzione, potendo la causa essere iscritta a ruolo anche nel giorno istesso dell'udienza fissa (art. 390 del cod. di proc. civ.). Come si può parlare di chiusura della istruzione prima della udienza, osserva egli, quando l'istruzione non segue il congegno degli art. 175 e 176 proprii del procedimento formale?

A tale obiezione però non ci sarà difficile replicare come quella, che sebbene a prima vista sembri importante, pure ben ponderata perde ogni valore.

Ed invero, non è esatto anzitutto che nel caso di rinvio ad udienza fissa, possa la causa essere iscritta a ruolo anche il giorno stesso dell'udienza. — L'art. 182 reg. gen. giud. prescrive al n. 3 che la causa sia iscritta a ruolo prima della udienza, ma soggiunge poi che di tale iscrizione sia fatta pubblicazione all'albo. E quantunque l'avv. Scotti asserisca che ciò non viene che assai di rado imposto dal presidente, pure la legge è chiara e noi possiamo anch'è assicurare che nei nostri tribunali le pratiche stabilite dall'art. 184 sono sempre seguite.

Ma prescindiamo anche da ciò. È egli possibile argomentare per analogia dell'art. 174 che non essendovi la ferma a ruolo, l'istruzione non è chiusa prima dell'udienza? Davvero che tale concetto è un po' strano.

Come si vorrebbe infatti che la causa fosse iscritta al ruolo generale di spedizione (e non al ruolo d'udienza nel quale deve essere iscritta prima dell'udienza) finchè è ancora in questione l'ammissibilità o meno dell'incidente?

Il merito è rimesso all'udienza assieme all'incidente appunto per l'occasione che vi si discute sull'incidente. Dove l'incidente venga accolto siamo nuovamente nello stadio istruttorio, e quando saranno esauriti tutti gli incidenti, e la causa in merito si iscriverà al ruolo di spedizione, allora soltanto potremo dire per l'art. 174, che l'istruzione non è chiusa che colla ferma a ruolo.

Ma dire che all'udienza si può istruire la causa, perchè l'iscrizione al ruolo di spedizione non che essere ferma non esiste nemmeno, e in altri termini perchè siamo allo stadio istruttorio, sembraci sia sfuggire la questione e portarla su di un campo che non è il suo.

Certo che prima che il presidente emetta l'ordinanza di rinvio, l'istruzione non è chiusa: sarebbe follia l'asserirlo; ma la questione sta appunto nel vedere se rimettendo il presidente le parti a discutere il merito assieme all'incidente abbia convertito il procedimento da formale in sommario ed abbia implicitamente ordinato che la causa riceva l'istruzione ulteriore di cui abbisogni, all'udienza fissa. — In altre parole trattasi di sapere se, quanto al merito, l'ordinanza presidenziale porti l'effetto di far ritenere provvisoriamente chiusa la istruzione, finchè cioè sia emessa decisione sull'incidente, giacchè, questo accolto, l'istruzione si riapre di bel nuovo.

E noi crediamo appunto che tale sia l'effetto della ordinanza presidenziale ed ai tanti argomenti che ci conducono a queste conclusioni e che esponemmo fin qui, aggiungiamo anche questo che ci è suggerito dall'ultima nostra considerazione. — Appunto perchè ammesso l'incidente, l'istruzione continua col rito formale, pensiamo che se la parte che instò per la trattazione anche del merito proponesse all'udienza nuovi mezzi d'istruzione, oltre a fare atto contraddittorio, ne farebbe pure uno di esuberante ed inutile, dacchè se è respinto l'incidente essa è pienamente soddisfatta decidendosi il merito, e se invece l'incidente è accolto, la causa ritorna alla trattazione formale e le è aperto l'adito a qualunque atto istruttorio.

Se parliamo poi dell'attore incidentale, abbiamo detto più volte che anche ad esso si presenta un mezzo facile per schermirsi dalla domanda di rimessione anche pel merito e schivare il rischio di perire indifeso. Al presidente egli palesi, cioè, e dimostri la necessità di una lunga istruttoria e stia sicuro che l'istanza del suo avversario sarà senz'altro respinta.

L'avv. Scotti crede però che lo scopo di por freno alla tergiversazione che, come si disse, è manifestamente quello che si prefisse il legislatore nel dettare l'art. 181, non sarebbe conseguibile, ove non si accettasse la sua teoria del tramutamento del rito formale in sommario per virtù dell'ordinanza presidenziale, ed ecco perchè: perchè non potendosi, egli dice, completare l'istruzione all'udienza, sarà facile al litigante di mala fede di trovare mezzo per proseguire la lite col procedimento formale, facendo constare della deficiente istruzione, mentre per converso, trasformandosi il procedimento in sommario colla conseguente facoltà di istruire la causa all'udienza, si troncino tutte le tergiversazioni con una pronta spedizione anche della causa principale.

Questo argomento però più che prestar valido appoggio alla tesi del nostro avversario ci pare dia indirettamente ragione a noi e contenga una palmare contraddizione di idee.

Immaginiamo intanto che l'egregio avv. Scotti sopporrà il caso che sia chi propose l'incidente che tenti una più completa istruzione all'udienza perchè fu per premunire l'altra parte contro di lui che fu concessa la facoltà della rimessione anche del merito.

Ma ammettasi pure che il bisogno di più ampia istruttoria si manifesti anche da parte del convenuto incidentale, sarà, in ogni caso, possibile parlare di *mala fede*, quando *consti della deficiente istruzione*?

La legge volle bensì proteggere una parte contro le male arti dell'avversario, il quale intenda prostrarre inutilmente l'istruzione, ma non volle mai (e le parole della relazione ministeriale ce lo dimostrano) offrire un'arma al convenuto incidentale per chiudere l'adito al suo contraddittore di istruire la causa. — Quando adunque si potrà far constare della deficienza d'istruzione, non sarà mai a lamentarsi se la causa sarà rimessa allo stadio istruttorio, e sarebbe invece ingiusto che ciò non avvenisse.

Ed una volta che la causa non è istruita, e che la discussione alla udienza lo ha dimostrato, non si potrà certo costringere le parti a completare l'istruttoria all'udienza. Il bisogno d'istruzione, dicemmo, si farà sentire più che altro da parte dell'attore incidentale; a lui è quindi lecito di insistere perchè non si decida nel merito e si rimetta la causa a rito formale, poichè

egli ha diritto di valersi di quel procedimento che la legge assegna per quella causa, senza che la domanda dell'avversario dell'abbinamento del merito all'incidente possa averlo per nulla pregiudicato. Se fosse altrimenti, lo ripetiamo, il provvedimento dell'articolo 181 porrebbe freno alla mala fede d'una parte per lasciando libera la via a quella dell'altra.

Quando però noi abbiamo detto che portandosi il merito all'udienza, l'istruttoria deve ritenersi chiusa, lo dicemmo perché non si faccia luogo a sorprese in una causa a cui è proprio il procedimento formale; l'istruttoria adunque è a ritenersi chiusa soltanto provvisoriamente, deve riaprirsi cioè tutte le volte che l'incidente venga accolto e che, se pure esso venga respinto, sia evidente il bisogno d'istruzione.

Tale sistema, oltrechè logico e giusto, perchè garantisce la libertà di difesa, ci sembra ancora in tutto conforme alla legge poichè, se è lecito per l'art. 391 rinviare una causa a rito formale quando fu cominciata col sommario, lo sarà tanto più quando questa causa fu *ab initio* trattata col procedimento formale ed è qualificata per questo rito.

Ma non istanno tutti qui gli argomenti che sussidiano la nostra tesi. Uno indiretto può offrirne ancora, come abbiamo già detto più sopra, anche l'art. 184. Era naturale quindi che l'avvocato Scotti tentasse anche a questo di togliere forza coll'acuta sua critica; noi crediamo però che egli non vi sia gran fatto riuscito.

L'art. 184 esige precisamente che l'istruzione delle cause si chiuda prima dell'udienza in cui si discuterà coll'incidente anche il merito, quando prescrive la comunicazione delle conclusioni prima dell'udienza ed autorizza che la relazione della causa sia fatta da un giudice — Nè con questo crediamo si contraddica punto al principio che lo incidente, si tratta all'udienza col rito sommario, giacchè è evidente che se può esser lecito variare le conclusioni sull'incidente, non è però del pari ammissibile si mutino le conclusioni sul merito.

Le modificazioni infatti che si possono arrecare alle conclusioni sull'incidente non sono mai di tal peso da rendere inutile la comunicazione preventiva delle comparse conclusionali, mentre tale formalità sarebbe ridicola, come superflua sarebbe la relazione del giudice, ove si ammettesse che dopo la comunicazione e dopo la relazione fosse in facoltà delle parti di cambiare totalmente faccia allo stato delle cose col mutare le conclusioni in merito, chiedere nuove prove, chiamate in garanzia ed interventi, come sarebbe lecito fare se il procedimento si mutasse da formale in sommario.

Questo argomento è tanto grave che l'avv. Scotti per rispondervi dovette negar valore pratico alle norme fissate dall'art. 184 e suggerire il reclamo contro l'ordinanza che affidasse la relazione della causa ad un giudice. Di queste due obiezioni però non regge la prima perchè se un errore od una negligenza fosse passata nell'uso presso qualche tribunale, sarebbe desiderabile che la mala pratica fosse corretta finchè la legge non si riformi; non regge poi la seconda perchè la facoltà del presidente di delegare un giudice per la relazione, comechè riguardi cosa puramente d'ordine, non può, a nostro avviso, essere soggetta a verun sindacato.

Mentre però noi ci conserviamo d'avviso contrario a quello dell'egregio avv. Scotti sulla questione del tramutamento del rito in causa della rimessione all'udienza anche del merito, siamo pienamente d'accordo con lui nel ritenere che nel caso contemplato dalla sentenza della Corte di Milano sopracitata, il procedimento fosse diventato veramente sommario, poichè il rinvio all'udienza essendo avvenuto dietro accordo delle parti, era ammissibile all'udienza stessa la domanda d'intervento volontario.

Noi non pretendiamo certo di aver detto l'ultima parola sopra una tesi cotanto grave ed importante; saremo anzi lieti se le nostre osservazioni valessero a provocare una più ampia trattazione della questione da parte specialmente dell'illustre nostro contraddittore.

Ad ogni modo osserviamo nel chiudere, che se per la soluzione adottata dall'egregio avv. Scotti sta la sentenza del Tribunale di commercio di Venezia, estensore Foschini, da esso citata, per quella da noi proposta, sta però l'altra della Corte d'appello di Venezia, estensore Bertolini del giorno

27 gennaio 1874, Dal Pian-Salvotti, *Giornale dei Tribunali*, III, n. 16, la quale giudicò appunto « doversi il merito risolvere nello stato in cui fu rimesso all'udienza ».

Il desiderio da me manifestato fu completamente esaudito, giacchè l'egregio Scotti rispose alle mie osservazioni ed a quelle del Bolaffio e come da così insigne giureconsulto era da attendersi.

Affinchè il lettore trovi qui esattamente raccolto quanto si riferisce alla difficile questione e gli argomenti dello Scotti non abbiano per avventura a scemar di pregio compendiandoli, riprodurrò integralmente quella parte del suo scritto, che lo Scotti à dedicato a rispondere agli appunti mossigli dal Bolaffio, e quindi esporrò le osservazioni che il valente giurista à fatte più precisamente al mio lavoro replicando contemporaneamente a ciascuna.

Disse adunque lo Scotti:

« Il Bolaffio espone: il convenuto incidentale chiede la rimessione anche pel merito; l'attore incidentale vi si oppone e insiste perchè il rinvio al tribunale sia limitato alla risoluzione dell'incidente. In questo caso, dichiarata inammissibile la proposta, il tribunale dovrà vagliare, se sia il caso di entrare nel merito. E quale criterio, continua il Bolaffio, dovrà guidare i giudici in cotesta indagine? Io non ne conosco, ei dice, che uno: *quello cioè che il merito della lite fosse maturo a decidersi al momento in cui l'incidente venne elevato.*

« *Mi appunta di non aver avvisato l'importanza che può avere per la risoluzione di questa tesi, lo analizzare previamente le facoltà demandate al presidente: il precisare i termini, nei quali l'ordinanza di rinvio deve essere formulata: e l'ordine delle questioni che successivamente sono portate al giudizio del tribunale.*

« Se le parti, continua il Bolaffio, dopo una rimessione contestata, anche pel merito, hanno obbligo di istruire la causa eziandio sotto questo aspetto; *il punto dell'unione o meno del merito all'incidente.* cessa di formar oggetto di contestazione, perchè, accettata l'opinione dello Scotti, il merito potrebbe pur essere istruito con ulteriori incumbenti. Il che escluderebbe l'oggetto controverso, giacchè quel merito, il quale allo stadio dell'incidente non presentavasi per anco maturo, potrebbe diventarlo all'atto dell'udienza, attesa la facoltà fatta dallo Scotti alle parti di istruire ulteriormente la causa. Tutto ciò, dice il mio contraddittore, è in opposizione alla logica processuale attesochè, ove fosse lecito al convenuto incidentale, di *sommarizzare il rito*, anche perciò che riguarda il merito, con un'ampia ed inattesa istruzione, si verrebbe quasi a stabilire una penalità per l'attore incidentale e a recargli colla trasformazione coattiva del procedimento, una vera *capitis diminutio* nei suoi diritti di litigante.

« Disse poi non *scientificamente irreprensibile* il mio asserto addotto per appoggiare il tramutamento del rito, circa la facilità nel litigante defatigatore, di *far constare della deficiente istruzione*, onde proseguire negli indugi.

« E di vero, continua il Bolaffio, o la istruzione è realmente deficiente, ed ebbe torto il convenuto incidentale nell'insistere nella sua domanda, manda tendente a precipitare il giudizio, ed il tribunale si asterrà da una decisione intempestiva del merito. O la istruzione non è deficiente, e allora tutti gli sforzi dell'attore incidentale per far constare ciò che non esiste e non può constare, si spunteranno dinanzi all'illuminato giudizio della magistratura ».

« Arrestiamoci a questo punto ed esaminiamo se hanno fondamento le censure del Bolaffio fatte alle mie teorie.

« Riassumendo, i principali obietti opposti dal Bolaffio si ponno condensare nei seguenti; il rinvio anche pel merito richiede una domanda di parte; l'opposizione alla riunione costituisce altra istanza; quale sarà il criterio del tribunale nell'accogliere o respingere l'unione, tranne quello che il merito della lite fosse maturo a decidersi al momento in cui l'incidente venne elevato?

« L'attore incidentale non ha perduto il diritto alle garanzie del procedimento formale, pel fatto di aver sollevato un'incidente, e non può essere frodato dei suoi diritti di litigante, colla *sommarizzazione del rito*.

« Il punto di discrepanza fra me e il Bolaffio sta in ciò: egli vuole che il giudizio del tribunale *sull'unione o meno* debba risalire allo stadio in cui trovavasi la causa al momento del sollevato incidente, e interdice alle parti di istruire ulteriormente il merito; io invece opino che sia in facoltà delle parti di istruire anche il merito, per mettere in grado il tribunale di giudicare sull'unione o meno.

« Con questo sistema raggiungo un giudizio praticamente utile; con quello propugnato dal Bolaffio, si provoca un responso accademico.

« Se le parti sono vincolate all'immobilità nell'istruzione del merito, e il tribunale è costretto a risalire allo stadio in cui trovavasi l'istruzione del merito all'atto dell'incidente, la disposizione dell'art. 181 cod. proc. civ., approderebbe a ben tenui risultati nell'interesse delle parti, nè raggiungerebbe lo scopo propostosi dal legislatore.

« Il mio contraddittore si allarma, si spaventa, di questa azzardata teoria, a motivo che con essa vede posta in balia di una parte la forma del rito, posciachè basterebbe una domanda — incidente per trasformare il rito da formale in sommario. La parte che vuol sorprendere l'avversario, solleva a bello studio l'incidente e chiede la rimessione anche pel merito: ed ecco abbandonata la forma del rito alla mercè di un contendente, forse di mala fede, con iattura eventuale degli interessi dell'altro.

« Per verità tutte queste preoccupazioni non m'ingombrano affatto la mente, ed anzi io persisto nel sostenere che respingendosi la mia teoria si viola la lettera e lo spirito dell'art. 181 citato, e si danneggia grandemente l'interesse dei contendenti. E mi accingo a dimostrarlo.

« Le facoltà attribuite dal detto articolo al presidente sono tre: provvedere alla soluzione dell'incidente in caso di accordo; rimettere, in caso contrario, le parti a udienza fissa per la risoluzione dell'incidente; ordinare il rinvio anche per la discussione *del merito*, sopra l'istanza di parte.

« Questa domanda una volta fatta da una parte fosse anche resistita dall'altra, il presidente non può esimersi dal rinviare le parti, anche su questo punto controverso, ma intanto i contendenti sono avvertiti di *preparare le loro difese sull'uno e sull'altro punto*.

« In questa disposizione io ravviso un'identità con quella dell'art. 154 cod. proc. civ. in cui viene attribuita facoltà al presidente di autorizzare l'abbreviazione dei termini e la *citazione in via sommaria*, colla sola differenza che per l'art. 154, trattandosi di un giudizio ancora da istituirsi, non è richiesta l'audizione della controparte, mentre nella contingenza dell'articolo 181, esistendo già un giudizio, tale facoltà è subordinata all'ascolto della contro parte.

« Appunto come avviene nei casi dell'articolo 172 cod. proc. civ. allorché si chiede l'abbreviazione dei termini in corso di causa, e nel caso dell'art. 229 reg. gen. giud., ove si faccia istanza per unione delle cause.

« L'attore nei casi di urgenza ha tracciata la via dall'art. 154; ma non è un privilegio riservato al solo attore: talvolta le ragioni di urgenza potrebbero militare anche a riguardo del convenuto, e il legislatore doveva provvedere pure a questa contingenza per la debita parità di trattamento.

« Quest'urgenza può esistere tanto per l'attore che pel convenuto all'inizio della causa; e può sorgiungere durante il corso della stessa. L'attore, se l'urgenza preesiste, trova un provvedimento nel detto articolo 154; se cotesta urgenza sorgiunge nel corso del giudizio, ricorre al rimedio dell'abbreviazione dei termini.

« Il convenuto, citato in via formale, qualora avesse urgenza alla definizione del giudizio, non avrebbe che il rimedio dell'abbreviazione dei termini, e non quella del rito sommario.

« Ed ecco una disparità di trattamento.

« E poi non evvi ragione alcuna perchè la condizione dell'attore debba essere peggiore, qualora l'urgenza sorvenisse dopo iniziato il processo di quel che se fosse preesistente.

« I motivi giusti d'urgenza, devono essere protetti dal legislatore, tanto se si manifestano in uno stadio, quanto nell'altro, sia per l'attore, sia pel convenuto.

« La mia teoria giova a risolvere anche queste difficoltà di ermeneutica. E di vero colla interpretazione da me data all'art. 181, riesco alle seguenti conseguenze.

« Il presidente, in caso d'urgenza, ha facoltà di concedere all'attore *inaudita parte* (perchè ancora estranea al giudizio) l'abbreviazione dei termini, e la *citazione in via sommaria*; ma ciò non impedisce al convenuto, all'udienza fissa, di chiedere la prosecuzione del giudizio in via formale (articolo 391 cod. proc. civ.) e subordinatamente discutere il merito.

« Qualora l'urgenza sorga durante la lite, l'attore non per questo sarà vincolato al solo rimedio dell'abbreviazione dei termini, tracciato dall'articolo 172, ma potrà chiedere anche la trasformazione del rito in sommario, a condizione però che proponga la domanda in contesto della controparte, la quale è già presente in giudizio.

« A tale scopo l'attore, a mio avviso, ha facoltà di chiamare il contraddittore avanti il presidente colle norme degli art. 181 e 185 cod. proc. civ., perchè in caso d'accordo, lo stesso presidente provveda al cambiamento del rito (art. 391) e in caso di disaccordo rimetta le parti all'udienza fissa, e se vi è istanza specifica, anche pel *merito*.

« Con ciò le parti trovansi nell'identica condizione, in cui la citazione sommaria fosse stata concessa sulla domanda dell'attore all'inizio del processo; desse potranno fare oggetto di contestazione in ambi i casi, tanto la forma del procedimento, che il merito della lite.

« Ora, per una irrefutabile parità di trattamento, eguali garanzie si devono accordare al convenuto. Tizio citato nella via formale, ha interesse alla sollecita risoluzione della lite; egli non trova altro rimedio nella legge, a suo soccorso, tranne l'abbreviazione dei termini di cui all'art. 172, ma siffatto rimedio non lo tutela abbastanza, e non provvede a sufficienza alle sue condizioni urgenti. Volete voi che Tizio, perchè prevenuto da Sempronio, nell'introdurre il giudizio, non abbia a fruire di quei provvedimenti ai quali avrebbe potuto far ricorso, ove non fosse stato (forse astutamente) prevenuto nell'istituire il giudizio, e dei quali avrebbe fruito Sempronio, se non avesse avuto un interesse contrario alla sollecitudine?

« No certamente; tale inconseguenza è inaccettabile; concessa siffatta facoltà all'attore, sarebbe una inqualificabile disparità di trattamento, il negarla al convenuto.

« Il citato quindi, al quale preme la spedizione sollecita della causa, appena avuta la citazione a procedimento formale, costituisce procuratore e cita il rappresentante dell'attore avanti il presidente pel cangiamento di rito da formale in sommario, e in caso di disaccordo insta per la rimessione avanti il tribunale, anche pel *merito*. All'udienza fissa stabilita viene in contingenza e la forma di rito e il merito, e il tribunale o si arresterà alla questione incidentale, o risolverà il merito a dettame della risultanza degli atti.

« Ma se alle parti in questa ipotesi fosse interdetto l'istruire la causa nel merito, come potrebbe il tribunale conoscerne?

« Andando ad udienza fissa per decreto presidenziale emesso *inaudita parte*, i contendenti si presentano preparati su ambo i punti; non vi è ragione, ripeto, perchè non si abbiano a seguire le stesse regole allorquando il rinvio a udienza fissa promana da ordinanza resa in contraddittorio.

« Secondo questo mio ordine di idee la facoltà concessa al presidente dall'art. 154 mi sembra equivalente a quella conferitagli dall'art. 181; e per me quindi suona ingiunzione alle parti di presentarsi all'udienza preparati su tutte le questioni incidentali e di merito.

« Sollevato un incidente, tanto all'attore, che al convenuto, può interessare di fare istanza per la rimessione anche pel *merito*; il che equivale al tramutamento del rito, e conseguente obbligo delle parti, come si esprime Pisanelli, di *preparare le loro difese sull'uno e sull'altro punto*.

« Cosa significa preparare le loro difese? presentarsi all'udienza colla causa *istruita anche nella parte di merito*.

« Per me la locuzione dell'art. 181, o anche nel merito, vale trasformazione del procedimento formale in sommario, con avvertimento alle parti di preparare le loro difese su tutti i punti controversi.

« La domanda di rimessione anche pel merito implica quella di trasformazione del rito, non potendosi ammettere il mostruoso connubio di due riti simultanei nell'istessa discussione come ebbero già ad osservare in altro scritto.

« Accettandosi questa mia teoria, sono poi a temersi tutte le perturbazioni rituali, perdite di garanzie, incertezza nelle forme processuali di cui si mostra sì profondamente preoccupato il Bolaffio?

« Ma niente affatto:

« Andare all'udienza fissa per la cumulativa discussione dell'incidente e del merito, non suona ingiunzione imprescindibile al tribunale di risolvere indilatamente il merito della controversia. Il procedimento non va interpretato così rigorosamente; il processo sommario si va istruendo di udienza in udienza. Le parti propongono i loro incumbenti, sieno pure molteplici e svariati; se questi hanno un'influenza sulla ragione del decidere, il tribunale si arresterà a far luogo alla loro esecuzione; in caso diverso, scarterà le domande incidentali ed accessorie ed entrerà nel merito.

« Per effetto dell'ordinanza di rinvio, le parti sono avvertite di preparare le loro difese anche nel merito; ottemperando a quell'ingiunzione desse istruiscono la causa, come in procedimento sommario, all'udienza, e non comprendo qual danno ne possa derivare ai loro interessi. Se poi mi dite che il processo sommario adottato dal codice è spoglio di garanzia, è questione diversa da quella che ci occupa.

« Sono prodotti nuovi documenti all'udienza, nuove prove, domande di intervento, di garanzia, non proposte innanzi; ebbene, qual danno ne deriva? La controparte, la quale non potè preparare le sue difese su queste novità, ha sempre il rimedio del rinvio e di chiedere la comunicazione delle fatte produzioni. In tutto ciò non scorgo nè sorpresa, nè spogliazioni dei diritti dei contendenti.

« Il tribunale poi non è vincolato all'ordinanza di rinvio, e qualora rilevi la poca opportunità del rito sommario, può ordinare la prosecuzione del giudizio di nuovo nella via formale per l'art. 391 cod. proc. civ., quando anche non vi fosse domanda. La parte poi resistente all'istata trasformazione del rito, all'udienza fissa ha facoltà di chiedere il ritorno al formale.

« Ecco quindi ristabilite tutte le garanzie.

« Io non vedo perchè si abbia ad introdurre una disparità di disciplina nei due casi contemplati dagli art. 154 e 181 cod. proc. civ.

« Tutto quello che è permesso di fare nella contingenza dell'art. 154, non vi è ragione plausibile di negarlo nell'altra dell'art. 181, concorrendovi evidentemente la stessa *ratio legis*.

« Se l'avvocato Bolaffio avesse posto mente a questa irresistibile analogia fra i due provvedimenti, forse non avrebbe appuntato di incompleto, il mio raziocinio. Nè si dica non sussistere la ideata analogia, a motivo che nel caso dell'art. 154, il presidente può rifiutare la chiesta autorizzazione, mentre nell'altro del 181, deve rimettere le parti al tribunale. La denunciata discrepanza è più di forma che di sostanza, avvegnachè il decreto del presidente è poi sempre oppugnabile avanti al tribunale, il quale non è mai tenuto al fatto del giudice singolo. Il rifiuto del presidente non sarà dettato da arbitrio e capriccio, e nel caso in cui la parte istante se ne reputasse gravata, può riprodurre la domanda con migliori giustificazioni, o altrimenti introdurre il giudizio con citazione sommaria provocando avanti al collegio la questione del rito in caso di opposizione. (*Monitor dei Tribunali*, 1869. pag. 465).

« Tutte le temute perturbazioni provengono dall'erroneo concetto che nella prima udienza fissa si abbia a risolvere il merito. Ma ciò non è impreteribile. Nel sommario, ove le questioni sieno semplici, si provoca la decisione di fondo, altrimenti o si tramuta di nuovo il rito, o si fa luogo ai proposti incumbenti, dopo i debiti rinvii, ove ne sorgesse il bisogno. E ove le parti non avessero completata l'istruzione, il tribunale se non rinviene

abbastanza matura la causa, le rimette a completare l'istruzione. E fin qui non vedo menomate le garanzie; come già osservai nella mia precedente scrittura.

« Coll'opinione del Bolaffio, di mantenere inalterato lo stadio dell'istruzione, si toglie ogni efficacia pratica al rimedio dell'articolo 181. Poche volte si raggiungerebbe lo scopo, giacchè ben difficilmente la causa può presentarsi completamente istruita. E se dobbiamo, per appigliarci a questo rimedio, attendere sia completata l'istruzione nella via formale, tornerebbe illusorio il provvedimento.

« Io ho detto che negandosi alle parti la facoltà di istruire la causa all'udienza, si offre il fianco al litigante defatigatore, il quale, per continuare gli indugi, troverebbe modo di far *constare della deficiente istruzione*.

« Mi si obietta, o è veramente deficiente, o non lo è; nel primo caso il tribunale non giudicherebbe nel merito; nel secondo, il resistente non ha potere di distruggere l'esistenza del fatto, il vostro asserto adunque non è *scientificamente irreprensibile*.

« Rispondo al mio contraddittore ch'egli si aggira in un circolo vizioso e non troverà il varco di uscirne, se non rompe la cerchia in qualche punto, abbandonando talune delle sue fallaci preoccupazioni.

« Allorquando una delle parti propone l'istanza per il rinvio, lo fa per motivi sorvenuti di urgenza; ora se per giovarsene dovesse attendere un dato stadio di istruttoria, è distrutta la ragione della legge.

« La domanda di rinvio pel merito non è sempre provocata, nè determinata dal fatto di avere la causa raggiunta una fase completa di istruzione; ma bensì anche da motivi di urgenza come nel caso dell'art. 154 dello stesso codice.

« Ora se l'urgenza dovesse rispettare l'immobilità dell'istruzione, il rimedio non approderebbe ad alcun pratico ed utile risultato, giacchè, come osservai più volte, difficilmente la causa potrebbe trovarsi istruita, al momento in cui manifestasi l'urgenza.

« Secondo il Bolaffio la domanda di remissione anche pel *merito* non deve avere per movente tranne che la convinzione della sua maturità a discussione; ma questo, a mio avviso, è un errore.

« Nella contingenza di causa già matura a discussione, la parte, cui preme la pronta spedizione, ricorre all'iscrizione a ruolo, mediante la quale interdice la trattazione separata di qualsiasi incidente, come scrisse il Bolaffio sulle orme della Corte d'appello di Brescia.

« A proposito, è mio debito rilevare una incoerenza in cui incappa il Bolaffio. Egli meno di qualunque altro doveva farsi oppositore alle mie teorie, nè mostrarsi tanto spaventato dalle immaginate perturbazioni rituali e spogliazioni di diritto dei litiganti.

« È opinione del Bolaffio, non potersi, dopo accesa l'iscrizione a ruolo, dar corso a trattazione separata di domanda incidentale, benchè presentata nei 15 giorni successivi all'iscrizione, ma rimettersi l'istante a riproporre la domanda nella comparsa conclusionale.

« Tale facoltà implica quella eventuale nella controparte di aggiugnere nuove produzioni e conclusioni per combattere la nuova domanda incidente; altrimenti ne andrebbe alterata e compromessa la situazione dei due contendenti.

« Ed eccoci risospinti in pien processo sommario. La teoria del Bolaffio collimerebbe colla mia, risolvendosi nell'unione dell'incidente al merito colla conseguente, incontrastabile facoltà di istruire la causa all'udienza.

« Se in questo caso il Bolaffio non vede perturbato il rito e frodate le garanzie, ci autorizza a revocare in dubbio la serietà dei suoi timori, sulle conseguenze delle mie teorie, circa il tramutamento del rito.

« Qui tosto, il mio contraddittore replicherà, badate bene, che la concessione da me fatta di riproporre nella comparsa conclusionale la domanda incidente avanzata nella comparsa notificata nei 15 giorni successivi all'iscrizione a ruolo, se implica la necessità di istruire la causa all'udienza dedita si limita però alla domanda incidente, e per riguardo al merito l'istruzione è chiusa e rimane inalterata impreteribilmente.

« Io controreplico di non poter concepire un'istruzione limitata all'incidente e come praticamente si possa conservare siffatta demarcazione nell'istessa discussione.

« Ho già combattuta quest'opinione del Bolaffio nel mio cenno bibliografico, ed ora egli torna alla carica nel recente suo scritto.

« Se il detto di Bacone, *optima lex quae minimum relinquit arbitrio judicis*, è ancora esatto, desso è la miglior confutazione ch'io possa opporre al mio contraddittore.

« Colla teoria contestata si aprirebbe un nuovo incentivo alle parti a litigare sull'ammessibilità o meno dei nuovi incombeni, a seconda della loro attinenza al merito o meno, e si riprodurrebbero tutti gli inconvenienti analoghi a quelli che affaticavano i processi, sull'appellabilità delle sentenze, vigente il codice Sardo del 1854. Mentre accordando alle parti ampia facoltà di istruire la causa all'udienza, anche nel merito, anziché dar fomite a perturbazioni, si riesce a risolvere sollecitamente la lite.

« Quelle del Bolaffio sono sottigliezze ch'io non arrivo a comprendere e persisto nelle idee già espresse; il tempo giudicherà sulla bontà delle due opinioni.

« La luce in siffatta questione è fatta gradatamente; nè io mi lusingo di essere riuscito a convincere il Bolaffio della bontà delle mie teorie nè lo pretendo; mi basta che la discussione prepari la soluzione di una tesi così importante ed ardua ».

Fin qui pel Bolaffio; quanto alle argomentazioni da me esposte lo Scotti si riferì per combatterle alle tesi che egli aveva dedotte nella relazione sul concorso del *Giornale delle Leggi*, e seguendone l'ordine vi diede il seguente sviluppo:

I. tesi: « L'art. 154 cod. proc. civ. autorizza i presidenti ad ordinare « la citazione in via sommaria, *inaudita parte*; il successivo art. 181 estende « questa facoltà anche in corso di causa, *previo ascolto delle parti*. L'art. 389 « n. 3 dichiara sommarie tutte le cause per le quali sia ordinata la citazione « a udienza fissa. Il procedimento per la soluzione dell'incidente, addossato « al merito, è quindi d'indole sommaria ».

« Lo sviluppo di questa tesi, dice lo Scotti, l'abbiamo fatto estesamente nella risposta all'avv. Bolaffio.

« L'analogia delle due disposizioni è irresistibile; se il presidente nel caso dell'art. 154 rifiutasse la preventiva autorizzazione, la parte istante spiega la citazione egualmente in via sommaria, e all'udienza, in caso di opposizione, si discute preliminarmente la questione della forma del rito. Con ciò si riesce all'identico risultato dell'art. 181, ove vi fosse opposizione al rinvio sul merito. La sola differenza è determinata dalla circostanza della seguita istituzione del giudizio o meno ».

A dimostrazione della propria tesi lo Scotti ha proposta una interpretazione dell'art. 181 che io non esito a dichiarare assolutamente arbitraria quantunque sostenuta dal mio egregio contraddittore con una copiosità tale di argomenti che veramente stupisce e potrebbe a prima giunta convincere.

Se non ho errato, ecco il suo ragionamento: L'art. 154 provvede all'urgenza preesistente all'iniziamento della lite ed all'interesse dell'attore coll'autorizzazione del procedimento sommario. L'art. 172, accordando l'abbreviazione dei termini, tutela l'interesse così dell'attore come del convenuto, pel caso che l'urgenza sia sopraggiunta dopo principiata la causa. Ma ciò non basta; è d'uopo ammettere che durante il corso del procedimento formale possano ambe le parti sollevare un incidente per cambiamento del rito ed, in caso di disaccordo dell'avversario, chiedere la rimessione a udienza fissa per la risoluzione dell'incidente e anche del merito.

Ora come avviene che l'attore se non ottenne l'autorizzazione del rito sommario può di suo arbitrio citare il convenuto con questo procedimento davanti il tribunale, per ivi discutere tanto sulla forma del rito che sul merito, ed obbligare il citato ad istruire all'udienza il merito come avrebbe dovuto fare se il presidente avesse autorizzato la sommarizzazione, così una

volta rimesse, sul detto incidente le parti all'udienza del collegio per versare sull'incidente e sul merito, dovranno istruire la causa nel merito.

Il disposto dell'art. 181 provvede appunto al cambiamento del rito in occasione dell'incidente; per l'ordinanza di rimessione anche pel merito, i contendenti sono quindi obbligati a istruire completamente la causa all'udienza.

Vediamo ora quanto tenga questo ragionamento e prima domandiamo: Ammesso pure che come è permesso il cangiamento di rito da sommario in formale (art. 391), sia concessa anche la trasformazione in senso inverso; accordato che tale domanda possa proporsi col rito degli incidenti e da ambi i contendenti, potrà però, chi promosse l'incidente, chiedere il rinvio anche pel merito?

Io credo assolutamente che no. Anzitutto, pel principio che come regola generale ho posto più sopra, che cioè spetta soltanto al convenuto incidentale chiedere il rinvio anche sul merito. In secondo luogo poi, per una considerazione propria e speciale del caso. La questione della forma del rito è eminentemente pregiudiziale, finchè adunque non sia stata decisa non è possibile che le parti abbiano a discutere sul merito della controversia. A mio avviso sarebbe cosa stranissima che nel tempo stesso che si provoca dal tribunale il giudizio sull'incidente preliminarmente del cangiamento del rito, si istruisse il merito colle forme del rito sommario, che non fu per anco concesso.

Nè si dica che l'istruzione del merito è necessaria perchè il tribunale conosca dell'incidente, poichè dovendosi la discussione limitare alla dimostrazione dell'urgenza, non è d'uopo per raggiungerla di molte indagini, nè fa mestieri di entrare completamente nella trattazione del merito.

Quanto alla asserita analogia di questo procedimento col caso in cui l'attore, tentata invano la via dell'art. 154, inizi la lite col rito sommario e sorge all'udienza la questione pregiudiziale sulla forma del rito, io nego che tale analogia sussista, poichè mentre nel primo caso è il presidente che rimette le parti all'udienza per versare sull'incidente di trasformazione del procedimento, nel secondo l'udienza è fissata dall'attore e lo è per la discussione del merito, dimodochè ove il convenuto impugni la legalità del procedimento, è però obbligato a concludere subordinatamente nel merito. Di più sono d'avviso che anche in questa contingenza il convenuto possa benissimo rifiutarsi dal concludere in merito e richiedere che sia prima decisa la questione del rito.

L'ipotesi pertanto che col disposto dell'art. 181 abbia voluto il legislatore offrire alle parti un mezzo per trasformare il procedimento da formale in sommario, viene a cadere dal momento che fu dimostrato essere erroneo il ragionamento sul quale era basata.

Del resto poteva tanto meno lo Scotti sostenere che *la facoltà concessa al presidente dall'art. 154 equivale a quella conferitagli dall'art. 181*, se egli stesso negò al presidente qualsiasi arbitrio riguardo alla domanda di rimessione anche pel merito e propugnò la tesi che, proposta tale istanza, il presidente non possa assolutamente respingerla. L'art. 181 non poteva escludere la facoltà dell'art. 154, se questa facoltà fu appunto contraddetta.

Ma prescindendo anche da ciò, in quale testo di legge, in quale fonte d'interpretazione trova essa appoggio la dottrina avversaria che la disposizione dell'art. 181 che riguarda la rimessione del merito sia stata principalmente introdotta per provvedere ai casi d'urgenza sorvenuta durante l'istruttoria?

Quale sia stato lo scopo del legislatore nel concedere siffatta facoltà lo abbiamo veduto; fu quello e non altro di impedire che una delle parti possa col proporre questioni incidentali al solo scopo di defatigare l'avversario, protrarre troppo a lungo la definizione del giudizio. (Vedi *Relazione Pisanelli*, p. 96).

Questo concetto fu eziandio accolto e sviluppato egregiamente dall'illustre Pescatore (*Gior. delle Leggi*, III, 161) colle seguenti parole: «La parte contro cui fu proposto un incidente, essendo ancora aperto il procedimento formale, ha diritto di chiedere la rimessione anche pel merito. Scindere

infatti la causa, provocando una decisione incidentale e parziale, riservando il merito a decisione ulteriore, non poteva permettersi all'arbitrio d'una sola delle parti senza offendere i diritti dell'altra, perchè scindendo a questo modo la causa in tante parti quanti sono gli incidenti che si possono successivamente sollevare, ogni decisione incidentale recandosi in appello e in cassazione, trascinerebbe seco la causa intera non ancora decisa nel merito, e quante volte si rifarebbe lo stesso cammino? Adunque *avendo sollecitamente maturato dal canto mio, per quanto mi riguarda, l'istruzione della controversia intera*, io dico al mio avversario: hai tu bisogno per fare altrettanto dei termini che ti concede il procedimento formale? Usane pure, ma differisci il tuo incidente; che se vuoi recare subito all'udienza la questione incidentale, non è in tuo potere di scindere la causa e saremo chiamati all'udienza pella risoluzione dell'incidente e anche del merito. E in questo caso non sono io, ma sei tu medesimo quello che ti privi dei benefej che ancora ti rimarrebbero del procedimento formale ».

La domanda di rinvio pel merito è dunque determinata e motivata dal fatto di avere la causa raggiunta una fase completa di istruzione e potere, indipendentemente dal nuovo incidente, essere dal tribunale decisa. Ed è appunto questa stessa ragione la quale richiede che l'istruzione della lite non si modifichi all'udienza, ma resti nello stadio in cui si trovava nel giorno nel quale fu emanata l'ordinanza presidenziale, dovendo il tribunale indagare quando respinga l'incidente, se avuto riguardo a quello stadio, l'istruzione poteva, come asserivasi, ritenersi compiuta.

Per dimostrare la sommarizzazione lo Scotti ha bisogno di trovare al rinvio del merito assieme all'incidente un motivo, l'urgenza, che non è certamente mai entrato nella mente del legislatore, non solo per quanto rilevasi dalle ragioni della legge scritte nelle relazioni ministeriali, ma anche dal tenore stesso dell'articolo in questione.

L'art. 182 infatti parla pure del caso d'urgenza, e precisamente dell'urgenza dell'attore incidentale pella risoluzione dell'incidente. Certo che se la remissione anche del merito fosse stata concessa specialmente in causa della urgenza, ne avrebbe non già trattato così brevemente con tre sole parole nell'art. 181, ma diffusamente nell'art. 182.

Ma tutto ciò ad esuberanza, poichè anche se l'abbinamento del merito all'incidente fosse concesso precipuamente in vista dell'urgenza, la trasformazione del rito sarebbe tuttavia inammissibile. Per provarne la necessità lo Scotti suppone il caso dell'incidente per tramutamento di rito e sostiene che, rimesse le parti all'udienza per discutere sul tramutamento stesso e sul merito, è mestieri che all'udienza esauriscano l'istruttoria colle norme del rito sommario, perchè il tribunale ne conosca. Ma io dimostrai più sopra che neppure in questa condizione di cose il merito si istruisce tosto all'udienza, ma fa d'uopo che prima sia risolto il punto preliminare di questione intorno alla forma del rito. Dunque anche se l'istanza per abbinamento del merito dell'art. 181 corrispondesse all'incidente speciale per trasformazione di procedimento, ed ammessa eziandio, in ipotesi, l'analogia dell'art. 181 coll'art. 154, la sommarizzazione non è in guisa alcuna giustificata.

Mi fermai a lungo sopra questa tesi, perchè dessa costituisce la base di tutte le successive, e dimostrata, come spero, la inaccettabilità della prima mi sarà facile replicare alle altre.

Prima però di passare alla seconda tesi devo ribattere una osservazione fattami dallo Scotti. Nel mio precedente scritto io ebbi a dire che la remissione del merito ad udienza fissa assieme all'incidente non equivale all'autorizzazione della citazione a udienza fissa. Lo Scotti soggiunse: « Per verità l'obietto è radicale; e chiarito una volta questo vero, io declinerò tosto dalla mia teoria. Ma il mio contraddittore non è riuscito in questa dimostrazione e invero l'impresa era un po' ardua.

« La legge all'art. 181 ordina la remissione delle parti a udienza fissa per l'incidente e anche pel merito. Il procedimento sommario deve adottarsi in tutte le cause per le quali sia ordinata dalla legge l'udienza fissa, art. 389 n. 3; in onta a questa tassativa ingiunzione si nega l'applicabilità di questa disposizione, io dico che si disconosce apertamente la legge.

« Il mio contraddittore per combattermi ricorre alle stesse armi usate dal Bolaffio; ei pure crede possibile potersi nella medesima discussione ritenere chiusa l'istruzione riguardo al merito, e aperta per quanto concerne l'incidente; nella trattazione del merito debbesi seguire le norme del formale, in quella dell'incidente, del sommario. Confesso che il mio cervello è impotente a comprendere questo connubio in via astratta; la pratica poi mi induce a dichiararlo impossibile. L'istesso art. 184 cod. proc. civ., viene in soccorso, come dimostrerò in appresso, del mio assunto. »

Non ripeterò qui gli argomenti che ho già accennati nel mio precedente scritto a questo riguardo. Persisto a credere tuttavia che il riferimento che lo Scotti fa all'art. 389 sia assolutamente erroneo e nulla provi a vantaggio della teoria che egli così valentemente sostiene.

L'art. 389, n. 3, prescrive che saranno trattate col procedimento sommario le cause per le quali sia ordinata dalla legge o autorizzata dal presidente la citazione a udienza fissa.

L'articolo non contempla punto il caso della rimessione all'udienza anche pel merito fatta con ordinanza presidenziale durante l'istruttoria della lite; e siccome il rito sommario deve intendersi eccezionalmente accordato, la lettera della legge mi autorizza a ripetere che per la rimessione sopra detta non avviene il mutamento del rito. L'articolo parla soltanto di citazione autorizzata a udienza fissa e non già di rimessione a udienza fissa; dunque se il testo del medesimo può essere citato nella questione che ci preoccupa, lo potrà certamente a pro' della tesi ch'io propugno.

Come dissi altra volta, dall'essere il merito trattato a udienza fissa, non deriva punto come conseguenza necessaria che all'udienza debbansi anche pel merito seguire le norme del rito sommario, possa completarsi l'istruzione della causa. Il merito è discusso a *udienza fissa*, perchè a udienza fissa è rinviata la soluzione dell'incidente, ma resta sempre la questione di sapere se questo abbinamento trasformi, quanto al merito, il procedimento da formale in sommario.

Nulla dirò sulla pretesa impossibilità di ritenere nella udienza di discussione, siccome chiusa l'istruzione riguardo al merito e aperta per quanto concerne l'incidente; valgono a ribattere questo argomento le osservazioni contenute nel mio precedente scritto e quelle dell'avv. Bolaffio.

Vengo alla

Il tesi: « Il rinvio anche pel merito si risolve in un provvedimento « analogo a quello dell'art. 229 reg. gen. giud., nell'unione della causa principale a quella incidentale ».

Come sviluppo di questa tesi lo Scotti osserva:

« Coll'incidente si viene a creare una causa accessoria in quella già vertente.

« Ora suppongasì l'esistenza di due cause connesse, avanti l'istesso tribunale, una sommaria e l'altra formale, e ne fosse ordinata l'unione con decreto presidenziale; se in onta a ciò si continua a tenerle distinte nelle forme rituali, l'unione diventa una cosa risibile. Notisi che l'unione può decretarsi anche durante lo stadio di istruzione e prima dell'iscrizione a ruolo, come ce ne avverte l'art. 229 reg. gen. giud., ove accennasi alla circostanza, *se le cause saranno già iscritte a ruolo*.

« Una volta ordinata l'unione, la forma di procedimento deve essere una sola per ambo le cause, altrimenti l'unione è impossibile o per lo meno di nessuna pratica utilità. Al sorgere dell'incidente ci troviamo appunto a fronte di due cause, ambo in corso d'istruzione; la domanda di rimessione anche pel merito suona unione della causa principale a quella del merito perchè siano decise con una sola sentenza; l'istruzione quindi delle due cause dev'essere completata colle forme sommarie, giacchè quella incidentale che ha la precedenza è trattata colle forme sommarie.

« La domanda di unione può essere determinata o da motivi di urgenza, o per economia di giudizi o perchè anche la causa principale non abbia bisogno di più ampia istruzione. Questa domanda poi può essere avanzata tanto dall'attore o dal convenuto nella causa principale, che dall'attore o dal convenuto nell'incidente, poichè le susesposte ragioni ponno militare sì a favore dell'uno che dell'altro.

« È inesatto il concetto del mio contraddittore che sifatto rimedio sia principalmente concesso come freno contro l'autore dell'incidente. L'obbligo nelle parti di preparare le loro difese anche nella causa principale è una conseguenza necessaria dell'ordinanza presidenziale. Quella parte la quale, in onta all'ingiunzione contenuta nell'ordinanza, non avrà prese conclusioni nel merito, potrà vedersi risolta la questione di fondo sulle istanze avversarie.

« Altro concetto inesatto del mio egregio contraddittore io lo ravviso nelle parole « *la legge non volle mai offrire un'arma al convenuto incidentale per chiudere l'adito al suo contraddittore di istruire la causa* ».

« La domanda di rinvio sul merito può partire anche dall'autore dell'incidente e le supposizioni fatte dall'avv. Cuzzi sul l'interesse, per continuare la causa colle forme ordinarie, piuttosto a favore dell'attore incidentale, che del convenuto, non influiscono sulla ragione del decidere in cotesta questione.

« Anche il Cuzzi si manifesta preoccupato dal tramutamento del rito per le mancate garanzie; preoccupazione la quale ha origine dall'erroneo concetto che nella prima udienza fissa si debba por fine al giudizio ».

Rispondo: Tutto ciò sarebbe perfettamente vero se scopo della disposizione dell'art. 181 fosse la riunione del merito all'incidente per motivi di urgenza o per economia di giudizi; ma ciò non è. Abbiamo dimostrato che l'urgenza non basta per determinare la domanda di unione, tanto meno può valere la economia dei giudizi. Se per questa ragione potesse una parte far perdere all'altra le garanzie maggiori di cui gode nello sviluppo delle proprie difese col rito formale in confronto del rito sommario, allora tanto farebbe togliere affatto dal codice il procedimento formale ed elevare a regola il procedimento sommario di cui il legislatore è certamente inteso di formare una eccezione.

La sola ragione per chiedere l'unione dell'incidente al merito si è che il merito fu già completamente istruito, e spetta perciò soltanto al convenuto incidentale di farne domanda, poichè non lo potrebbe l'attore senza porsi in contraddizione con sè stesso e togliere forza e valore all'incidente da lui proposto.

Ordinata pertanto l'unione non ci troviamo già di fronte, come asserisce lo Scotti, a due cause ambo in corso d'istruzione. Se l'incidente ha d'uopo d'essere istruito, non è così del merito, la cui istruzione si presume compiuta quando se ne rinvia la discussione all'udienza assieme all'incidente. La trattazione del merito all'udienza fissa deve farsi di conseguenza, così come si farebbe nell'udienza del rito formale, e l'unione della causa di merito a quella incidentale si risolve unicamente nella anticipata discussione della prima già pienamente istruita, allo scopo che il giudice passi a deciderla, se respinga come infondata la domanda incidentale.

Estendere l'applicazione dell'art. 181 oltre il limite da me e dai miei egregi alleati segnato, equivarrebbe, lo ripeto, ad abolire il rito formale e tramutare il procedimento, ad arbitrio di una sola parte, in modo affatto illegale. Nè si dica che io mi preoccupo a torto delle mancate garanzie per effetto di tale cangiamento, giacchè sebbene l'istruzione della causa si compia nel rito sommario d'udienza in udienza, pure ciò non avviene con quella sicurezza, calma, libertà e garanzia che offrono indubbiamente le forme più lente del rito ordinario.

Anche l'analogia adunque dell'art. 229 del reg. gen. giud. non vale a suffragare la tesi del mio onorevole contraddittore, tanto più se si consideri che l'art. in discorso fa dell'unione una facoltà del presidente, facoltà che lo Scotti, in questo d'accordo col Bolaffio, non vuole in verun modo riconoscere.

Passo all'esame della

III tesi: « La rimessione anche pel merito non può seguire che dietro « *domanda delle parti*, come avvertì Pisanelli nella sua relazione, e può gio-
« vare come freno alle intemperanze avversarie. Ma se all'udienza fissa, ove
« si discute anche il merito, non fosse concesso valersi delle norme dell'ar-
« ticolo 390 cod. proc. civ., il più delle volte il rimedio tornerebbe illusorio
« e si raggiungerebbe lo scopo inverso ».

« Dall'ordinanza di rinvio le parti sono avvertite della possibilità che

possa essere risolto anche il merito, e di venire all'udienza preparate su tutto. Se il defatigatore, in onta a tale precetto, non istruisce la causa di merito, nè prende in questa conclusioni, corre il pericolo di precludersi ogni via, qualora l'autorità giudiziaria procedesse a pronunciare sul merito.

« Il freno io lo scorgo in questo rischio. Ma una volta eliminata tale minaccia, il rinvio pel merito non avrebbe un effetto utile tranne nel caso fosse completa l'istruzione: caso assai rado.

« Se poi per valersi di cotesto rimedio, è necessario attendere il compimento dell'istruzione, diventa illusorio. La vera utilità è riposta nel risolvere prontamente la lite col tramutamento del rito. Completata l'istruzione nulla si ha più a temere dalle defatigazioni avversarie e il rimedio sarebbe senza efficacia poichè con esso si verrebbe al riparo di danni già subiti e consumati, *ex post facto*.

« Tramutato il rito, l'avversario è avvertito della necessità di completare l'istruzione delle due cause all'udienza, e se non lo fa, incorre nel pericolo di una difesa incompleta; altrimenti egli viene all'udienza fissa ove gli sarà facile dimostrare, come gli occorra di fare molti incumbenti istruttori nella causa di merito, per scongiurare la risoluzione definitiva. La manovra fallisce a fronte dell'ordinanza ingiuntiva della discussione cumulativa; per effetto di questa sarà costretto a proporre all'udienza fissa tutti cotesti ideati mezzi istruttori e il tribunale conoscerà della loro influenza sulla ragione del decidere simultaneamente al merito; e qualora li giudichi ammissibili, farà luogo alla loro esecuzione, avanti entrare nel merito.

« Così gli indugi sono troncati, senza menomare le garanzie sì dell'una che dell'altra parte, altrimenti si riesce allo scopo contrario ».

Il disaccordo fra me e lo Scotti sta sempre nei principii fondamentali. Egli ammette che la vera utilità della rimessione anche pel merito sta nel risolvere prontamente la lite col tramutamento del rito, io invece sostengo che col provvedimento che ordina l'unione non intese il legislatore che togliere la defatigazione, dare un mezzo a quella parte che crede già istruita la causa ed inutile e infondato l'incidente avversariamente proposto, di far che colla stessa sentenza che rigetta la domanda incidentale, si giudichi sul merito che ritiene maturo a decisione.

Questo rimedio, ben lungi dall'essere illusorio, è della massima importanza ed abbrevia d'un gran tratto il cammino della lite. Nè è punto vero che si potesse supplirvi coll'iscrivere la causa a ruolo, giacchè l'iscrizione a ruolo non chiude (art. 174) definitivamente l'istruttoria, e ad ogni modo, prima che si pensi a farla, può benissimo essere dall'avversario proposto un incidente che ne impedisce l'esecuzione.

Così non so comprendere come si possa dire che, completata l'istruzione, non si ha più nulla a temere dalle defatigazioni avversarie, ed il rimedio verrebbe dopo che il danno sarebbe già subito. Infatti, finchè l'istruttoria non è compiuta non si può parlare di defatigazione, nè di danni consumati; la defatigazione e il danno incominciano soltanto allora che, malgrado la causa sia matura per la decisione, l'avversario tenti di protrarne inutilmente il corso.

Da ultimo, lo Scotti ritiene che la sommarizzazione del merito sia una assoluta necessità anche per impedire la tergiversazione. Egli teme che altrimenti colui che si oppone all'unione del merito coll'incidente possa, dimostrando la necessità di ulteriori incombeni di istruzione nel merito, protrarre la decisione di questo. A tale argomento fu però risposto ampiamente così da Bolaffio come da me nei precedenti scritti. Per la discussione del merito già seguita il tribunale è in grado di verificare se l'istruttoria è o meno ultimata, e se egli riconosca la necessità di nuovi atti istruttori, perchè non dovrà rinviare le parti a continuare la trattazione della lite col procedimento che le è proprio, col rito formale? Il motivo della domanda di riunione del merito all'incidente, quello doveva essere che il primo era pienamente istruito; dimostrata e riconosciuta la impossibilità di passar tosto alla deliberazione della causa e, cessata d'altro lato l'unione perchè respinto l'incidente, come conseguenza necessaria deriva che le parti debbano rimettersi per la prosecuzione dell'istruttoria *ad viam juris*.

Se, come vuole lo Scotti, per impedire il rinvio, si dovesse obbligare l'opponente alla definizione della lite, a proporre all'udienza fissa tutti i mezzi d'istruttoria che crede necessari al suo assunto perchè il tribunale conosca della loro influenza simultaneamente al merito, e qualora li riconosca ammissibili ne ordini l'esecuzione, od altrimenti li respinga per giudicare in merito, quale ostacolo non sarebbe posto allo sviluppo della difesa? Chi non vede che la proposta simultanea di molti mezzi d'istruzione può nuocere alla loro ammissione? Chi non comprende che in ben altro modo e più sicuro e tranquillo si istruiscono le cause col rito formale, deducendo le prove successivamente l'una all'altra, secondo l'esito di ciascuna, e dopo una discussione scritta che ha già messo in chiaro tutte le questioni e le eccezioni?

Certo che colui che contesta la compiuta istruzione del merito dovrà indicare precisamente quali sieno i punti di questione ancora oscuri e richiedenti ulteriori incumbenti; ma se il tribunale riconosca la serietà e giustizia della opposizione, perchè non dovrà ordinare la prosecuzione del giudizio in via formale? Se il tramutamento del rito da sommario in formale è permesso dall'art. 391, tanto più sarà da vietarsi la sommarizzazione quando la causa fu già iniziata a procedimento formale ed ha mestieri di ulteriore istruzione.

Prosegue lo Scotti colla tesi quarta del seguente tenore:

IV tesi: « Il presidente è quasi impossibile si possa render conto dello « stadio dell'istruzione della causa, per giudicarne della maturità o meno; « inesatta quindi ed inverificabile la presunzione accennata dal Pisanelli, circa « la scienza del presidente sulla maturità della causa come movente all'unione « del merito all'incidente; contraddetta poi dalle disposizioni dell'art. 229 « reg. gen. giud., dettate in materia analoga ».

La supposizione della completa istruzione è troppo esclusiva, dice lo Scotti, e applicherebbe il provvedimento dell'art. 181 a ben pochi casi, al punto da menomarne la efficacia pratica e da escludere quasi interamente lo scopo propostosi dal legislatore.

Quanto fu già detto serve a dimostrare che la presunzione accennata dal Pisanelli nella sua relazione è la sola legale, e come l'analogia dell'articolo 229 non esista punto. Lo scopo del legislatore fu a sufficienza chiarito dall'illustre ministro colle parole che ho più volte riferite, ed è la teoria che combattiamo che lo ha evidentemente travisato.

V tesi: « L'ordinanza di rinvio, per la sua validità giuridica, non diversifica da quelle i cui requisiti sono tracciati negli art. 50 e 362 con riferimento « al 360 n. 1, 2, 3, 7, 8, anzi dev'essere informata agli stessi elementi costitutivi e modalità e nulla più. Le minuziose prescrizioni dell'art. 184 non « sono obbligatorie sotto pena di nullità, ma bensì facoltative. Per modo che « il presidente può, senza incorrere in nullità, anche omettere interamente « di dedurre quelle modalità nell'ordinanza, riferendosi per la discussione « alle norme dettate dall'art. 390 cod. proc. civ.; e cioè ordinare che la relazione sia fatta dalle parti; l'iscrizione a ruolo avanti l'udienza e anche « nell'istesso giorno; lo scambio delle conclusionali all'udienza; e circa la « comunicazione al P. M. provvede l'ultimo alinea dell'art. 347 detto codice, « qualora non credesse concludere nell'istessa udienza, e il presidente non « se ne fosse occupato nell'ordinanza di rimessione ».

A schiarimento e spiegazione aggiunge il mio contraddittore:

« L'art. 184 provvede egualmente al caso in cui all'udienza fissa viene in discussione il solo incidente, che cumulativamente al merito; quindi se la causa di merito non può essere istruita, opponendovisi l'art. 184, altrettanto debesi dire dell'incidente. Il precetto è uno solo per ambo i casi; non si sfugge all'alternativa.

« L'articolo 184 certamente non introduce una forma di provvedimento speciale oltre quelle indicate dall'art. 50 detto codice, anzi lo denomina *ordinanza*. Gli estremi richiesti alla validità dell'ordinanza ci sono tracciati nelle disposizioni di legge più sopra esposte. Le discipline minuziose dedotte nell'art. 184 non entrano come elemento indispensabile e sostanziale alla validità giuridica dell'ordinanza, ma sono facoltative. Tale concetto io lo desumo dal non essersi in detto articolo prescritta la misura dei termini; non è quindi tolto al presidente di riportarsi alle modalità tracciate dall'art. 390,

per la spedizione della causa all'udienza fissa. Infatti l'ordinanza la quale stabilisce, che la relazione della causa sia fatta dalle parti, l'iscrizione a ruolo fosse eseguita un momento prima di essere portata all'udienza, lo scambio delle conclusioni seguisse all'udienza e niun termine fissasse per la comunicazione degli atti al P. M.; ripetesse infine le disposizioni dell'articolo 390, non violerebbe certamente la legge, non facendo l'art. 184 prefinitzioni di termini, nè pene di nullità per qualche omissione. All'emergenza del P. M., vi provvede abbastanza l'art. 347 cod. proc. civ. qualora non concludesse nella istessa udienza, come avviene precisamente nel procedimento delineato dall'art. 390 ripetuto.

Tutto è lasciato in facoltà del presidente e questi senza ledere la legge può benissimo riportarsi alle norme dell'art. 390, limitandosi a designare l'udienza fissa. Le disposizioni dunque dell'art. 184 non inducono un'antinomia con quelle dell'art. 181, essendosi lasciato il tutto all'apprezzamento del presidente circa le prescrizioni dell'art. 184. Questo art. e l'art. 390 possono benissimo coesistere. Sarà facoltativo ai presidenti; a seconda delle peculiari circostanze contingenti, il prescrivere l'esecuzione di tutte od alcune di quelle formalità, o anche di ometterle interamente, riportandosi alle discipline delineate nell'art. 390, circa il procedimento da seguirsi all'udienza fissa.

« Un'opinione contraria porterebbe la conseguenza che tutti gli incidenti, anche di più facile indagine e di mera istruttoria, dovrebbero trattare con una solennità, la quale non troverebbe ragione di essere che in qualche specialissima circostanza. E a queste emergenze eccezionali i presidenti provvederanno giovandosi, ove d'uopo, delle disposizioni dell'articolo 184 affatto facoltative e per niente obbligatorie.

« Accolto cotesto criterio perdono ogni loro importanza le obiezioni opposte alle mie teorie sul tramutamento del rito dedotte da detto articolo 184. Al lume di queste teorie si risolveranno rettamente le tre ipotesi state escogitate per conciliare la pretesa antinomia da taluno scorta negli art. 181 e 184, e sono le seguenti: 1. Le prescrizioni contenute nell'art. 184 sono senza eccezione di sorta facoltative e rimane interamente abbandonato all'apprezzamento del presidente l'ingiungerle in tutto od in parte ed anche ometterle interamente; 2. Quelle prescrizioni devono seguire unicamente nel caso del richiamo contemplato dall'articolo 183, e non mai quando manca una decisione risolutiva del presidente; 3. Le prescrizioni dell'articolo 184 devono applicarsi solo allorché il presidente ordina la riunione del merito all'incidente.

« Siffatta distinzione è affatto arbitraria e per niente autorizzata dall'art. 181. Si entra in una casistica assai pericolosa, perturbatrice, e debesi bandire. Delle tre ipotesi sopra accennate solo la prima è da accogliersi. Di questo argomento mi sono occupato a lungo nel *Monitore dei Tribunali*, anno 1867, pag. 57, e mi preme notare che in quello scritto ho espresso un concetto a tale proposito, che trovai poi erroneo sulla interpretazione ed applicazione pratica dell'art. 184. Allora eravamo nei primordi dell'attuazione del codice e si vagava in qualche incertezza che fu poi dissipata.

« La chiusura preventiva dell'istruzione della causa avanti l'udienza « è richiesta rigorosamente solo nel caso in cui la relazione sia commessa « a un giudice a dettame dell'art. 184, n. 1 e 5; fuori di siffatta contingenza « cessa la ragione della legge e quel precetto diventa facoltativo e per niente « obbligatorio ».

« Io sono d'opinione che delle prescrizioni tracciate dall'articolo 184, una sola implica chiusura dell'istruzione avanti l'udienza ed è quella concernente la relazione della causa ad opera di un giudice. Tutte le altre, anche dedotte nell'ordinanza di rinvio, non inducono la chiusura dell'istruzione avanti l'udienza.

« Tutte le discipline dedotte ai numeri 2 usque 4, sono compatibili coll'istruzione della causa all'udienza. Dal momento che il presidente non è vincolato a prefinitzioni di termini sotto pena di nullità, e può anche ometterle riportandosi all'art. 390, non assumono grave importanza, e si risolvono in mere cautele a cui il presidente ricorrerà in eccezionalissime circostanze e quasi inverificabili. Tutte quelle formalità possono coesistere colla facoltà

di istruire la causa all'udienza; nè implicano la chiusura dell'istruzione avanti di essa, come taluno asserisce, contro verità.

« Si dice, a quale scopo ordinare la comunicazione preventiva delle comparse conclusionali, quando ponno variare istruendosi la causa all'udienza? Ma io non veggio alcuno sconcio, nè contraddizione; se il presidente avrà creduto nel suo apprezzamento incensurabile di ordinare lo scambio in precedenza, anziché all'udienza, da ciò non ne deriverà certamente danno; in qualche caso agevolerà la discussione e sarà risparmiato eventualmente un rinvio. Non ne viene però la conseguenza che quelle conclusioni abbiano a rimanere inalterate, e chiusa l'istruttoria.

« Io ripeto ancora colla massima convinzione, non contenersi nell'articolo 184 prescrizione alcuna la quale ci autorizzi a ritenere chiusa l'istruttoria avanti l'udienza: e ripeto che non esistendo ferma a ruolo, non può parlarsi di chiusura di istruzione.

« All'avv. Cuzzi parve *strano* questo mio concetto e lo combatte coi seguenti argomenti:

« a) Non è esatto che nel caso di rinvio a udienza fissa possa la causa essere iscritta a ruolo anche il giorno stesso dell'udienza. L'art. 184, n. 3, prescrive che la causa sia iscritta a ruolo prima dell'udienza, ma soggiunge poi che di tale iscrizione sia fatta pubblicazione all'albo.

« b) L'ordinanza presidenziale porta l'effetto di far ritenere chiusa provvisoriamente l'istruzione, finché cioè sia emessa decisione sull'incidente, giacché questo accolto, l'istruzione si riapre di bel nuovo.

« Sul primo obbietto, ammessa anche l'iscrizione in antecedenza e la sua affissione all'albo, da ciò ne consegue la ferma a ruolo? io non lo credo certamente. La differenza fatta dal Cuzzi fra ruolo di spedizione e ruolo di udienza, non trova applicazione nel caso attuale.

« Andando all'udienza anche pel merito, si accende pur sempre una sola iscrizione, la quale non segue le modalità del procedimento formale, neppure in caso sieno ingiunte le prescrizioni dell'art. 184. Seguita l'ordinanza di rinvio sia per l'incidente solo, sia anche pel merito, l'iscrizione che si fosse accesa della causa principale, è caduca per disposizione dell'art. 217 del reg. gen. giud.

« Sul secondo obbietto; l'ordinanza di rinvio implica, dice il Cuzzi, la chiusura provvisoria dell'istruzione. Ma in ciò vi è errore; ma la stessa discussione dell'incidente non è un atto, un mezzo istruttorio? Cosa sono la maggior parte degli incidenti, se non incumbenti istruttorie? Tant'è che in caso di rinvio a udienza fissa l'iscrizione accesa dev'essere cancellata, appunto perché continua lo stadio istruttorio ».

Dall'art. 184 io non ho tratto che un argomento indiretto in appoggio del mio assunto. Contuttociò sono d'avviso che questo argomento regga, malgrado la finissima ed acutissima critica, fattavi dal mio egregio contraddittore.

Premetto che non posso convenire nell'opinione dello Scotti che le prescrizioni dell'art. 184 siano facoltative. L'ordinanza che rimette le parti a « udienza fissa stabilisce ecc. » dice il testo con espressione tassativa.

Tanto meno posso ammettere che i termini di cui l'art. stesso possano ridursi a nulla ed essere omessi.

Infatti non potrebbe stabilirsi che l'iscrizione a ruolo seguisse un momento prima dell'udienza, poichè deve essere prima dell'udienza pubblicata e per un certo tempo rimanere affissa a termini dell'art. 179. E quanto alla comparsa conclusionale, se il legislatore volle che i procuratori prendessero cognizione l'uno di quella dell'altro prima dell'udienza, sarebbe ridicolo ridurre il termine per la notificazione a qualche minuto prima della discussione orale.

Malgrado le pratiche imposte dall'art. 184 io persisto nell'opinione che il procedimento incidentale sia sommario, poichè seppure le conclusioni si variano all'udienza le modificazioni che ad esse si possono arrecare, non saranno mai tali da rendere inutile la preventiva comunicazione della comparsa conclusionale e la relazione affidata ad un giudice del collegio.

All' invece nella disposizione dell'art. 184 io riscontro un ostacolo alla sommarizzazione del merito, ad un cangiamento cioè il più delle volte radicale

nelle conclusioni, alla introduzione di nuovi mezzi di istruttoria all'udienza. La notificazione della conclusionale, ordinata prima della discussione, non avrebbe più alcuno scopo; la relazione del giudice sarebbe un assurdo.

Ecco in qual modo non si oppone al richiamo da me fatto all'art. 184 la ammissione che il procedimento incidentale è sommario.

L'istruzione del merito è a ritenersi chiusa non già perchè la causa è iscritta a ruolo prima dell'udienza (art. 184, n. 3), quanto per le ragioni che ho sviluppate fin qui ed anche perchè altrimenti sarebbe impossibile l'attuazione delle pratiche richieste dall'art. 184, che lungi dall'essere facoltative, come vorrebbe lo Scotti, sono assolutamente obbligatorie, per maggior cautela delle parti. E se dopo l'iscrizione a ruolo di spedizione, non si osservano le altre modalità del procedimento formale, ciò non pregiudica menomamente la questione, poichè da tali modalità è d'uopo prescindere unicamente per effetto dell'unione del merito all'incidente. L'istruzione della causa di merito deve ritenersi egualmente chiusa, sempre, ben inteso, *fatta astrazione dell'incidente* che con essa viene in discussione.

L'avv. Scotti, il quale crede di aver trovato una via per togliere peso alle pratiche prescritte dall'art. 184, confessa però che quella prevista dal n. 1 dell'art. gli dà noia.

« Rimane un'ultima confutazione, egli scrive, e forse la più radicale e decisiva fra la prevalenza delle mie teorie e quella degli oppositori; questa concerne il caso in cui fosse ordinata dal presidente la relazione della causa a mezzo del giudice ».

Lo Scotti riconosce che la facoltà del presidente di delegare un giudice a relatore della causa, limita la libertà di istruzione all'udienza, ed è perciò che contro la medesima egli si slancia con tutta la forza della sua critica, cercando di dimostrare la assurdità della nomina del giudice per riferire all'udienza, giungendo persino a dichiarare che tale pratica, impedendo ai litiganti lo svolgimento delle loro ragioni, sarebbe la negazione della giustizia.

« Quand'io mi trovassi a fronte di tale posizione giuridica, egli aggiunge, tenterei tutte le vie per sottrarmi a cotesta *capitis diminutio* di nuovo stampo, e mi ribellerei alla tirannica prepotenza del presidente. E il modo sarebbe presto trovato ».

« Ove l'ordinanza non fosse suscettibile di reclamo sul punto della delegazione del giudice a relatore, come facoltà procedente da criterio e apprezzamento incensurabile del presidente, mi appiglierei a qualsiasi rimedio, ma non mi sottometterei a una interdizione di questo genere, a questo ostracismo, impostomi dal presidente ».

Tale facoltà è però dalla legge accordata al presidente; e poichè le conseguenze della nomina del relatore non sono disconosciute nemmeno dal mio contraddittore, io credo che desse forniscano un ultimo argomento a favore della dottrina che propugno. Se si tratterà del solo incidente, il lavoro del giudice non potendo mai essere reso assolutamente vano dalle modificazioni che le parti facessero all'udienza nelle conclusioni della comparsa che già si sono comunicate collo sviluppo delle ragioni di fatto e di diritto, pro e contro l'ammissione della domanda incidentale, sarà permessa l'istruzione della causa all'udienza.

Se però coll'incidente si discuterà anche il merito, l'incarico dato al giudice di riferire al collegio, costituirà un'altra ragione per vietare alle parti di ampliare all'udienza l'istruzione della causa principale, perchè l'opera del relatore non si renda inefficace e derisoria.

Giunto così al termine del faticoso cammino ed esaurito il non agevole compito di replicare a quello esimio giurista, che è l'avv. Scotti, colla coscienza di nulla avere omesso nella lunga discussione, di quanto fu dalle due parti addotto a suffragio del rispettivo assunto, lascio al lettore giudicare da qual canto sia la ragione, quale delle due teorie meglio risponda al concetto del legislatore, al tenore della legge, e desidero vivamente che la Suprema Magistratura si pronunzi al più presto sulla questione, per togliere la incertezza che ora necessariamente esiste nella pratica sopra uno degli argomenti più gravi del diritto processuale,

4. La disposizione del capoverso di questo art. non può certamente ricevere applicazione in tutte le questioni incidentali. Parecchie ve ne sono che pure per legge devono proporsi col rito degli incidenti al presidente ma che tuttavia non possono seguire la medesima linea che per le altre è tracciata da questo articolo.

Tali sono le questioni di recesso e di perenzione, quelle relative alla competenza per ragione di materia e valore.

Sebbene sulle medesime esista accordo tra i procuratori delle parti, pure il presidente non è per tale accordo investito di giurisdizione per la risoluzione dell'incidente, poichè sopra di esse deve per necessità decidere il collegio mediante sentenza. Il presidente deve limitarsi a dar atto alle parti nel verbale del loro consenso e rinviarle all'udienza del collegio, se non preferiscono di por fine alla causa con un formale recesso nel modo dalla legge prescritto.

Non potrebbe nemmeno risolversi l'incidente davanti al presidente per l'accordo dei procuratori quando vertesse sull'ammissione di un giuramento, perchè per pronunciarsi intorno al medesimo il procuratore ha mestieri di un mandato espresso.

E chiaro pertanto che sebbene dalla legge non sia detto, pure in realtà la disposizione del capoverso dell'art. presente non trova applicazione se non agli incidenti di quelle prove che il procuratore può liberamente ammettere senza bisogno di una facoltà speciale del suo cliente. E di qui devesi trarre la conseguenza che il legislatore mal provvede con questo precetto generale alla molteplicità dei casi speciali, e che in una prossima revisione della legge processuale civile dovrà come su altre molte metter la mano anche su questa parte della medesima. — *Conformi*: Borsari, *Comm.*, p. 274 - Saredo, *Istit.*, n. 374 - Gargiulo, *Comm.*, 489 e 508 - Scotti, *Mon. Trib.*, 1868, p. 1129 - Bolaffio, *Monografia sugli incidenti in materia civile*, p. 9.

5. Sulla questione se tutti gli incidenti debbano proporsi col rito dell'art. 181 al presidente, Borsari (*vol. I*, p. 238) dice:

Devono rimanere razionalmente estranei alla disposizione dell'art. 181:

1. Gli incidenti terminativi o d'indole perentoria, quelli cioè che sollevano eccezioni, ammesse le quali, la lite ha fine;

2. Gli incidenti che versano sull'esecuzione delle sentenze, interessano processi esecutivi soggetti a leggi speciali;

3. Fra gli incidenti propriamente tali, sfuggono all'art. 181 quelli che o s'intrinsecano col merito di maniera che non hanno ragione di passare per l'organo di un giudice singolo, o non concernono che atti dell'intero collegio che esso soltanto può sciogliere;

4. Quelli stessi incidenti di prova che entrati nella discussione sulla causa con altri dei punti di contesa, sono definiti in massima dal collegio;

5. Generalmente parlando, meno qualche caso speciale, nel quale l'intervento del presidente potesse tornare opportuno, gli incidenti di provvisionali o interinali risoluzioni.

6. Che cosa avviene dell'incidente se l'attore incidentale non comparece davanti al presidente?

Può verificarsi che non comparendo l'attore si presenti tuttavia il convenuto ed offrendo al presidente la comparsa e la citazione incidentale dichiarare di ammettere il proposto incidente, od opponendovisi faccia istanza perchè il presidente rimetta le parti davanti al collegio per la risoluzione del solo incidente, ovvero per la discussione su questo e sul merito della causa.

In tal caso nessuna difficoltà; la procedura incidentale segue il corso segnato da questo articolo.

Ma può accadere ben anche che il convenuto non si presenti davanti al presidente o comparendovi faccia prendere atto della non comparizione dell'avversario, e si astenga dal prendere alcuna conclusione sull'incidente.

La legge non provvede, nè io trovo cenno della questione in alcuno dei commentari da me svolti, come non so che sia stata sciolta dalla giurisprudenza, sebbene il caso si verifichi assai spesso specialmente per negligenza dei procuratori.

In ambedue le contingenze surriferite io sono d'avviso però che l'incidente debbasi ritenere come non proposto, l'istruttoria ripigli il suo corso e possa il convenuto incidentale, senza riguardo all'incidente, iscrivere la causa al ruolo di spedizione. Non credo si debba fare differenza fra il caso in cui il convenuto comparisca per far constare della contumacia dell'attore e quelli in cui non si prenda nemmeno la cura di comparire. Giacchè colui il quale ha interesse alla prosecuzione dell'istanza incidentale è l'attore, e non posso ammettere, tranne il caso, che esaminerò in seguito, dell'incidente per eccezione di incompetenza, che spetti al convenuto di curare l'esaurimento dell'incidente.

Forsechè si potrà sostenere che l'istanza incidentale una volta proposta è soggetta alla perenzione ordinaria, e sarà concesso perciò riassumerla citando il convenuto per una nuova udienza davanti al presidente? No di certo, poichè il sistema della perenzione non comprende per unanime consenso degli autori, se non le istanze introduttive di una azione giudiziale e non si estendo perciò a tutti quegli atti d'istruttoria che si promuovono nel corso della procedura. D'altro lato se fosse vero che l'incidente fosse sempre pendente finchè dura il termine della perenzione, durante i tre anni l'istruttoria delle cause non potrebbe mai dirsi completa e l'iscrizione a ruolo sarebbe impossibile.

L'incidente sospendendo il merito, il convenuto sarebbe posto nel bivio o di continuare esso medesimo il procedimento incidentale per conto ed a favore del suo avversario, ciò che è illogico, o di attendere il trascorso del termine di perenzione per potere solo allora iscrivere tranquillamente la causa a ruolo, curando di tenere nel frattempo viva la procedura per evitare la perenzione dell'istanza principale.

Assurdo maggiore di questo non saprei immaginare; eppure al medesimo si verrebbe necessariamente ammettendo l'applicabilità della perenzione alle istanze incidentali.

Se all'invece si consideri che la procedura degli incidenti è di sua natura spiccia e breve, e che la mancanza di comparizione davanti al presidente di chi propone l'incidente deve interpretarsi come implicita rinuncia all'incidente stesso, non si tarderà a riconoscere che la soluzione da me propugnata è la sola conforme all'intenzione del legislatore ed all'indole del nostro sistema processuale e l'unica che, mentre sollecita i procuratori al pronto e diligente disimpegno delle loro mansioni, impedisce gli stancheggi e le tergiversazioni che rendono interminabili le liti.

7. Il procedimento incidentale è attuabile anche nei giudizi sommari?

Sulla questione come siano a proporsi gli incidenti nei giudizi sommari si hanno tre sistemi: il primo lascia all'arbitrio delle parti di proporre gli incidenti o preventivamente al presidente o all'udienza (Tribunale di Messina, 31 gennaio 1866. *Legge*, 1866; Appello Parma, 12 novembre 1872. *Annali*, VI, 575, [n. 15]); il secondo vuole che gli incidenti vengano necessariamente proposti e risolti all'udienza (vedi sentenze n. 1 e 2); il terzo sta per la necessità del ricorso innanzi tutto al presidente e del rinvio al medesimo quando l'incidente fosse proposto all'udienza.

Il Borsari (*Comm. I, p. 238*) e la *Redazione degli Annali della Giurisprudenza italiana* (I, 26), propugnano il primo sistema, osservando che anche nelle cause sommarie il procedimento incidentale può tornar utile per arrivare più direttamente al merito della controversia o provvedere a casi urgenti. Si vorrebbe poi che tale sistema fosse anche quello che è più conforme alla relazione del guardasigilli a S. M., trovandosi scritto nella medesima che *nel procedimento sommario, all'udienza si fa o si compie l'istruzione della causa, eziandio con deduzioni e conclusioni non proposte innanzi.*

Io sono convinto invece che il solo sistema conforme all'indole del processo sommario sia il secondo che non ammette altri incidenti fuorchè quelli proposti all'udienza. Alle ambigue parole del guardasigilli Vacca, oppongo anzitutto quelle chiarissime del Pisanelli nella sua relazione: « *Nei procedimenti a udienza fissa l'ufficio dell'istruzione scritta viene a confondersi colla procedura orale* ». Dappoi osservo come nei giudizi sommari

la costituzione dei procuratori facendosi all'udienza, prima dell'udienza non v'è una regolare rappresentanza delle parti e sarebbe perciò impossibile la chiamata dei procuratori davanti al presidente.

In terzo luogo la stessa collocazione del procedimento incidentale nel codice, dimostra che esso riguarda soltanto il giudizio formale.

Di questo avviso si manifestò pure l'illustre Mirabelli nel suo discorso inaugurale alla Corte d'appello di Napoli nel 1868, ove disse:

« Nel procedimento sommario non si può seguire il rito speciale degli incidenti; ma gli incidenti si devono proporre all'udienza. Se le parti consentono sul modo della risoluzione dell'incidente, il presidente vi provvede con ordinanza, contro la quale non vi è nè opposizione nè appello e si può immediatamente eseguire; se discordano si definisce con sentenza ».

Art. 186, 329 seg., 363
seg. c. p. c.; 201, 202, 304
reg. giud.

182. Nei casi d'urgenza il presidente, sentite le parti, può risolvere l'incidente e dichiarare esecutiva l'ordinanza, non ostante reclamo, con cauzione o senza.

Anche il giudice delegato, all'ammissione degli incidenti può, se vi sia urgenza, ammettere l'incidente e dichiarare la sua ordinanza provvisoriamente eseguibile. — *Appello Firenze, 27 luglio 1868. Silva-Bigalli. Annali, II. 374.*

Nello scritto dell'avv. Scotti « sulla rimessione delle parti a udienza fissa, ecc. » inserito nell'*Archivio giuridico*, 1874, trovo le seguenti parole:

« Il presidente non può statuire, non può risolvere l'incidente, tranne nel caso d'urgenza e previo ascolto delle parti. In questo caso non basta che la parte sia citata, come si esprime l'art. 38 cod. proc. civ., ma richiedesi la comparizione, in caso diverso l'assenza equivale opposizione. Per modo che volendo scongiurare una risoluzione d'urgenza, basta l'astenersi dal comparire ».

È accettabile questa teoria? Io credo che no, poichè altrimenti la facoltà di risolvere l'incidente d'urgenza sarebbe il più delle volte inattuabile e si ridurrebbe ad una vana parola. Se il convenuto nell'incidente non comparisce si ritiene opponente ed il presidente delibera se esistono motivi per accordare la risoluzione dell'incidente, non ostante la tacita opposizione di una parte. Ammettendo la teoria dello Scotti non potrebbero ad esempio concedere il sequestro giudiziario chiesto d'urgenza col rito incidentale, in pendenza della lite di merito, se il convenuto non comparisse a difendersi e sarebbe sempre d'uopo in tale ipotesi che l'attore attendesse una sentenza del tribunale per procedere al sequestro del quale pure fosse evidente l'urgenza.

L'applicazione del principio contenuto nell'art. 38 cod. proc. civ. pel quale si può provvedere sopra una domanda anche non sentita purchè sia citata la parte avversaria, è necessaria se si vuole raggiungere lo scopo del legislatore. L'art. 183 viene in appoggio della mia opinione, poichè prevede il caso che l'ordinanza del presidente sia stata emessa in contumacia d'una delle parti stabilendo che il reclamo dalla medesima si interponga entro giorni tre dalla notificazione.

183. Il reclamo dall'ordinanza del presidente si propone nel termine di giorni tre da quello in cui fu pronunziata, o da quello della notificazione nel caso di contumacia.

Il presidente, sull'istanza dell'opponente, rimette le parti a udienza fissa.

1. Il reclamo contro l'ordinanza del presidente deve indirizzarsi al Tribunale o alla Corte con presentazione al presidente onde vi apponga

il provvedimento di rimessione delle parti a udienza fissa: ciò fatto la parte fa notificare il reclamo coll'appostovi provvedimento alla parte contraria.

Se una domanda incidentale fu proposta con semplice ricorso, non citata la parte contraria, ed ammessa con provvedimento del giudice delegato, che in tal caso non è una ordinanza, ma sì un vero decreto, perchè emanato inaudita la parte contraria, si può proporre reclamo da un tale provvedimento illegale, oltre il termine di 3 giorni dalla sua notificazione e fino all'istante in cui si pretende darvi esecuzione. — *Appello Brescia*, 18 marzo 1867. *Congreg. di Carità di Bergamo—Arioli e C. Annali*, I, 414.

2. Quest'articolo e l'obbligo del reclamo entro tre giorni non è applicabile che alle ordinanze proferite dal presidente in contraddittorio d'ambe le parti. Se il contraddittorio non vi fu, il provvedimento è un decreto ed è reclamabile sempre. — *Appello Brescia*, 23 dicembre 1868. *Maffei—Zoppola. Mon. Trib.*, X, 1119.

3. Quest'articolo non prescrive, a pena di nullità, la forma con cui debba proporsi il reclamo da una ordinanza del presidente o giudice delegato; quindi è che può farsi colla comparsa stessa con cui si propone l'incidente o per biglietto da procuratore a procuratore.

I tre giorni pel richiamo da simili ordinanze decorrono non già dalla data in cui sono proferite, ma dal giorno in cui ne segue la notificazione. — *Appello Genova*, 2 maggio 1870. *Arvigo—Montebruno. Annali*, IV, 187.

4. Allorchè l'ordinanza del giudice delegato è rinviato a udienza fissa l'incidente ed il merito, e le parti invece di reclamare dall'ordinanza entro tre giorni si scambiarono le conclusioni e conclusero in merito, il giudice può decidere il merito senza curare le eccezioni contro l'ordinanza. — *Appello Firenze*, 28 agosto 1871. *Melani—Ministero R. Casa. Annali*, V, 603.

5. Perchè decorra il termine dei tre giorni per reclamare contro la ordinanza del presidente, è necessario che la medesima sia notificata non solo se mancò la comparizione del procuratore avanti lo stesso presidente, ma ancora se il procuratore, quantunque comparso, non fu presente alla sua pronunziamento. — *Appello Casale*, 21 febbraio 1873. *Leprotti—Vogliazzi-Peruzzi. Annali*, VII, 174.

6. Il reclamo di cui tratta l'articolo presente si riferisce alle ordinanze emanate a termini del precedente art. 182, alle ordinanze cioè che decidendo, a causa d'urgenza, la domanda proposta, risolvono l'incidente.

Ciò risulta dal nesso logico esistente fra quei due articoli, e dal riflesso che non vi sarebbe alcuna ragione di reclamo contro un'ordinanza formata nei sensi dell'art. 181.

Il nesso logico è evidente, perchè non vi può essere reclamo se non vi ha decisione; l'art. 182 tratta di decisione, e l'art. 183 di reclamo, e la mancanza di ragione di qualsiasi reclamo contro un'ordinanza proferita a termini dell'art. 181 dipende dalla natura di codesto provvedimento, in quanto che, o fu dato per accordo delle parti, e allora è assurdo il concetto di reclamo; o stabilì la rimessione delle parti davanti al tribunale, e allora è inutile il reclamo, perchè ad altro non potrebbe approdare che a ripetere l'ordinanza di rimessione al tribunale, ciò che non è permesso di supporre che la legge abbia voluto.

Quando invece si ha un'ordinanza, la quale, malgrado la contraddizione o l'assenza di una delle parti, abbia risolta immediatamente la questione incidentale, egli è consono a ragione ed a giustizia, che la parte

interessata abbia modo d'appigliarsi ad un espediente per sottoporre la questione alla cognizione e decisione del tribunale; poichè il pronunciato della legge essendo basato a più ampio sviluppo della materia e delle ragioni che si adducono a sostegno degli assunti rispettivi dei contendenti, acquista un grado maggiore d'importanza in confronto di quello proferito, per quanto esser possa autorevole, dal solo suo capo. — *Appello Venezia*, 15 febbrajo 1875. *Pedrazzini—Ubicini. Mon. Trib.*, XVI 372.

7. Vedi art. 181 sent. n. 3 e art. 209 sent. n. 1.

1. In quali casi è ammesso il reclamo dall'ordinanza del presidente?

A prima giunta sembrerebbe che l'art. 183 si riferisse unicamente all'articolo precedente, provvedesse cioè al reclamo dalla sola ordinanza presidenziale che risolve l'incidente. Le parole della relazione Pisanelli confermerebbero questo concetto, poichè il ministro così si esprime: « Il presidente potrà egli stesso, sentite le parti, provvedere sulle rispettive istanze ed eccezioni. *Contro il dato provvedimento* si può richiamare al collegio, ma il presidente potrà dichiararlo "esecutivo non ostante richiamo". Tale interpretazione però darebbe una soverchia autorità al presidente, mentre vi possono essere altri casi oltre quello contemplato dall'art. 182, nei quali interessi sommamente reclamare dalla ordinanza.

È certo che non potrà interpersi reclamo dalla ordinanza colla quale il presidente abbia risolto l'incidente dietro accordo delle parti, poichè il reclamante ricorrerebbe in tal caso contro un atto che sarebbe l'espressione della propria volontà. Se però il presidente ha errato sull'accordo delle parti, ha sanzionato un accordo lesivo di un principio d'ordine pubblico, ed ha pronunciato su materia che eccedeva i limiti della sua giurisdizione, ciascuna delle parti avrà facoltà di reclamare non ostante l'accordo da essa prestato alla risoluzione dell'incidente. — *Conformi*: Saredo, *Istit.*, n. 365 - Gargiulo, *Comm.* p. 492.

2. Come si propone il reclamo?

Mediante comparsa indirizzata al Tribunale o alla Corte, come qualunque scrittura di causa, contenente i motivi del reclamo. Questa comparsa si presenta al presidente, col tramite della cancelleria, con istanza per destinazione d'udienza davanti al collegio.

Vedi Borsari, *Comm.* I, p. 275 - Saredo, *Istit.*, n. 365 - Gargiulo, *Comm.*, p. 492 - Bolaffio, *Degli incidenti*, p. 17.

184. L'ordinanza che rimette le parti a udienza fissa stabilisce:

1. Se la relazione della causa sarà fatta da un giudice delegato, o dalle parti;

2. Il termine in cui l'ordinanza sarà notificata ai procuratori contumaci;

3. Il termine in cui la causa sarà iscritta a ruolo a istanza di una delle parti, e quello in cui sarà fatta la pubblicazione e affissione indicate nel secondo capoverso dell'articolo 179;

4. Il termine in cui i procuratori dovranno notificare le comparse conclusionali;

5. Quando la relazione sia delegata ad uno dei giudici, o debba essere sentito il ministero pubblico, l'ordinanza stabilisce il termine in cui gli atti si dovranno depositare nella cancelleria a norma dell'articolo 177, e quello in cui dal ministero pubblico dovrà farsene la restituzione alla cancelleria per essere comunicati al giudice relatore o restituiti alle parti.

1. I giudizi relativi agli incidenti sorti nel corso della causa trattata con procedimento formale, per quanto subordinati in alcuni rapporti alle forme del sommario, non possono caratterizzarsi assolutamente come sommari, conservando anzi nel resto il carattere proprio del giudizio principale cui accedono, e quindi anche in essi è vietata la comunicazione di nuovi documenti dopo l'iscrizione a ruolo. — *Appello Lucca*, 18 luglio 1868. *Barsacchini—Ghilarducci. Annali*, II, 571.

2. La legge nel sottoporre alla forma degli incidenti la discussione sull'ammissibilità delle prove non ad altro intese che a far trattare e risolvere in via sommaria anche questo genere di questioni, benchè sorgano in giudizio ordinario. Epperò le parti rinviate dal presidente al tribunale perchè pronuncino sull'incidente relativo all'ammissibilità di determinati capitoli di prova, possono anche nella comparsa conclusionale e perfino in via di conclusione suppletiva alla stessa udienza proporre capitoli ulteriori. — *Cass. Torino*, 18 giugno 1869. *Ferrovia Umbro-Aretina—Luzzi. Mon. Trib.*, X, 768.

3. All'udienza incidentale non si possono produrre nuovi documenti, tanto più se a detta udienza le parti furono rimesse per l'eventuale trattazione della causa anche nel merito.

Il procedimento degli incidenti infatti è pur sempre informato ai principii che reggono la causa principale di cui non costituisce che un episodio e di ciò si ha la prova in questo articolo, che dopo l'ordinanza di rimessione ad udienza fissa non ammette verun atto ulteriore all'infuori delle comparse conclusionali. — *Appello Brescia*, 22 febbraio 1872. *Ghizzi U. cc.—Noventa U. cc. Mon. Trib.*, XIV, 517.

4. Non può considerarsi tardiva la comunicazione dei documenti seguita all'udienza fissa cui vennero rimesse le parti per la risoluzione d'un incidente e anche del merito, quantunque la causa sia stata iniziata e trattata a rito formale. — *Appello Brescia*, 14 febbraio 1873. *Brunelli—Zendrini. Mon. Trib.*, XIV, 974.

5. Emanata ordinanza di rimessione delle parti a udienza fissa, con indicazione del termine per la notificazione delle comparse conclusionali, il procuratore che non fece notificare la sua conclusionale, non può comunicarla primamente in detta udienza all'avversario, che, avendo fatto notificare nel termine stabilito la propria, si rifiutò di riceverla.

In questo caso si fa luogo al rinvio dell'udienza, con prefinizione di nuovo termine per la notificazione della conclusionale, e colla condanna della parte morosa nelle spese. — *Appello Milano*, 22 aprile 1875. *Berson—Prudente. Mon. Trib.*, XVI, 579.

Il procedimento incidentale è sommario o formale?

L'opinione che il procedimento incidentale sia sommario ha ormai raccolto il suffragio di presso che tutti i nostri scrittori di diritto processuale. Credo perciò che sulla natura di questo procedimento non possa più esser mosso alcun dubbio.

A dir vero le prescrizioni che secondo l'art. 184 devono dal presidente essere imposte alle parti, specialmente quelle riguardanti la iscrizione a ruolo della lite e la comunicazione della scrittura conclusionale prima dell'udienza, potrebbero a prima vista convincere che se il procedimento incidentale non è formale in tutto il senso della parola, sia però un *quid medium* tra il rito formale ed il sommario. Senonchè dalla *Relazione* del ministro Vacca si rileva che il nostro codice non riconosce che due sole specie di procedimento: il formale ed il sommario. (Vedi *Relazione*, p. 265): « Dei quali i caratteri distintivi sono questi, tra altri di minor rilievo: che nel procedimento formale la causa è chiusa prima della udienza, perchè deve

avere compiuto anticipatamente lo stadio dell'istruire, del dedurre, del concludere, e che nel procedimento sommario la citazione si fa sempre per comparire a udienza fissa, sì che all'udienza o si fa o si compie l'istruzione della causa, eziandio con conclusioni e deduzioni non proposte innanzi ».

Il procedimento incidentale non è formale poichè non è preceduto da alcuna istruttoria scritta. Prima della rimessione all'udienza l'incidente fu soltanto proposto con comparsa; è quindi mestieri che lo sviluppo delle ragioni e delle eccezioni, la istruzione in una parola si faccia nella conclusionale in iscritto, all'udienza colla discussione orale.

Del resto, trattandosi col procedimento incidentale, secondo insegna Pescatore, quelle questioni secondarie ed accessorie che nello svolgimento dei giudizi civili vengono a prodursi intorno alla questione principale, non sarebbe stato conveniente di sottoporne lo svolgimento al procedimento normale, poichè altrimenti la soluzione della questione principale rimarrebbe indefinitamente protratta.

Inoltre concorrevano a richiedere che le questioni incidentali si trattassero col rito sommario, la modicità dell'interesse, la presunta facilità della risoluzione e l'urgenza.

Vedi in senso conforme: Scotti, *Mon. dei Trib.* VII, 833 e 1073; VIII, 231 e 817; - Bolaffio, *Degli incidenti*, p. 33 e 57 e seguenti; - Ricci, *Giurisprudenza italiana*, 1875, parte IV, 54.

Il Borsari, accennando alla decisione della Corte suprema di Torino 18 giugno 1869 (n. 2), dichiara che la natura della comparsa conclusionale in un processo incidente, non è punto diversa da quella di una comparsa conclusionale in un processo sommario, ed aggiunge che il processo incidentale ha carattere di sommario nella cerchia di un processo formale. (*Comm.* I, p. 245, 246).

Art. 554, 304 reg. giud.

185. Qualunque citazione per comparire davanti al presidente può farsi con la comparsa stessa che propone l'incidente, o per biglietto.

Il termine per comparire è almeno di giorni tre, salvo i casi nei quali la legge dispone altrimenti.

Nei casi d'urgenza, il presidente può permettere la citazione a termine più breve, ed anche ad ora.

1. Gli incidenti per ammissione di prove ponno essere proposti al presidente anche per biglietto quando le prove sieno state dedotte col l'atto di citazione introduttivo del giudizio. — *Appello Milano*, 14 marzo 1871. *Barbaro—Carnevali. Annali*, V, 271 — Vedi sentenze in senso fra loro diverso: *Appello Torino*, 21 aprile e 5 giugno 1868. *Giurisprudenza*, V, 538, 560.

2. Vedi art. 181 sent. n. 3 e nota n. 2.

Art. 201, 202 reg. giud.

186. Il presidente può delegare a uno dei giudici le facoltà a lui attribuite nella materia degli incidenti.

La nomina del relatore si fa sempre dal presidente.

SEZIONE II.

Delle eccezioni d'incompetenza e di nullità degli atti.

§ I.

Della incompetenza e della declinatoria del foro.

187. L'eccezione di incompetenza per materia o valore può essere proposta in qualunque stato e grado della causa; l'autorità giudiziaria deve pronunziarla anche d'ufficio.

In ogni altro caso l'eccezione di incompetenza deve essere proposta prima di ogni altra istanza o difesa, nè si può pronunziare d'ufficio.

1. L'eccezione d'incompetenza deve essere proposta con domanda e conclusione espressa, quindi non basta per costituire un regolare giudizio di declinatoria di foro che questa sia stata allegata come motivo della domanda di nullità d'una citazione. — *Appello Milano*, 5 settembre 1866. *Finanza—Almoro. Mon. Trib.*, VII, 1013.

2. L'eccezione d'incompetenza per ragione di domicilio deve essere opposta anche prima dell'eccezione di nullità della citazione. — *Cass. Torino*, 7 febbraio 1867. *Cillario—Greborio. Annali*, I, 217.

3. Una sentenza interlocutoria per l'ammissione d'una prova non costituisce cosa giudicata sulla competenza del tribunale che la pronunziò. Non è quindi vietato alla parte stessa che provocò quella sentenza ed anco dopo l'esaurimento della prova, dedurre la eccezione di incompetenza; — *Cass. Napoli*, 21 gennaio 1869. *Guadagno—Rea. Annali*, III, 208.

4. Se un giudizio ha fine con una dichiarazione di incompetenza, le interlocutorie già in esso pronunciate non ponno rivestire il carattere di cosa giudicata nell'interesse dei litiganti.

Gli incumbenti eseguiti davanti al giudice, che in definitiva si dichiara incompetente, possono essere consultati dall'autorità giudiziaria competente, solo secondo le circostanze e secondo la natura e le qualità proprie dei medesimi, specialmente se essi emanino dal fatto delle parti e non abbisognino dell'autorità del giudice. — *Cass. Torino*, 28 gennaio 1869. *Beltrami—Piana. Mon. Trib.*, X, 179.

5. Il tribunale in grado d'appello deve anche d'ufficio annullare la sentenza pronunciata dal pretore oltre il valore di sua competenza; in difetto la sua sentenza è infetta dalla stessa nullità di quella del pretore. — *Cass. Torino*, 18 febbraio 1869. *De Vergine—Finanza. Bettini*, XXI, 115. — *Cass. Torino*, 30 novembre 1870. *Pasquini—Lajo. Bettini*, XXII, 893.

6. L'eccezione di incompetenza non può dedursi pella prima volta in cassazione, eccetto si tratti di incompetenza per materia o valore. — *Cass. Firenze*, 25 febbraio 1869. *Abuderham—Rosellini. Annali*, III, 21. — *Cass. Firenze*, 5 gennaio 1875. *Comune di Trebaseleghe—Comune di Salzano. Annali*, IX, 7.

7. Il tribunale civile alla cui competenza appartenga la cognizione di una causa in primo grado, non può conoscerne come tribunale d'appello, e se ne abbia conosciuto in primo grado il pretore e la sentenza pretoriale sia deferita in appello al tribunale, questo deve d'ufficio dichiararne

la nullità. — *Cass. Firenze*, 30 dicembre 1869. *Pisaneschi—Arrighi. Annali*, III, 281. — *Cass. Torino*, 7 luglio 1869. *Prina—Ferrari. Annali*, III, 139.

8. La disposizione di questo articolo pella quale l'eccezione di incompetenza per materia e valore può essere proposta in qualunque stato e grado, della causa, e l'autorità giudiziaria deve pronunciarla anche d'ufficio, subisce un'eccezione quando si tratta di controversie relative ai beni mobili, nelle quali per l'art. 80 il valore della causa, quando non sia determinato dall'attore nella domanda, si presume che sia di competenza dell'autorità giudiziaria adita, ed il convenuto, che intende impugnarla, deve farlo nella prima risposta. — *Cass. Firenze*, 24 gennaio 1870. *Pompinoli—utrinque. Annali*, IV, 108.

9. Sebbene il giudice debba rilevare d'ufficio l'incompetenza per valore, tuttavia se l'eccedenza del valore non risulta dagli atti, e le prove dedotte per stabilirla sono inammissibili, non è tenuto ad occuparsene. — *Cass. Torino*, 12 maggio 1870. *Bernardi—Sapetti. Giurisprudenza*, VII, 399.

10. La incompetenza del foro in ragione di domicilio si può opporre anche nella comparsa da presentarsi in tempo utile dopo l'iscrizione della causa sul ruolo, quando non siasi dall'opponente fatta prima alcun'altra difesa. — *Appello Genova*, 4 giugno 1870. *Società delle miniere di Monteponi—Garnier. Gazz. dei Trib.*, 1871, n. 1.

11. La domanda di termine per deliberare nulla contiene che impedisca di opporre nella prima deliberazione l'eccezione di incompetenza per ragione di territorio. — *Cass. Torino*, 8 marzo 1872. *Casapinta—Comune di Ferriere. Mon. Trib.*, XIII, 624.

12. L'incompetenza per ragione di grado è una incompetenza assoluta e può proporsi in qualunque stato della causa.

Laonde, se una causa civile fu decisa da una corte d'appello senza che la causa medesima fosse stata precedentemente giudicata dal tribunale di prima istanza, vi è nullità per incompetenza assoluta della corte, e il vizio può dedursi per la prima volta anche in cassazione.

Procede la stessa massima quando una corte d'appello giudichi in secondo grado, colla sua competenza di giurisdizione contenziosa, una causa che in primo grado sia stata risolta colle competenze di giurisdizione volontaria. — *Cass. Firenze*, 21 aprile 1873. *Ciotti—Macciocchi. Annali*, VII, 159.

13. Sebbene l'eccezione di mancanza di giurisdizione per ragione di valore possa proporsi in qualunque grado e stato della causa, però nelle cause relative ai beni mobili e di valore indeterminato, se tale eccezione non è proposta prima di ogni altra, non è più ammissibile. — *Cass. Firenze*, 18 dicembre 1873. *Raselli—Pieri. Legge*, XIV, 49.

14. Deferito dal giudice un giuramento colla dichiarazione espressa di deferirlo *intanto*, cioè onde avere altro elemento di convinzione, ma senza nulla per allora decidere sul merito, riservata per di più la cognizione delle spese al giudizio definitivo, la causa rimane insoluta, aperta, vertente, e viola quindi questo articolo la sentenza che pel fatto di quel giuramento dichiara inammissibile la eccezione di incompetenza per ragione di materia o valore. — *Cass. Torino*, 10 dicembre 1874. *Monti—Zuccareda. Mon. Trib.*, XVI, 35.

15. Questo articolo, ammettendo l'eccezione di incompetenza per materia o valore in qualunque stato e grado della causa, non vieta che, se questa è matura a decisione anche nel merito, il giudice statuisca ad un tempo e sull'incompetenza e sul merito. — *Cass. Torino*, 20 gennaio 1875. *Luzzi—Ottolenghi. Mon. Trib.*, XVI, 238.

1. Completerò quanto dissi all'art. 84 sulla competenza del tribunale civile e del tribunale di commercio.

Il consigliere Paoli nel *Giornale delle Leggi*, I, p. 69, si esprime nel modo seguente intorno alle rispettive attribuzioni dei due tribunali:

« Deferita, egli dice, al tribunale civile la cognizione di causa d'indole commerciale può dirsi d'opinione comune o almeno prevalente di dottrina e di giurisprudenza che di incompetenza veramente non sia luogo a parlare, e che tutt'al più si tratti di incompetenza relativa, la quale se non fu dedotta dalle parti, non reca impedimento al legittimo esercizio della giurisdizione adita, e ciò perchè i tribunali civili hanno la *pienezza della giurisdizione* a conoscere di tutte le materie di diritto privato.

« Se un affare civile fu deferito al tribunale commerciale vero e proprio, v'ha incompetenza per ragione di materia.

« Se però il tribunale adito come commerciale in causa civile ha la doppia giurisdizione, il tribunale può continuare a giudicare, perchè il dichiararsi incompetente equivarrebbe al rinvio della causa avanti a sè stesso.

« Quindi, quando sono riunite nel medesimo tribunale le due giurisdizioni, allora, la qualità civile o commerciale della lite determina il *procedimento* da seguirsi, non il tribunale competente, che è sempre lo stesso; ossia, se può istituirsi questione di rito giudiziario, non si può mai disputare di competenza per ragione di materia ».

Sulla seconda e terza massima sono ormai concordi gli autori ed è quasi pacifica la giurisprudenza, non è così invece quanto alla prima.

Il Borsari (*Comm.*, art. 187) la combatte assai vivamente, chiama vieta ed erronea la teoria della *universalità della giurisdizione civile*, e, pure ammettendo che in Francia è tenuta in onore, ed abbracciata dai più, si compiace di rammentare che fu recentemente oppugnata anche da un autore francese, il Joccoton, che ha rifiutato, egli dice, con coraggio la giurisprudenza del suo paese.

Al contrario, il Gargiulo (*Comm. p.* 502) propugna la teoria del consigliere Paoli; pei seguenti motivi: il tribunale civile ha per regola la doppia giurisdizione, civile e commerciale; e se questa in determinati luoghi si esercita da tribunali particolari, detti espressamente di commercio, ciò avviene per favore del commercio, pei suoi bisogni in determinati luoghi. Perciò è a ritenersi che di regola la competenza della materia commerciale sia dei tribunali civili e non dei tribunali di commercio. Tanto è vero che non esiste una Corte d'appello per conoscere dei reclami dalle sentenze dei tribunali di commercio, ma la stessa Corte giudica tutte le cause civili e commerciali. Ora, fermato che i tribunali civili per regola tengono la giurisdizione commerciale, nessun principio d'ordine pubblico viene leso quando giudicassero della causa commerciale anche nel luogo dove sia un tribunale di commercio. La materia, di regola, è di loro competenza; e se il tribunale di commercio giudica di essa in determinati luoghi, ciò non è mai valevole a distruggere il *potere* che insitamente conserva il tribunale civile a prenderne cognizione.

Ciò stando, conclude il Gargiulo, nè il tribunale civile avrebbe l'obbligo di elevare d'ufficio una incompetenza per esso inesistente, anche perchè vi ha la presunzione che le parti abbiano, col presentarsi a lui, rinunziato al beneficio che loro era concesso di rivolgersi invece al tribunale di commercio; e molto più ancora nol potrebbe quando alla presunzione fosse surrogata l'espressa volontà delle parti nel contentarsi della sua decisione.

Secondo a me sembra è preferibile l'opinione del Borsari, la quale è pur divisa in Francia da illustri scrittori, quali Carré (*Compétence*, n. 472), Boncenne (*Theor. de la proced. civ.*, I, p. 330), Boitard (*Leg de proc. civ.*, I, p. 318), Rodière (*Procéd. civ.*, I, p. 13).

A parte infatti la questione, certo non ancora risolta, se sempre la pienezza della giurisdizione abbia appartenuto ai tribunali civili, egli è fuor di dubbio che il nostro legislatore ha distinto la competenza, riguardo alla materia, in civile e commerciale, stabilendo eziandio delle norme speciali di rito applicabili ai giudizi commerciali. Che la competenza commerciale sia poi veramente riferibile alla *materia*, ci è dimostrato dal posto che le è

assegnato nel codice. Se ne parla nella sezione II, cap. I, tit. II, che si occupa appunto della competenza per materia e valore.

Separata la competenza civile dalla commerciale, il legislatore ha pure per regola affidata la cognizione degli affari commerciali più importanti a giudici speciali, ai tribunali di commercio. Fu soltanto per adattare le magistrature ai bisogni del paese che, nei luoghi dove il commercio non è molto esteso, attribui la giurisdizione dei tribunali commerciali ai tribunali civili, dichiarando che essi *ne tengono le veci* (art. 84).

Se si può ammettere pertanto che sia ozioso il far questione di giurisdizione civile o commerciale, quando non esista in luogo un tribunale di commercio, ed il tribunale civile ne eserciti le funzioni, ciò non può concedersi quando a lato al tribunale civile si trovi anche quello di commercio.

Al tribunale civile spettando in tal caso la sola competenza civile, al commerciale la sola commerciale, non è permesso all'uno di invadere il campo dell'altro. E poichè non può negarsi che si tratti di competenza per ragione di materia, che è competenza assoluta, non può essere prorogata per volontà delle parti (art. 69 c. p. c.) e la sua osservanza devono i giudici mantenere, sollevando anche d'ufficio la relativa eccezione.

2. La domanda di comunicazione dei documenti impedisce che si ponga validamente l'eccezione di incompetenza?

Gli autori sono concordi nella soluzione affermativa. Seguendo però il consiglio di Carré si ammette che se la richiesta dei documenti non fosse fatta che nella intenzione espressa di opporre una declinatoria ed allo scopo di istruirsi sulla natura dell'azione e sul merito della eccezione di incompetenza, lasci libera facoltà di proporre la eccezione medesima. (Carré, *quest.*, 718; Borsari, *Comm.*, I, p. 280; Gargiulo, *Comm.* p. 505).

3. La domanda di un rinvio dell'udienza non deve, a mio avviso, ritenersi una istanza che tolga la proponibilità dell'eccezione di incompetenza, poichè dessa non fa che protrarre il giorno in cui si contesterà la lite e non rivela in verun modo l'intenzione di accettare il giudice adito. L'udienza di rinvio corrisponde ed equivale a quella di comparizione fissata nel libello introduttivo della lite; alla nuova udienza pertanto le parti si trovano l'una di fronte all'altra nella identica posizione in cui erano nella precedente e devono avere libero campo allo sviluppo di qualsiasi eccezione.

4. Anche l'attore può far dichiarare la incompetenza per materia o valore del giudice da lui adito. Si è trovato giusto però che quando il convenuto non sia concorso a prorogare la giurisdizione con atti di assenso, l'attore, vincendo, abbia a pagare le spese. — Chauveau sur Carré, *quest.* 722 - Borsari, *Comm.*, p. 278 - Saredo, *Istit.*, n. 373 - Pisanelli *Relazione*.

5. Portata una causa incompetentemente davanti al pretore ed opposta l'eccezione di incompetenza, se il pretore si dichiara competente, e la sua sentenza passa in giudicato, quale sarà il compito del giudice d'appello, ove riconosca la incompetenza del primo giudice? Dovrà egli giudicare della causa abbenchè scorga d'essere incompetente a conoscerne in grado d'appello?

La cosa giudicata non può avere tanta forza da sovvertire l'ordine pubblico, nel cui interesse la legge à demarcate le singole giurisdizioni, attribuendo il diritto di giudicare in appello a quei giudici ai quali il legislatore à conferito soltanto giurisdizione per pronunciare in secondo grado. Se la sentenza del pretore legasse il tribunale, converrebbe ammettere che il giudicato del pretore, oltre essere dichiarativo della competenza propria, fosse attributivo di giurisdizione al tribunale civile.

Il tribunale adunque, mentre non può dichiarare più la incompetenza altrui, può dichiarare però la incompetenza propria, lasciando così la sentenza del primo giudice in quello stato di validità che pella cosa giudicata ha ormai acquistato, per cui in tal caso la pronunzia in merito del pretore sarà inappellabile e lo sarà per colpa stessa delle parti che non si diedero cura di appellare la sentenza sull'incompetenza. — *Annali*, III, 134. *Nota della Redazione*.

188. Nei casi indicati nell'articolo 104 l'istanza per rimesione della causa all'autorità giudiziaria, che deve decidere a norma dello stesso articolo, può essere proposta in qualunque stato e grado della causa.

Art. 229 reg. giud.;
c. p. c.

L'eccezione d'incompetenza per litispendenza non può essere per la prima volta opposta in cassazione e non può essere rilevata d'ufficio. — *Cass. Torino*, 30 luglio 1873. *Giurisprudenza*, 1873, p. 653.

1. L'eccezione di incompetenza per litispendenza non può essere rilevata d'ufficio. — Pisanelli, *Comm. I*, 1, n. DCCCLIX - Pescatore, *Sposiz. compend.*, I, p. 303 - Borsari, *Comm. a quest'articolo*, n. 5 - Saredo, *Istit.*, n. 371 - Gargiulo, *Comm. a quest'articolo* - Mattei, *Annotaz.* - Dalloz, *Rép. Exceptions*, n. 190 - Chauveau in Carré, *quest.*, 732.

2. L'articolo è applicabile anche quando si tratti di due cause identiche o connesse, pendenti davanti due sezioni dello stesso tribunale, corrispondendo ciascuna sezione ad un tribunale distinto. — Borsari, *Comm.*, I, p. 285 - Gargiulo, *Comm.*, p. 507.

189. Le quistioni di incompetenza e declinatoria del foro sono proposte e giudicate secondo le norme stabilite per gli incidenti.

Art. 181 seg.

1. Le questioni di incompetenza e declinatoria di foro devono decidersi separatamente dal merito solo allorquando siano state proposte colla forma degli incidenti. Ove adunque il convenuto siasi limitato a proporre la questione dell'incompetenza come mera eccezione, il tribunale può giudicare anche del merito, se maturo a decisione, sebbene il convenuto non abbia concluso sul merito stesso. — *Appello Genova*, 21 giugno 1867. *Cassa Depositi—Costa-Moglia. Annali*, I, 579.

2. Il presente articolo provvede quando la declinatoria del foro è stata opposta in prima istanza, o quando venga proposta per la prima volta in appello. Che se in appello si porta soltanto la questione sulla competenza, già decisa in prima istanza, essa diventa per sé stessa questione principale e non può quindi essere trattata colle norme degli incidenti. — *Appello Messina*, 19 febbraio 1867. *Giurti, Camarda—Schirò. Annali*, II, 185.

3. Se l'eccezione d'incompetenza per materia è proposta nella citazione di appello quale motivo di nullità della reclamata sentenza, può trattarsi e decidersi cumulativamente al merito dell'appellazione, riuscendo in tal caso inapplicabili le norme stabilite per gli incidenti. — *Appello Brescia*, 9 aprile 1867. *Margaritella—Clerici. Mon. Trib.*, IX, 520.

4. La questione di incompetenza per materia e valore, sebbene non proposta secondo le norme degli incidenti, deve essere sempre decisa dall'autorità giudiziaria e non è quindi lecito a questa di sospendere la decisione col rimettere le parti davanti al presidente, perchè vi ripropongano la questione. — *Appello Brescia*, 24 febbraio 1869. *Dolci—Dolci. Mon. Trib.*, X, 474.

5. Questo articolo, prescrivendo che sull'eccezione di incompetenza si pronunci in via sommaria, non vieta che se la causa è formale, e non si è sollevato un incidente per la preliminare decisione in via sommaria della questione di competenza, il giudice investito del merito della causa provveda contemporaneamente sulla competenza e sul merito. — *Cass. Torino*, 20 gennaio 1875. *Luzzi—Ottolenghi. Mon. Trib.*, XVI, 238.

1. Se si tratta di eccezione di incompetenza relativa, il rito degli incidenti può essere osservato dacchè, dietro accordo delle parti, il presidente può sciogliere la controversia. Diventa invece inapplicabile quando trattisi di eccezione di incompetenza assoluta.

In questo caso, così Borsari (*Comm.* I, 286), come Saredo (*Istit.*, 374), pensano che l'eccezione debba proporsi col rito incidentale e che il presidente, ascoltate le parti, fissi senz'altro l'udienza per la soluzione della questione, davanti al tribunale o alla corte. Alla destinazione dell'udienza basterà quindi sì limiti l'istanza al presidente.

2. Non è l'eccezione di incompetenza, insegna l'avv. Scotti (*Mon. Trib.*, IX, p. 465), che si dev'è proporre colle norme degli incidenti, ma bensì la questione che sulla detta eccezione può sorgere. Il convenuto, che oppone l'eccezione di incompetenza, non è tenuto a citare l'attore per far risolvere questa eccezione, egli tacerà, e spetterà all'attore di promuovere il relativo giudizio incidentale.

È infatti, egli dice, all'attore che interessa di far risolvere codesta questione preliminare che forma ostacolo alla regolare prosecuzione del procedimento: il sistema del convenuto è negativo, nè egli può essere costretto a sbarazzare la via al suo avversario perchè ottenga più presto la di lui condanna.

Di parere conforme a quello dello Scotti si appalesa il Borsari nel suo *Formulario*, nella nota alla formula LXIX, dove così si esprime: « Il convenuto che oppone una eccezione d'incompetenza, non è poi tenuto a promuovere un incidente per la sua decisione ». Ed in applicazione di questo concetto egli suggerisce anzi al n. LXX la formula di una comparsa, colla quale si propone l'eccezione di incompetenza senza elevare l'incidente, e protestando di nullità qualunque atto futuro.

L'interpretazione proposta dallo Scotti è razionale e logica non solo, ma offre ancora il vantaggio di rendere molte volte inutile l'istanza incidentale e la procedura dinanzi al presidente, poichè può ben darsi il caso che l'attore trovi fondata l'eccezione di incompetenza e receda dalla lite.

Non è poi a dubitare che l'eccezione per sua natura preliminare resti a lungo indecisa, poichè deve sommamente interessare all'attore che il tribunale pronunci sulla medesima prima che l'istruzione della lite proseguia per non essere eventualmente esposto alla nullità di tutti gli atti, a processo ultimato.

3. Vedi art. 181, nota n. 4.

§ II.

Delle eccezioni di nullità.

Art. 56, 57, 145 c. p. c.

190. Le nullità degli atti di citazione sono sanate colla comparizione del citato, senza pregiudizio dei diritti quesiti anteriormente alla comparizione, salvo il disposto dal capoverso dell'articolo 145.

Il contumace può nel giudizio di opposizione o di appello impugnare per nullità la citazione che precedette la sentenza contumaciale, ma deve farlo prima di ogni altra difesa, salvo la declinatoria del foro.

1. L'opponente che pretende alla nullità della sentenza contumaciale e degli atti che la precedevano, per difetto di valida citazione, deve dichiarare quali sono i vizi dell'atto che accusa di nullità, e non serve al precetto della legge coll'allegare soltanto in genere, essere nulla la citazione per difetto sostanziale occorso nell'atto relativo, e riservandosi di

specificare e dimostrare la nullità tosto che il suo contraddittore presenti l'originale della citazione.

L'opponente si costituisce attore e come tale deve soddisfare gli obblighi relativi: il convenuto non è obbligato a produrre la citazione invalidata dall'opponente, dacchè egli ha il suo titolo nella sentenza contumaciale, dopo la quale egli è in diritto di ricusare la chiestagli presentazione di un atto che è suo e non è comune tra le parti. — *Cass. Torino, 7 marzo 1866. De Benedetti—Pronzato. Mon. Trib., VII, 287.*

2. Se dopo una citazione non seguita da comparizione se ne fa un'altra, la comparizione del citato sana bensì i vizi eventuali di questa ulteriore citazione, ma non già quelli della citazione precedente, i quali il citato conserva il diritto di opporre. — *Cass. Torino, 5 aprile 1866. Ricca—Ditta Vinca. Mon. Trib., VII, 442. — Cass. Torino, 18 aprile 1872. Agazzi—Caranza. Mon. Trib., XIII, 525.*

3. Se l'atto d'appello fu fatto per comparsa da procuratore a procuratore, benchè notificato a mezzo d'uscieri, e tanto più se fu citato il procuratore e non la parte, la citazione è viziata di nullità non sanabile colla comparizione del procuratore dell'appellato, mancando uno degli estremi essenziali della citazione, cioè l'indicazione della persona citata.

Se la citazione è affetta di nullità per vizio nella sua essenza e non solo nella notificazione, la sanatoria che se ne fa colla comparizione è efficace solo col giorno in cui avviene, e quindi se prima di esso fosse decorso il termine d'appello, la parte citata à già acquisito diritto al passaggio in giudicato della sentenza. — *Appello Brescia, 8 agosto 1866. Brunelli—Ditta Glisenti. Mon. Trib., VII, 848.*

4. La comparizione del citato od appellato in giudizio, anche al solo effetto di costituire procuratore, basta a sanare le nullità di forma dell'atto di citazione, e così quella pure che derivasse dal difetto assoluto della indicazione del termine a comparire. — *Cass. Firenze, 25 febbraio 1867. Lapini—Strehl De Brizay. Annali, I, 193.*

5. L'articolo presente non toglie al citato comparso in giudizio d'appello di dedurre la nullità della citazione, quando per essa la sentenza appellata è passata in cosa giudicata. — *Appello Modena, 5 luglio 1867. Demanio—Municipio di Reggio d'Emilia. Annali, I, 415.*

6. Le nullità degli atti di citazione contemplati da quest'articolo riflettono unicamente le formalità dirette per ogni evenienza a raggiungere una presunzione legale che l'atto di citazione sia pervenuto al citato. — *Appello Milano, 2 aprile 1868. Cova ll. cc.—Parravicini. Mon. Trib., IX, 417.*

7. La parte che compare dietro citazione viziata di nullità, sana il vizio qualunque esso sia, quantunque dichiari di comparire al solo oggetto di dedurne la nullità.

Se la parte non sia comparsa, ed il tribunale abbia fatto luogo alla citazione, invece di dichiararla nulla d'ufficio, può essa provocare siffatta dichiarazione in via di opposizione o di appello. — *Appello Lucca, 30 novembre 1868. Marioni—Marioni. Annali, II, 342.*

8. La nullità della citazione per assegnamento di un termine minore del legale, è anch'essa di regola sanata colla comparizione del citato. — *Appello Firenze, 20 marzo 1869. Salle—Mochi. Annali, III, 92. — Appello Milano, 16 marzo 1872. Ceretti—Badini. Mon. Trib., XIII, 410.*

9. Non rimangono sanate colla comparizione le nullità di citazione che ne riguardano l'essenza. — *Appello Messina, 17 settembre 1870. Cardile—Cugliandolo. Annali, IV, 585.*

10. Scaduto il termine utile per appellare, l'appellato ha il diritto

acquisito di prevalersi della incorsa nullità e di far dichiarare passata in giudicato a suo riguardo la sentenza impugnata, senza che la sua comparizione in giudizio valga a sanare la nullità.

L'aver acconsentito o fatto istanza insieme alle altre parti pel rinvio della causa, lascia intatto il diritto di domandare la decadenza o la nullità dell'appello.

L'eccezione di decadenza o di nullità dell'appello, non si deve proporre per incidente, ma giusta le regole ordinarie della procedura, e così col rito formale o sommario, secondo l'indole del procedimento da seguirsi. — *Appello Bologna*, 19 settembre 1871. *Società del gaz—Bozzoli* *ll. cc. Bettini*, XXIII, 703.

11. La comparizione del citato in appello sana la nullità diversamente incorsa dal citante per l'assegno a comparire d'un termine minore del legale.

Un difetto che può per legge sanarsi non si può dire un diritto acquisito nei sensi di questo articolo. — *Appello Venezia*, 22 gennaio 1872. *Mon. Giud.*, I, n. 21.

In senso conforme: *Appello Milano*, 16 marzo 1872. *Mon. Trib.*, 13, n. 18; che precisamente stabilì in genere che « colla comparizione del citato resta sanata la nullità di citazione ».

12. La comparizione del convenuto sana la nullità della citazione per mancanza di termine assegnatogli. — *Cass. Napoli*, 6 aprile 1872. *Indice*, I, n. 2.

13. La comparizione dell'appellato sana la nullità della citazione derivante dall'assegno di un termine minore di quello stabilito dalla legge, nel solo caso in cui non sia già trascorso il termine utile per la citazione.

Detta nullità non è prescritto venga opposta nella prima comparso; nè può trovarsi una rinuncia alla medesima nell'aver l'appellato colla comparso di notifica della sua costituzione in giudizio fatta espressa riserva di rispondere in merito. — *Cass. Torino*, 5 dicembre 1872. *Finanze—Comune di Reggio. Bettini*, XXIV, 734.

14. Se colla nullità della citazione d'appello sia acquisito alla parte appellata il diritto alla cosa giudicata, non può invocarsi la parte di questo articolo in cui si dichiara che la comparso del citato ha sanato la nullità. — *Cass. Firenze*, 12 maggio 1873. *Tauti ll. cc.—Ciantelli. Annali*, VII, 343. — *Cass. Firenze*, 4 luglio 1872. *Solinas Apostoli—Guerrazzi. Annali*, VI, 1.

15. L'appellato il quale comparisce, qualunque sia la causa della sua comparizione e deduca ragioni di merito, o meri vizi di citazione, riconosce sempre e necessariamente di essere stato citato, e perde per questo motivo il diritto di dedurre la nullità.

Ecco il motivato:

Considerando che Giovanni Borsatti appellò da una sentenza del pretore di Padova, e citò l'avv. Storni, come procuratore e mandataro di Antonio Lazzaro appellato.

Considerando che il tribunale civile di quella città dichiarò nulla la citazione, perchè non esprime il nome e cognome della persona cui doveva esser fatta, siccome prescrivono li articoli 135 e 145 del codice di proc. civ., e decise di non avere avuto virtù di sanare la nullità la comparizione dell'avv. Storni, perchè non ebbe altro scopo che di dedurre quel vizio.

Considerando che, siccome dopo la sentenza del pretore, era cessata nell'avv. Storni la rappresentanza del Lazzaro, così la indicazione del nome di lui in quella qualità non può equivalere all'indicazione di quello

del già citato cliente, e bene a ragione il tribunale civile dichiarò nulla per questo motivo la citazione. Però la nullità potè rimanere sanata in ordine all'art. 190 del codice di proc. civ. dalla comparizione del Lazzaro per mezzo dello stesso avvocato; e il tribunale violò quell'articolo giudicando la inefficacia per la suddetta ragione a produrre quell'effetto; imperocchè l'appellato il quale comparisce, qualunque sia la causa della sua comparizione, e deduca ragioni di merito, riconosce sempre e necessariamente di essere citato e perde per questo motivo il diritto di dedurre la nullità. — *Cass. Firenze, 1 dicembre 1873. Borsatti—Lazzaro. Gior. dei Trib.*, III, n. 9.

16. Quando la copia notificata della citazione d'appello manchi di data e l'appellato comparso non faccia cenno di notificazione avvenuta dopo decorso il termine per appellare, il vizio in questo caso si presume derivare soltanto da omissione dell'uscieri, e la nullità deve ritenersi sanata dalla comparizione dell'appellato.

Ove poi l'appellato comparso deduca dalla mancanza di data nella copia, che la notificazione seguì dopo il termine, in tal caso la nullità non è sanabile per la comparso. — *Cass. Torino, 14 gennaio 1874. Sinula—Bruno. Bettini*, XXVI, 227.

17. La nullità della citazione per difetto di termine rimane sanata, quando non ci sono diritti acquisiti, colla comparizione della parte citata. — *Appello Venezia, 8 giugno 1875. Rocher—Hofer. Mon. Giud.*, IV, 388.

18. Vedi art. 145, sent. n. 4, 23, 28, 30, 33, 37 e art. 147, sent. n. 3.

1. Quali nullità della citazione sono sanate dalla comparizione del citato?

È logico che le nullità le quali riflettono le formalità dirette a raggiungere la presunzione legale che la citazione sia stata intimata al convenuto, sieno sanate dalla comparizione in giudizio del convenuto medesimo, poichè è raggiunto lo scopo che il legislatore si prefiggeva coll'imporre la osservanza di dette formalità. La presenza del citato fa fede che non ostante la trasgressione delle forme di legge, pure l'atto di citazione è pervenuto in sue mani e ciò deve bastare perchè si sorpassi a qualsiasi nullità. Vi possono però essere delle nullità di citazione che interessino la sostanza del giudizio, quali la persona e qualità dell'attore, l'oggetto della lite, l'enunciazione dei mezzi sui quali si fonda l'azione.

Ora se è un assurdo il comparire per opporre una nullità che riguarda l'intimazione della citazione, non vi è nulla di contrario all'ordine naturale delle idee nel presentarsi in giudizio per chiedere la nullità d'una citazione che non contenga qualcuno dei requisiti e delle formalità che si riferiscono alla sostanza del giudizio, poichè, come osserva il Boncenne (*l. 1, p. 164*), si tratta in questo caso della soppressione del diritto di difesa e delle sue più sacre garanzie: mi si chiama davanti al giudice e si chiede la mia condanna senza ch'io sappia ad istanza di chi, per quali ragioni e su quale oggetto.

Questa distinzione, che anche l'illustre Borsari (*Comm.*, I, p. 287) ritiene naturale e giusta, non può tuttavia assolutamente introdursi fra noi, nè conciliarsi colla generale espressione dell'articolo presente, e tanto meno coi motivi che della disposizione in esso contenuta trovansi nella relazione che accompagnava il progetto e nei verbali della Commissione.

Ecco che cosa dice la relazione Pisanelli:

« Scopo primario della citazione è che il convenuto abbia conoscenza della domanda proposta dall'attore e del giorno o termine fissato per comparire. Le formalità al riguardo stabilite sono dirette a raggiungere una presunzione legale che l'atto di citazione pervenga al convenuto, ond'egli non comparendo in giudizio possa essere dichiarato contumace.

« Ma quando il convenuto compare, più non è il caso di ricorrere a presunzioni all'oggetto di stabilire che la domanda sia pervenuta a sua notizia; ogni sua eccezione in contrario, desunta da che l'atto non gli fu intimato, rimane distrutta dal fatto di presentarsi in giudizio a seguito di esso.

Se le forme devono essere la guarentigia dei diritti delle parti, esse non devono però servire di stromento a cavillosi pretesti; e come pretesto deve ritenersi la difesa del convenuto che oppone non essersi regolarmente eseguita la citazione, mentrechè colla sua stessa comparizione dimostra che il fine di quella fu raggiunto.

« Però scopo della citazione non è soltanto d'intimare al convenuto che si presenti in giudizio; essa ha inoltre quello di fargli conoscere l'oggetto della domanda affinché possa preparare le sue difese. Quando nell'atto di citazione si fossero commesse tali irregolarità da rendere incerto il convenuto sull'oggetto della domanda, nacque il dubbio se egli comparendo potesse preliminarmente opporre la nullità della citazione per essere assolto dalla osservanza del giudizio.

« Prevalse l'opinione negativa. Il convenuto potrà chiedere gli schiarimenti necessari a precisare l'oggetto della domanda, protestando di non essere tenuto a difendersi nel merito finchè l'oggetto stesso non sia meglio indicato. Mentre viene per tal modo raggiunto lo scopo della citazione, si evitano le spese e i ritardi inevitabili quando fosse necessaria una nuova citazione ».

Nella seduta del 16 maggio 1865 della Commissione speciale sul codice di procedura civile, fu messo in discussione l'art. 190 del progetto e nel verbale della seduta si legge: « Il cav. Gerra osserva che il motivo per cui al convenuto, che comparisce in seguito a citazione nulla, è interdetto di eccepirne la nullità, se potrebbe aversi per fondato nei casi in cui il vizio della citazione consistesse nella data, nell'indicazione di nomi ed in altre tali cose; non lo potrebbe più essere quando i vizi consistessero nell'ommissione o nell'incertezza dell'oggetto della domanda, o in altro che tenesse alle istanze della citazione ed alle giuste esigenze della difesa.

« Un altro commissario osserva, che in questi casi egualmente manca affatto l'interesse al convenuto di fare quell'eccezione e di ottenerne risolta la questione, mancanza di interesse appunto per la quale, giusta le norme generali da questo codice sancite, è al convenuto vietato di proporre cotale domanda di nullità; soggiunge del resto, che perniciosissimo in pratica sarebbe il sistema del proponente perchè aprirebbe largo campo ai debitori di mala fede di fare consimili giudizi, all'unico scopo di protrarre l'adempimento delle loro obbligazioni siccome se n'ebbero infiniti esempi durante l'osservanza del codice di procedura civile del 1854; inconvenienti questi per cui si credeva assoluta necessità di cangiare sistema nel successivo codice del 1859.

« Insiste il proponente a sostenere la sua tesi, e ad esso si aggiunge un altro commissario proponendo però una modificazione, cioè che sia concessa al convenuto, che compare in seguito a citazione nulla, la facoltà di opporne la nullità allorchè questa dipenda da forme intrinseche, vale a dire riguardanti la sostanza dell'atto; e solo gli sia vietato, quando la nullità deriva da mere formalità estrinseche, essendo giusto che in tal caso, per la comparizione del citato, si abbia a ritenere sanata la nullità.

« La proposta è accettata dalla Commissione, e sull'invito del presidente il proponente si riserva di presentare nella prossima seduta una formula della proposta stessa nel senso sovra spiegato ».

Nella seduta del 17 maggio fu ripresa la discussione intorno a questo argomento ed il commissario che aveva fatto la proposta suaccennata presentò la seguente formula di redazione dell'art. 190:

« Le nullità degli atti di citazione per difetto delle formalità dirette alla certezza della notificazione e della persona da citarsi, sono sanate dalla comparizione del citato.

« Il contumace può, nel giudizio di opposizione o di appello, impugnare di nullità, per qualunque causa, la citazione che precedette la sentenza contumaciale, ecc. ».

Un commissario avvertì, che come la citazione nulla non interrompe la prescrizione, qualunque sia la cagione della nullità, così quanto è necessario disporre che le nullità della citazione possano essere eccepite dalla parte interessata all'udienza, altrettanto è difficile distinguere da nullità a nullità. Ond'egli se fosse stato presente alla discussione di ieri, avrebbe so-

stenuto che tutte le nullità potrebbero essere opposte dalla parte, ancorchè comparsa, prima però d'ogni altra eccezione o difesa, salva la declinatoria del foro. Ed in tale proposito presentò una nota per la sotto-commissione.

In seguito a ciò la commissione rimise alla sotto-commissione la proposta per tenerne conto nella redazione definitiva dell'art. 190, *secondo la massima già votata*.

Sembra però che la sotto-commissione non abbia tenuto alcun conto della deliberazione della commissione, poichè l'art. 190 del codice, lungi dal contenere la distinzione approvata dalla commissione è pienamente conforme al corrispondente articolo del progetto Pisanelli che, per le ragioni addotte dallo stesso ministro nella relazione succitata, parifica tutte le nullità di citazione riguardo agli effetti della comparizione.

Come è ciò avvenuto? Perchè la sotto-commissione si è dipartita dal mandato che aveva ricevuto dalla commissione di redigere l'articolo *secondo la massima già votata*? Si ignora affatto, perchè i verbali della sotto-commissione, non furono, per quanto io mi sappia, pubblicati e nessuna informazione può trarsi dal verbale della seduta della commissione (15-giugno) nella quale furono discusse e votate le proposte definitive della sotto-commissione.

Si legge infatti nel verbale di detta seduta: « Il relatore ricorda come la sotto-commissione, a raggiungere lo scopo a cui mirava l'affidatole incarico, dovette attendere a due distinti lavori, l'uno cioè di coordinazione dei singoli articoli del progetto colle deliberazioni state prese dalla commissione, e l'altro di redazione, onde ne riescissero le disposizioni espresse con discorso più italiano e ad un tempo più conciso; osserva però che riguardo al primo compito *occorsero alcune modificazioni ai concetti dalla commissione manifestati*, e ciò in seguito ad alcune variazioni dal ministro guardasigilli introdotte, e passa quindi ad accennare le più essenziali di queste modificazioni, dando lettura dei relativi articoli.

« Udata codesta relazione la commissione approva il lavoro della sotto-commissione ».

Dobbiamo ritenere che tra gli articoli modificati siavi stato anche il presente, tuttavia sarebbe sommamente utile di conoscere quali siano stati i motivi che fecero allontanare la Commissione dal concetto che prima aveva approvato.

Fatto è però che l'articolo del codice è pienamente conforme a quello del progetto. Perciò, di fronte alle chiare parole della relazione Pisanelli, che io o di già riferite, le quali rendono ragione della disposizione di legge, non può essere dubbio che la comparizione del citato sana le nullità della citazione di qualunque natura esse siano. (*Confermi*: Borsari, *Comm.* I, p. 287; Saredo *Istit.*, n. 376).

Si oppone da taluni a codesta conclusione il disposto dall'art. 192. Si dice cioè che questo articolo prescrivendo che *per la dichiarazione di nullità degli atti le parti si provvedano nel modo stabilito per gli incidenti*, viene implicitamente ad ammettere che si possa comparire al solo scopo di opporre la nullità di citazione.

Tale osservazione però non regge poichè la disposizione dell'art. 192, oltre a riferirsi anche alle nullità degli atti di procedura posteriori alla citazione, delle quali si occupa l'art. 191, trova applicazione eziandio, nel caso in cui il convenuto intenda di far giudicare la nullità della citazione per avere impregiudicati i diritti quesiti prima della sua comparizione.

2. Quali sono i diritti quesiti accennati da questo articolo?

Il legislatore, prescrivendo che il convenuto il quale comparisca non possa più allegare le nullità della citazione, non ha però inteso che la citazione stessa avesse il suo pieno effetto giuridico fino dal giorno in cui venne notificata. Tutt'altro: è dal momento della comparizione del citato e per causa di questa comparizione che la citazione acquista forza, diviene valida, perciò tutti i diritti che si fossero maturati a pro' del convenuto, avanti la sua costituzione in giudizio sono salvi per lui non ostante egli sia comparso. La citazione esiste bensì come primo atto della causa, ma (salvo quanto dispone il capoverso dell'art. 145), è inefficace a sospendere l'acquisto di quei diritti, che, se fosse stata valida fin da principio, avrebbe potuto rendere vani.

Così se tra la notificazione della citazione e la comparizione del convenuto si sia compiuta la prescrizione dell'azione, la sentenza del primo giudice sia divenuta cosa giudicata, il convenuto può comparire a dedurre il diritto da lui quesito alla prescrizione ed alla cosa giudicata, in causa della nullità che accampa. — Borsari, *Comm.*, I, p. 288 - Saredo, *Istit.*, n. 378 - Gargiulo, *Comm.*, p. 513 - Redaz. *Annali*, I, parte 2, p. 415 - Maierini, *Archivio Giuridico*, IX, p. 81.

Secondo Saredo inoltre la citazione nulla benchè sanata colla comparizione del citato, non produce alcuno degli effetti giuridici che derivano dalla domanda giudiziale secondo le molteplici disposizioni di legge e così soltanto dal dì della comparizione decorrono gli interessi e i frutti, e da questo giorno comincia la responsabilità del detentore della cosa altrui che à cessato di averla nelle sue mani.

L'illustre Pescatore vorrebbe però che la comparizione del citato sanasse oltrechè l'effetto *processuale* della citazione, anche l'effetto *conservatorio* dell'azione; è anzi d'avviso che l'effetto conservatorio dell'azione dovrebbe concedersi alla citazione imperfetta anche quando, non convalidata dal fatto, non possa conseguire l'effetto processuale, per la stessa ragione che la citazione prodotta davanti a giudice incompetente è pure efficace ad interrompere la prescrizione (*Spos. Compend.*, I, p. 187 seg).

Il richiamo alla disposizione del capoverso dell'art. 145, non potendo avere relazione col primo inciso dell'articolo presente, si riferisce ai diritti quesiti anteriormente alla citazione che si pretende nulla, ed arreca perciò una limitazione alla impregiudicabilità dei diritti medesimi, ove la nullità della citazione debba attribuirsi all'uscire per un vizio nella notificazione dell'atto. Però la comparizione del convenuto rendendo inutile la seconda citazione, è d'uopo ritenere che se la citazione è affetta di nullità per vizio nella notificazione, la sanatoria che se ne fa è completa ed impedisce eziandio l'acquisto di quei diritti che si fossero maturati a favore del convenuto dalla data della citazione al giorno della sua comparizione. [Vedi sent. n. 2 e 16, e Borsari, *Comm.*, I, p. 288].

191. Le nullità degli atti di procedura posteriori alla citazione sono sanate, se non siano proposte specificatamente nella comparsa successiva all'atto che si vuole impugnare.

1. Si ritiene che l'appellato abbia rinunciato a dedurre la nullità della citazione perchè notificata al domicilio del procuratore invece che al domicilio eletto, quando egli non l'abbia dedotta prima della conclusionale. — *Appello Napoli*, 29 agosto 1866. *Vanditelli—Coletti. Annali*, I, 124.

2. L'obbligo di dedurre le nullità nel primo atto successivo riguarda quelle che cadono negli atti posti in essere dalle parti, non negli atti fatti dal tribunale. — *Cass. Firenze*, 23 dicembre 1867. *Faldi—Viviani della Robbia. Annali*, I, 391.

3. La prima comparsa, nella quale si deve impugnare la nullità della citazione d'appello, è quella che contiene le prime deliberazioni; non è tale quella che contiene semplicemente la costituzione di procuratore, nè impedisce quindi che la nullità si opponga nella prima comparsa successiva contenente deliberazioni. — *Appello Casale*, 19 luglio 1869. *Thea—Satragini. Bettini*, XXI, 483.

4. Chi vuol impugnare di nullità la maggior parte degli atti del procedimento di primo grado deve farlo nell'atto d'appello. — *Cass. Napoli*, 24 maggio 1873. *Lauro—Caliendo. Gior. dei Trib.*, II, n. 246.

1. *Atti di procedura* sono gli atti e i fatti delle parti onde si svolge la tela processuale dalla citazione introduttiva alla sentenza finale. I decreti,

le ordinanze, le decisioni, i fatti insomma del giudice non si considerano atti di procedura per l'effetto di questa legge. — Borsari, *Comm.* I, p. 290.

2. Secondo Carré (*quest.*, 740), gli atti pei quali viene sanata una nullità sono tutti quelli che hanno per iscopo di opporre un'altra eccezione o che si riferiscono direttamente o indirettamente alla difesa in merito, quantunque siasi indefinitamente, in modi vaghi e generali, fatta riserva di ogni e qualsiasi nullità. (*Corte di Parigi*, 19 agosto 1808, Sirey, t. 9, p. 11; *Corte di Rennes*, 31 luglio 1810 e 8 gennaio 1812).

Così opina anche Boncenne. Le nullità, egli dice, di una citazione o di un atto di procedura sono sanate da tutto ciò che può far presumere la rinuncia di colui che avrebbe avuto il diritto di prevalersene. Il primo passo fatto per entrare nel merito della causa non gli permette più di ritornare indietro (t. 2, p. 85, ed. Bruxelles, 1840). È pure d'accordo il Gargiulo, *Comm.* p. 514.

3. La nullità degli atti di procedura è sanata quando propongasi nella difesa, nell'atto d'opposizione o d'appello, senza chiederla *per conclusione* negli atti stessi; mentre le conclusioni e non i motivi formano e determinano le domande delle parti. — Gargiulo, *Comm.*, p. 515.

192. Per la dichiarazione di nullità degli atti le parti si provvedono nel modo stabilito per gli incidenti. Art. 145 seg., 181 seg.
c. p. c.

Quando la parte, che avrebbe diritto di opporre la nullità, sia contumace, la nullità deve essere pronunciata d'ufficio.

1. La dichiarazione di nullità di un appello per essere stato proposto fuori di termine, risolvendosi essenzialmente in una vera dichiarazione di decadenza d'appello, non può domandarsi colle forme del procedimento sommario, ove, per non aver essa alcuna attinenza colla istruzione della causa principale portata in appello, non possa neppure considerarsi sotto l'aspetto d'un'azione incidentale. — *Appello Milano*, 26 febbraio 1867. Pozzi e Brusati—*Magnaghi. Mon. Trib.*, VIII, 321.

2. La nullità della citazione in via d'incidente non può opporsi nel giudizio incidentale medesimo, ma bensì mediante proposizione d'altro apposito incidente. — *Appello Milano*, 16 dicembre 1869. Clerici e Colombani—*Lodigiani. Giurisprudenza*, VII, 107.

3. La parte che vuol far dichiarare la nullità di atti di procedura può provvedersi nel modo stabilito per gli incidenti e può anche differirne la dichiarazione alla sentenza di merito, ammenochè si tratti di nullità, le quali, sussistendo, impedirebbero il corso ulteriore del processo. — *Appello Brescia*, 12 luglio 1871. Pezzoli—*Olivari. Mon. Trib.*, XII, 990.

SEZIONE III.

Della garanzia e dell'intervento.

§ I.

Della garanzia.

193. Chi vuol chiamare un terzo in garanzia deve proporre domanda nel termine stabilito per rispondere.

Art. 100, 164 c. p. c.
1035, 1486 seg., 1552, 170
ecc. c. c.

Nel caso di più convenuti in garanzia si osserva la disposizione dell'articolo 151.

1. La domanda di chiamare un terzo in garanzia non è un'eccezione pregiudiziale, essa è bensì un'istanza formale che la legge accorda a qualunque sia convenuto in giudizio. Questa domanda non esige preventive giustificazioni e nemmeno l'indicazione del nome della persona che si vuol chiamare in garanzia. — *Cass. Torino, 1 luglio 1868. Baucovich—De Castro. Annali, II, 343.*

2. Il termine per rispondere essendo diverso dal termine a comparire, nei procedimenti sommari la domanda in garanzia è bene proposta innanzi che succeda lo scambio delle comparse conclusionali alla udienza. — *Appello Napoli, 9 aprile 1869.*

3. La chiamata in garanzia non può proporsi altrimenti che con atto di citazione, non trovando applicazione la prima parte dell'art. 199 che al caso di questioni sollevate nella causa principale dall'attore avente diritto a formare opposizione alla chiamata in garanzia, e di quelle che il terzo chiamato reputasse pregiudiziali al merito dell'azione in garanzia.

La causa in garanzia non è una controversia incidentale della causa principale cui si riferisce. Il terzo chiamato in garanzia semplice non può riguardarsi quale altro convenuto e parte in causa. Tra lui e l'attore non può aver luogo pronuncia, sibbene soltanto e rispettivamente tra l'attore ed il convenuto, e tra questi e il chiamato in garanzia.

Invece l'interveniente volontario o coatto è parte in causa e quindi ha diritto di proporre specifiche conclusioni nel merito della stessa, con effetto che il giudizio viene definito con pronuncia anche nei personali di lui riguardi.

L'interveniente non è tenuto a promuovere incidente per l'ammissione del di lui intervento; è alle parti contrarie ed oppponenti che tocca di proporre e far giudicare alla forma degli incidenti le questioni relative allo intervento medesimo. — *Appello Milano, 31 gennaio 1871. Fiers—Parodi. Mon. Trib., XII, 278.*

4. Il termine per rispondere nei giudizi formali non si può ritenere per decorso sino a tanto che la causa non è iscritta a ruolo di spedizione. — *Appello Torino, 27 aprile 1873. Berrone e Berliri—Ravera ll. cc. Bettini, XXVI, 538.*

5. La domanda in garanzia va proposta con atto di citazione. Le sole questioni relative alla domanda di garanzia vanno trattate colla forma degli incidenti, siccome ad essa accessorie.

La domanda in garanzia si notifica al convenuto, dopo costituitosi in giudizio, al garante ed all'attore. Se il preteso garante non compare o risponde sul merito della chiamata, si procede assieme colla causa principale, rimasta in sospenso fino alla decorrenza del termine di chiamata in garanzia.

Se egli però oppone eccezioni bensì di merito, ma che prolungano la decisione nella stessa, essendo la causa principale matura, va questa decisa prima. Gli altri motivi di eccezione, come intempestività, incompetenza o vizi di forma, si propongono e si risolvono nella forma degli incidenti, come può fare anche l'attore, opponendosi all'intervento nella causa principale del chiamato in garanzia.

La sentenza che dà seguito al rito per incidente, iniziato dal convenuto in causa principale e non opposto dal chiamato in garanzia, deve annullarsi d'ufficio. — *Appello Venezia, 30 aprile 1873. Biasoni e Panigai—Branzi. Mon. Trib., XIV, 1077.*

6. È nulla la chiamata in garanzia proposta mediante semplice comparsa, con cui si cita il preteso garante, non per anco costituito, a comparire col rito degli incidenti innanzi al presidente. — *Appello Venezia, 26 dicembre 1873. Comune di Verona—Erario militare, Gior. dei Trib., III, p. 52.*

7. Se nel corso del giudizio, colui che formava parte dello stesso è stato messo fuori causa per effetto di transazione (elevandosi in seguito una novella domanda incidentale relativa al medesimo giudizio), può il convenuto principale chiamare in garanzia l'individuo che è stato posto fuori lite, sull'appoggio che la *necessitas defendendi* è indivisibile. — *Appello Napoli, 13 giugno 1874. Di Riseis—Danise e Dini. Gior. dei Trib., III, n. 238.*

1. Ad illustrazione di tutto il paragrafo che tratta « della garanzia » per non toglierle pregio interrompendola, riporto qui per intero la parte della relazione Pisanelli che al medesimo si riferisce e ce ne dà un commento inudabilmente autorevole:

« Parlando della competenza, dice la relazione, fu accennato che la chiamata in garanzia può verificarsi tanto in materia personale, quanto in materia reale, onde la distinzione, nel linguaggio forense, tra garanzia *semplice* e garanzia *formale*.

« È noto che l'importanza dell'accennata distinzione consiste in ciò, che nel caso di garanzia semplice, il convenuto, essendo personalmente obbligato verso l'attore, non può esser posto fuori di causa; mentre nel caso di garanzia formale, l'attore non ha generalmente un interesse opposto a che il garantito sia messo fuori di causa.

« Però se la domanda in garanzia non viene proposta e notificata all'attore nel termine stabilito al convenuto per rispondere, essa non potrà in alcun caso sospendere il corso della causa principale; la negligenza del convenuto non deve ricadere a danno dell'attore, il quale è sempre interessato alla pronta definizione della controversia. Ma quando sia proposta la declinatoria del foro, il suddetto termine non decorre finchè non sia risolta la questione di competenza: è prematura la chiamata del garante ad intervenire nel giudizio, quando il convenuto chiede l'assolutoria dalla osservanza del giudizio medesimo.

« Quantunque la domanda in garanzia venga proposta e notificata nel ridetto termine, se la medesima non trovasi in istato di essere giudicata contemporaneamente alla domanda principale, non potrà tuttavia ritardare la decisione di questa. L'equità si oppone a che il convenuto, con una domanda in garanzia, fortemente contrastata, e proposta forse di collusione col terzo, possa ritardare l'esame e la ricognizione del diritto dell'attore.

« Quanto agli effetti della domanda in garanzia in materia personale non occorre disposizioni speciali. Così il fideiussore che ha citato il debitore principale ad intervenire nel giudizio, sebbene questo sia obbligato ad intervenire se non vuol rendersi contumace, non ha però diritto di essere assoluto dalla domanda contro lui proposta dal creditore. Provato il credito per cui egli si rese fideiussore, la garanzia assunta dal debitore principale non può impedire che lo stesso venga condannato al pagamento; è questa una conseguenza giuridica della data fideiussione, a norma dei principii sanzionati dal codice civile. Il vantaggio che ridonda al fideiussore dalla proposta domanda in garanzia consiste in ciò che colla stessa sentenza bihe condanna il fideiussore verso il creditore, sarà altresì condannato il decreto principale verso il fideiussore medesimo.

« Quando poi la domanda anzidetta non sia ancora in istato d'essere decisa, il fideiussore non sarà obbligato a promuovere un giudizio distinto contro il suo garante, ma in prosecuzione del giudizio contro lui istruito dal creditore potrà ottenere la condanna del debitore principale. Tale è la conseguenza di quella disposizione del progetto e per cui nel titolo della competenza è stabilito che in materia di garanzia sarà competente l'autorità giudiziaria davanti cui fu promossa la causa principale.

« Riguardo agli effetti della domanda di garanzia in materia reale, la dottrina distingue fra varie ipotesi.

« Il garante chiamato in giudizio si rende contumace o vi interviene, ma senza assumere la difesa della causa principale. In tale ipotesi è palese

che la causa principale continuerà a dibattersi fra l'attore ed il convenuto originario; ma se questi rimane soccombente egli otterrà nello stesso giudizio la condanna del garante all'adempimento delle sue obbligazioni.

« Se poi il garante intervenendo nel giudizio dichiara di assumere la difesa della causa principale, spetta allora al convenuto il diritto di essere posto fuori di causa. Ove il convenuto abbia fatto valere questo suo diritto, egli resterà estraneo a tutti gli atti del procedimento e così alla discussione della causa; nel caso contrario, egli rimarrà in causa onde far valere unitamente al garante le sue difese contro la domanda dell'attore.

« Ma ancorchè posto fuori causa, il convenuto avrà diritto di assistere alla medesima, e l'attore potrà domandare ch'egli vi resti.

« Il convenuto infatti ha interesse di assistere al giudizio, quantunque non prenda una parte diretta alla discussione della causa principale. Può accadere che il garante, per negligenza o per collusione, non adempia debitamente al suo ufficio di difensore; quando il convenuto non avesse mantenuto un rappresentante nel giudizio e fosse così diventato affatto estraneo al procedimento, egli più difficilmente potrebbe conoscere il contegno tenuto dal garante, e non potrebbe rientrarvi qual parte principale che nelle forme stabilite per l'intervento di un terzo nel giudizio vertente fra altri.

« Prestando invece la sua assistenza al proseguimento della causa, quantunque non vi sostenga un contraddittorio attivo sulla domanda principale, egli potrà per mezzo del suo rappresentante, allorchè crederà compromessi i suoi interessi, rientrare nella relativa discussione con una semplice dichiarazione notificata alle altre parti.

« Inoltre, se il convenuto diventasse assolutamente estraneo al giudizio, egli non potrebbe ottenere nel medesimo la condanna del garante al risarcimento dei danni, quando la domanda dell'attore venisse accolta dalla sentenza, ma dovrebbe al detto fine promuovere un altro giudizio; mentre prestando a quello la sua assistenza, potrà contemporaneamente o successivamente alla decisione della causa principale, far valere in esso le sue ragioni contro il garante medesimo.

« L'attore può a sua volta avere interesse a che il convenuto resti in causa per l'adempimento delle obbligazioni che sono a lui personali. Ove il convenuto, ad esempio, sia un possessore di mala fede, l'attore ha il diritto di chiedergli la restituzione dei frutti, il risarcimento dei danni cagionati alla cosa che forma l'oggetto della rivendicazione.

« Continuando l'ipotesi in cui la garanzia sia stata assunta dal terzo nelle azioni reali, il progetto dichiara che la sentenza proferita contro il garante sarà anche esecutiva contro il garantito. Questi, ritirandosi dalla causa principale, dove il garante venne a rappresentarlo, si è col fatto proprio sottoposto alle conseguenze della condanna pronunziata contro lo stesso garante. Ma, a differenza del codice francese e degli altri codici che lo imitarono, il progetto stabilisce che all'accennato effetto la sentenza dovrà essere notificata sì al garante che al garantito ».

« Non poteva esser dubbio che la sentenza dovesse notificarsi al garantito, poichè trovandosi egli nel possesso della cosa rivendicata, e sulla quale compete all'attore il diritto riconosciuto dalla sentenza, è palese che l'esecuzione effettiva di questa deve aver luogo contro il medesimo. Però importa altresì che la detta sentenza sia notificata al garante, onde possa apprezzarne le giuridiche conseguenze, e provvedere al proprio interesse nei rapporti tanto dell'attore, quanto del garantito.

« Riguardo poi alle spese giudiziali e ai danni, gli atti esecutivi non possono essere promossi che contro il garante, imperocchè il garantito non deve andar soggetto nè alle spese di un giudizio che non ha sostenuto, o che non era obbligato a sostenere, nè al risarcimento dei danni a lui non imputabili ». — *Relazione Pisanelli, p. 101-105.*

2. Quando deve essere proposta la domanda in garanzia? *Nel termine per rispondere*, dice la legge, nel termine cioè stabilito dall'art. 164 per notificare la comparsa di risposta, che è di 15 giorni dalla scadenza del termine fissato in citazione per comparire in giudizio.

Erra adunque l'egregio cons. Borsari, quando nel commento a questo

articolo (contrariamente a quanto scrive nel suo *Formulario* a pag. 66), dice che il termine a rispondere è quello *assegnato nella citazione*, e con lui erra pure il Saredo (*Istit.*, n. 363). Il termine a rispondere è ben diverso da quello a comparire.

Notisi che nell'art. 254 dell'ultimo Codice sardo, in luogo della locuzione *nel termine stabilito per rispondere*, usavasi l'altra che non può non corrispondervi: *nel termine che gli* (al convenuto) *decorre per deliberare in merito*, e nell'art. 171 del Codice francese è detto invece: *negli otto giorni dalla domanda originaria*, ovvero, (Boncenne, t. 2, p. 111) negli otto giorni da quello in cui scade il termine di citazione.

Potendo la domanda di garanzia esser proposta anche dall'attore, va da sè che in tal caso questi deve proporla nel termine per replicare (Borsari, *Comm.*, I, p. 291).

Nelle cause sommarie l'istanza per la chiamata in garanzia può essere formulata fino alla comunicazione delle comparse conclusionali, cioè fino dopo compiuta dal giudice o dalle parti la relazione della causa.

(Conformi: Gargiulo, *Comm.*, p. 510 - Ricci, *Dei giudizi pendenti in rapporto ai terzi*. (*Giurisprudenza italiana*, XXVI, parte IV, col. 27).

3. Può la domanda in garanzia dedursi per la prima volta in sede di appello?

Rispondono negativamente la maggior parte degli scrittori francesi; e così: Carré (*quest.*, 773); Chauveau in Carré (*quest.*, 771 bis); Favard (t. 2, p. 466); Thomine (n. 216); Boncenne (t. 2, p. 27); Pigeau (*Comm.*, t. 1, p. 405); Lepage (p. 168); Merlin (*Rép. voc. Garantie*, § 10, n. 2).

Tra noi la dottrina affermativa è validamente sostenuta da Pescatore (*Spos. Comp.*, I, p. 239) e da Borsari (art. 195 *quest. e*); mentre la negativa è pure vigorosamente propugnata da Saredo (*Istit. n.*, 389), Gargiulo (*Comm.*, p. 520) e Ricci (*Giurisprudenza italiana*, vol. XXVI, parte IV, col. 27).

L'argomento principale addotto da Pescatore e da Borsari a sostegno della loro teoria è desunto dall'art. 1497 Codice civile. « La garanzia per causa di evizione cessa, dice questo articolo, quando il compratore si è lasciato condannare con una sentenza passata in giudicato, senza chiamare in giudizio il venditore, se questi prova che vi erano sufficienti motivi per far respingere la domanda ».

Se adunque, soggiunge il Borsari, la difesa del garante è possibile in grado d'appello deve necessariamente ammettersi come proponibile la domanda di garanzia in secondo stadio di giudizio.

Un secondo argomento a suo favore trae il Borsari dall'epigrafe del capo I, tit. IV, lib. I, nel quale trovasi la sezione « della garanzia », poichè in questo capo si contengono in genere le norme non solo pei giudizi di prima istanza, ma eziandio per quelli d'appello.

In terzo luogo si osserva non potersi obbiettare che l'intervento d'un terzo sia una domanda nuova e quindi inammissibile in appello, poichè in dati casi l'intervento del terzo è pure concesso dalla legge. E finalmente si dice che non sarebbe nemmeno vera domanda nuova la domanda di garanzia, poichè il terzo dovrebbe accettare la causa come fu istruita in prima istanza senza poter proporre nuove domande, e più specialmente poi per la ragione che la domanda in garanzia non è che una domanda accessoria e come tale non ha da godere del doppio grado di giurisdizione, al quale solo possono aspirare le domande principali.

A questi argomenti gli avversari, tra i quali io decisamente mi schiero, contrappongono i seguenti:

La chiamata in garanzia include indubbiamente una domanda nuova ed è un errore il considerarla come una questione accessoria alla causa che le ha dato origine. Convien infatti distinguere i rapporti che intercedono fra i due litiganti originari e quelli che corrono fra il garante ed il garantito.

Riguardo alle parti già in causa la chiamata in garanzia costituisce, è vero, una questione accessoria, ma per chi è citato a garantire si tratta di una causa principale, che verte sull'obbligo o meno di prestare la voluta garanzia, e che il garante ha di conseguenza diritto di vedere assoggettata al doppio grado di giurisdizione, come se fosse stato separatamente citato.

Sotto questo punto di vista è pure innegabile che la garanzia sia una domanda nuova e quindi vietata in appello, dall'art. 490. E se la esclusione specifica dell'intervento in sede d'appello, contemplata dall'art. 491, non si legge espressamente fatta anche per la garanzia, ciò fu appunto perchè la proibizione dell'art. 490 relativa alle domande nuove, bastava a colpire anche quella di garanzia, che è domanda nuova, mentre non sarebbe tornata applicabile all'intervento non richiedendo il medesimo di necessità una domanda nuova per parte dell'intervenuto.

Queste osservazioni mi sembrano di una incontestabile gravità, poichè sono tutte conseguenze necessaria del principio, a torto misconosciuto dagli avversari, che la domanda in garanzia è principale nei rapporti tra il garante e il garantito, quantunque si possa risolvere contemporaneamente alla questione vertente fra il garantito ed il suo contraddittore originario.

Ma veniamo all'argomento dedotto dall'art. 1497 Codice civile. Questo argomento, dice il Ricci (loc. cit.) non regge, perchè quantunque il legislatore abbia detto che la garanzia per causa di evizione cessa quando il compratore siasi lasciato condannare senza chiamare in giudizio il venditore, è bene inteso però che la chiamata deve effettuarsi secondo la legge del rito giudiziario. Di questo non poteva occuparsi il Codice civile, e se la procedura stabilisce che la domanda deve percorrere il doppio grado di giurisdizione, è chiaro che la chiamata in causa di cui l'art. 1497 Codice civile deve aver luogo innanzi al primo giudice.

Senza negare importanza a questo ragionamento io credo che per altra via possa dimostrarsi che l'articolo in parola non fornisce alcun appoggio alla teoria avversaria.

Che cosa infatti vuol significare l'art. 1497? Questo soltanto: che non può il garantito opporre al garante l'esito della lite da lui sostenuta contro l'evincente se non ha denunciato al garante medesimo la lite per evizione contro di lui promossa, chiamandolo ad intervenire nel giudizio, *ad adjuvandum*, a coadiuvarlo nella difesa ed a fornirgli tutte quelle armi che crede opportune a ribattere l'azione spiegata ed a salvaguardare il comune interesse.

Ed il legislatore concesse al garantito di potere significare la lite al garante anche quando questa sia giunta allo stadio d'appello perchè in seconda istanza sono pur proponibili nuovi mezzi di prova e nuove eccezioni (art. 490 C. p. c.), e può quindi tuttavia in modo efficace ripararsi agli errori che si fossero eventualmente commessi in precedenza.

Ma se è ammissibile questa chiamata in causa del garantito *ad adjuvandum*, non è però permesso di proporre contro di lui la domanda di garanzia perchè vi pronunci il secondo giudice colla stessa sentenza con cui definisce la causa principale. La questione sul diritto di garanzia dovrà essere proposta di poi in separata sede, ed il garantito, se avrà fatto intervenire il garante, sia pure tardivamente in secondo grado, avrà evitato la eccezione di irricevibilità della sua domanda, che il medesimo potrebbe opporgli a termini dell'art. 1497, ed avrà conseguito l'effetto che il garante non possa disconoscere, come *res inter alios acta*, la sentenza emanata sopra la controversia di evizione.

Secondo il mio concetto, l'art. 1497 autorizza adunque solamente la chiamata del garante ad intervenire nella causa di evizione e non già il proporre contro di esso nel giudizio d'appello conclusioni riguardanti l'obbligo suo di garantire.

4. L'inammissibilità della chiamata in garanzia in appello, può però dichiararsi d'ufficio?

Chauveau in Carré (*quest.*, 773 bis) insegna che no, e cita in appoggio alla sua opinione due decisioni, l'una della Cassazione di Francia in data 16 giugno 1824 (Sirey, t. 24, p. 310), l'altra della Corte di Liegi del 19 maggio 1824 (*J. de B.*, 1824, 2.^o p. 366). Anche Gargiulo si dichiara di questo avviso (*Comm.*, 521).

Propugnano invece la tesi contraria il Saredo (*Istit.*, n. 389), il Ricci (loc. cit.) ed il Boncenne (t. 2, p. 30), ed io credo con ragione, poichè il principio del doppio grado di giurisdizione è d'ordine pubblico e non può rinunziarvisi per accordo delle parti.

5. Secondo Carré (*quest.*, 765) e Chauveau (*ib.*), la disposizione di questo articolo riguardo al termine utile per proporre la domanda in garanzia parte dal supposto che nella citazione il convenuto abbia trovato dei motivi per chiamare in causa un garante, e perciò se questi motivi non risultassero che da una domanda incidentale o dai mezzi di azione sviluppati dall'attore nel corso della istruttoria, è giusto che il termine non decorra che dal giorno della notificazione dell'atto che contiene questa domanda e questi mezzi. Il termine non può infatti decorrere che dal giorno in cui la necessità della chiamata in garanzia s'è fatta sentire. Così decise la Corte di Bruxelles nel 30 ottobre 1826 (*J. de B. de 1827*, 1.^{re} p. 179), e pensa Favard (*t. 2, p. 464*).

194. Quando la domanda in garanzia dia luogo ad altre domande della stessa natura, queste sono proposte nel termine indicato nell'articolo precedente.

195. Quando sia proposta la declinatoria del foro, il termine per chiamare in garanzia non decorre finchè non sia risolta la questione di competenza.

Art. 100, 187 c. p. c

La disposizione di questo articolo, pella quale il termine a chiamare in garanzia non decorre finchè penda questione sulla declinatoria del foro, si applica anche al caso in cui si faccia questione d'integrità del giudizio. — *Appello Torino*, 11 dicembre 1868. *Comba—Comba. Annali*, II, 595.

1. Il chiamato in garanzia, comparso in giudizio, non può eccepire la declinatoria del foro per incompetenza relativa. Proposta la domanda di garanzia, la questione di competenza è già necessariamente risolta fra l'attore ed il convenuto, ed il garante deve accettare il giudizio nel luogo dov'è costituito. — Borsari, *Comm.*, I, p. 291 - Gargiulo, *Comm.*, p. 521 - Ricci *loc. cit.*

Però il Borsari (*Comm.*, I, p. 242) ritiene che il garante sia autorizzato a declinare il foro quando risultasse evidente che la domanda principale fosse stata proposta al solo scopo di distorlo dal proprio tribunale. Questa eccezione che il Codice sardo del 1859 espressamente contemplava all'art. 259 mi sembra giusta perchè colpisce il raggiro e la frode certamente riprovata anche dal codice attuale, sebbene non vi si trovi riprodotta la disposizione del precedente. (*Conf. Carré, quest.* 774).

2. Come è detto espressamente all'art. 100, la connessione fra la causa principale e quella di garanzia non è motivo sufficiente perchè si possa derogare alle norme della competenza per materia che sono d'ordine pubblico, e perciò non può chiamarsi in garanzia avanti un tribunale di commercio un individuo non commerciante, obbligato bensì come garante, ma non per titolo commerciale. — Borsari, *Comm.*, I, p. 293 - Carré, *quest.*, 772.

3. Vedi art. 100, sent. n. 3 e 7 e note n. 1 e 7.

196. La domanda in garanzia deve essere notificata anche all'attore nel termine stabilito per proporla.

Come si eseguisce la notifica della domanda in garanzia?

Dovrà il convenuto notificare all'attore copia della citazione per garanzia già notificata al garante?

Io credo che no. Il convenuto per proporre la domanda di garanzia in confronto del terzo ha disponibile tutto il termine stabilito per rispondere; è quindi facoltizzato a citare il garante anche l'ultimo giorno del termine. E se pure avesse di buon'ora provveduto alla chiamata del terzo, può darsi

benissimo che, sia per la distanza del chiamato in garanzia, o per altra ragione, egli non abbia disponibile l'esemplare della citazione per comunicarlo all'attore prima della scadenza del termine per rispondere.

È dunque logico ritenere che il convenuto debba, avanti il decorso del detto termine, notificare all'attore, mediante comparsa, di avere citato o star per citare il garante, enunciando per sunto il contenuto della citazione e le ragioni sulle quali si fonda, salvo di giustificare di poi nel più breve tempo possibile, di avere effettivamente dato corso alla chiamata del terzo, depositando in cancelleria la citazione perchè il suo avversario ne prenda esatta cognizione e si accerti che fu notificata nel termine dalla legge prescritto.

Questo sistema che trova un esempio nel Codice francese (art. 179) e nel sardo (art. 257), non è in alcun modo contrario al tenore del nostro articolo, e ne rende anzi eseguibile il precetto, che altrimenti sarebbe troppo spesso di impossibile attuazione, come era in Francia quello della Ordinanza del 1667, giusta quanto dichiarano Carré (CXXXVII) e Boitard (all'art. 179).

La notificazione della comparsa suaccennata portando la sospensione della causa principale (art. 197), è mestieri ritenere che, sebbene non ripetuta nel codice attuale, pure sia tuttora attuabile la regola stabilita dall'art. 257 del Codice sardo, che cioè: « Ove spirato il termine stabilito per la citazione in garanzia, il convenuto non giustifichi di aver citato il garante, si procede ulteriormente nella causa principale, e se la domanda in garanzia allegata dal convenuto non è stata fatta, questi viene condannato nei danni ed interessi ». — (Vedi Biagi « *Della chiamata in garanzia* ». *Annali*, V, parte III, p. 1).

197. La domanda in garanzia non sospende il corso della causa principale, se non è proposta e notificata a norma degli articoli precedenti.

1. Il giudizio in garanzia si istruisce distintamente da quello in causa principale.

La chiamata in garanzia proposta in termine utile sospende la decorrenza del termine legale per rispondere sulla causa principale.

Se il chiamato in garanzia non comparisca, o comparendo combatta la domanda e rifiuta quindi di associarsi alla difesa del preteso garantito, l'istruzione della causa principale procede oltre nei modi di legge. — *Appello Milano*, 12 gennaio 1871. *Castoldi—Genazzini. Annali*, V, 47.

2. Sebbene la causa in garanzia, come connessa alla causa principale, possa unirsi a questa e portarsi avanti lo stesso giudice, costituisce però una causa distinta e separata, e non sospende quella principale se non è proposta e notificata nei termini stabiliti.

Quindi se la domanda in garanzia non venne notificata anche alla controparte, ed a questa non si notificò neppure se il garante sia comparso e in persona di quale procuratore, gli atti fatti nella causa di garanzia non hanno effetto per la causa principale, e in ispecie non giovano ad interrompere la perenzione di quest'ultima. — *Cass. Torino*, 7 aprile 1875. *Arduin—Chiocci. Mon. Trib.*, XVI, 594.

3. Vedi art. 193, sent. n. 1.

1. Fino a quando dura la sospensione del corso della causa principale per effetto della chiamata in garanzia?

Soltanto fino a che il terzo garante abbia potuto essere messo efficacemente in causa, sia come contraddittore legittimo sul merito della lite principale in cambio del denunciante, o congiuntamente ad esso per aiuto, sia quale contraddittore sul merito della questione di garanzia se sulla medesima contesti col garantito.

« La demande en garantie (dice Boncenne) suspend le cours de l'action principale jusqu' à l'expiration du délai que le garant doit avoir pour comparaître ».

Dissi però che la istruttoria del merito rimane sospesa fino al giorno in cui il terzo sia stato messo *efficacemente* in causa, poichè in questo stadio di sospensione si hanno a risolvere tutte quelle questioni pregiudiziali che si oppongono appunto alla costituzione in causa del preteso garante, per cui si pretende irricevibile la proposta domanda in via d'ordine e da doversi perciò rigettare con esclusione dal giudizio del chiamato in garanzia o con assoluzione dall'osservanza del medesimo, senza che si conosca e questioni ancora in merito se, o no, il terzo sia tenuto a garantire.

Ammessa come regolare in ordine la domanda di garanzia, e tolte di mezzo tutte le accennate questioni pregiudiziali relative alla costituzione in causa del terzo, cessa la interruzione della causa principale e si prosegue da una parte il corso della causa principale fra l'attore ed il convenuto, dall'altra quello della causa subalterna di garanzia, e se ambedue saranno contemporaneamente portate a grado di spedizione, saranno discusse e decise nel tempo medesimo (art. 199). (Vedi Biagi loc. cit.).

2. E se il chiamato in causa non comparisce?

La mora del garante non può ritardare la decisione della causa principale. Il convenuto potrà far dichiarare la contumacia del terzo, ma l'attore originario potrà proseguire nella sua domanda. — Mancini, *Comm.*, II, n. DCCXXIX - Mattei, *Annotaz.* - Carré, *quest.*, 769 - Chauveau, *Id.* - Boncenne, t. 2, p. 113.

198. Nei casi di garanzia per azioni reali, il garante può assumere la causa del convenuto, e questi può chiedere di essere messo fuori di causa.

Quantunque messo fuori di causa, il convenuto ha diritto di assistere al proseguimento di essa per la conservazione dei suoi diritti, e l'attore può domandare che il medesimo vi resti per l'adempimento delle obbligazioni che personalmente lo riguardano.

1. Per effetto del principio esposto in questo articolo, se il terzo possessore condannato a subire lo spoglio del fondo si acquietasse, il garante potrebbe impugnare la sentenza con ricorso in cassazione, sostenendo esso le ragioni già dal terzo possessore dedotte e dal tribunale rigettate. — *Cass. Napoli*, 17 dicembre 1867. *Pica-Alfieri—Persichetti. Annali*, II, 263.

2. Nel caso di garanzia semplice per azione personale di rescissione di contratto di locazione, l'affittuario non può pretendere d'essere messo fuori di causa.

Nei casi di garanzia per azioni reali, l'istanza per essere posto fuori di causa deve essere, come pregiudiziale di procedura, proposta preliminarmente all'istruzione e discussione della causa principale. — *Appello Brescia*, 28 giugno 1870. *Previtali—Finardi e Finanze. Mon. Trib.*, XI, 910.

3. Il solo fatto di essersi il garante reso contraddittore dell'attore principale non basta perchè egli si tenga colpito dalla condanna pronunciata contro il convenuto: bisogna che l'obbligo della garanzia esista realmente. — *Cass. Palermo*, 13 agosto 1870. *Graffeo—Buscemi. Circolo Giuridico*, II, 82.

1. La relazione Pisanelli, che ho citata all'art. 193, dà la migliore spiegazione delle diverse ipotesi prevedute e contemplate dall'articolo presente ed analizzate pure con chiarezza mirabile dal Boitard, I, p. 356 seg.

2. La messa fuori di causa non può aver luogo che in seguito di assunzione formale della lite per parte del terzo?

Gli scrittori francesi ritengono che il convenuto sia abilitato a domandare d'essere messo fuori di causa, trattandosi di garanzia reale, senza che sia d'uopo che il garante abbia assunto formalmente la lite.

Secondo Carré (*quest.*, 775), il verbo può, adoperato in questo articolo, come nell'art. 182 Codice francese, non significa punto che il garante sia libero di assumere o meno la causa pel garantito, quando ne è da lui richiesto, e non contesta l'obbligo suo di garantire, ma il legislatore non se n'è servito che per indicare che l'attore originario non può recusare di battersi col garante nella causa che ha intentato contro il garantito. (Chauveau in Carré, *quest.*, 775; Berriat, *S de la garantie*, p. 164). Rodier poi ne dà la seguente ragione (1.^{re} *quest. sur l'art. 9 du t. VIII de l'ord.*): « La raison en est que tel est l'effet de la garantie formelle, qu'elle met le garant à la place du garanti. Il dépend de ce dernier de laisser au garant le soin de combattre la demande principale, dont il doit supporter tout l'événement: le défendeur serait donc inutilement en cause, et, par conséquent, il peut demander d'en être renvoyé ».

3. Il garante può, malgrado l'attore originario o malgrado il garantito, assumere la causa in luogo e vece di questi, trattandosi di garanzia reale?

Sì certamente, poichè è il garante che è il principale e vero interessato, dovendo specialmente sopra di lui ricadere gli effetti della sentenza sfavorevole al convenuto originario. — Chauveau in Carré, *quest.*, 775, *bis* - Boitard, 1, p. 358.

4. Allorquando il garantito rimane ad assistere allo svolgimento del processo per tutela dei propri interessi è mestieri che gli siano notificati gli atti d'istruzione della causa affinchè egli sappia se vi ha qualche cosa di contrario al di lui interesse, e se l'attore principale s'accontenta di farli notificare al garante, che à assunto la causa, questi deve a sua volta darne notizia al garantito.

Se però il garante assiste alla causa perchè costretto dall'attore originario, nè questi, nè il garante sono obbligati alle notificazioni anzidette, poichè, richiedendo di ritirarsi senza alcuna riserva, il garantito ha dichiarato implicitamente di rimettersi interamente alla difesa del garante. — Carré, *quest.*, 778 - Thomine, *n.* 217 - Favard, 2, p. 466 - Pothier, *Tr. de proc.*, *cap. 2, sez. 6, art. 2, § 3*.

Chauveau crede invece che il garantito non essendo conservato in causa che a riguardo d'una eventualità, non deve ricevere notificazione di alcun atto fino a che forzatamente o volontariamente non sorta da quello stato anormale di procedura (in Carré, *quest.*, 776 *bis*). Ed anche il Boncenne sembra adotti quest'ultima opinione: « Assister (egli dice) aux débats ce n'est point y conserver une part active; ce n'est point rester en cause; c'est se réserver seulement la faculté d'entendre, de surveiller et de suggérer des moyens, sauf à se faire rouvrir la barrière s'il en était besoin, rentrer dans la lice, et reprendre la double qualité de défendeur originaire et de demandeur en garantie ». (*t. 2, p. 20, n. 155*).

5. Il cons. Biagi (*Monogr. cit.*, p. 12) censura, a ragione, la disposizione del capoverso di questo articolo.

« Secondo il vigente metodo di rito, egli osserva, che ammette soltanto la contumacia a comparire e disconosce quella a rispondere, la disposizione piglia forma manifesta di inescusabile paradosso, per cui si accorda diritto al denunciante di chiedere ed ottenere d'esser messo fuori di causa come assente e di rimanervi ad un tempo come presente ».

« Valeva ben meglio stare alla verità delle cose, e tenendosi poi in armonia col nuovo sistema, che ha disconosciuto la contumacia *ad respondendum*, disporre dialetticamente che il denunciante rimane bensì in causa unitamente all'intervenuto garante, ma non abbisogna di piatire nel merito della causa e addurre mezzi a difesa, e può lasciarne l'intero esclusivo incarico al solo suo autore garante, obbligato a rilevarlo e mantenere indenne col pigliare sopra di sé la difesa ».

199. Le quistioni relative alla domanda in garanzia sono proposte e giudicate nel modo stabilito per gli incidenti.

La domanda in garanzia, se non sia in istato di essere giudicata contemporaneamente alla domanda principale, non può ritardare la decisione di questa.

1. Riconosciuto il nesso tra due cause, l'una principale e l'altra di garanzia, e la convenienza di deciderle contemporaneamente, benchè la principale sia iscritta a ruolo sul merito, e quella di garanzia esiga altri incumbenti, devesi ordinare la cancellazione dell'iscrizione della principale. — *Appello Genova*, 25 febbraio 1867. *Dedone ll. cc.—Dedone. Bettini*, XIX, 97.

2. La causa principale e la causa di garanzia devono risolversi con una sola sentenza. Tuttavia se la causa principale sia di pronta spedizione, e per contro quella di garanzia dia luogo a lunga ed intricata discussione, non deve, pei bisogni di quest'ultima, ritardarsi la risoluzione della prima, quando in specie fra i chiamati in garanzia e l'azione principale non abbia luogo alcuna contestazione. — *Cass. Torino*, 7 febbraio 1868. *Dedone—Sambolino. Annali*, II, 51.

3. La chiamata in garanzia è proposta regolarmente con formale citazione prima di riproporre la domanda come incidente per eccezione dilatoria contro l'attore originario nella causa principale. — *Appello Brescia*, 30 giugno 1869. *Zienkowiz—Bonetti. Annali*, IV, 291.

4. La questione se o no sussista l'obbligo di garanzia ed il diritto correlativo impugnato dal preteso garante, entra nella cerchia del procedimento incidentale, costituendo essa una di quelle questioni da proporsi e giudicarsi nel modo stabilito per gli incidenti. — *Appello Milano*, 31 dicembre 1870. *Finanza—Locatelli. Mon. Trib.*, XII, 679.

5. Il giudizio in garanzia si istruisce distintamente da quello in causa principale.

La chiamata in garanzia proposta in tempo utile sospende la decorrenza del termine legale per rispondere sulla causa principale.

Se il chiamato in garanzia non comparisca, o comparendo combatte la domanda e rifiuta quindi di associarsi alla difesa del preteso garantito, l'istruzione della causa principale procede oltre nei modi di legge. — *Appello Milano*, 12 gennaio 1871. *Castoldi—Genazzini. Annali*, V, 47.

6. Riunita per ordinanza, dietro l'accordo delle parti, la causa principale con quella di rilievo proposta dal convenuto, e dedotto da quest'ultimo un incumbente, il cui esaurimento sia in corso, non può l'attore far iscrivere a ruolo la causa principale finchè l'incumbente non sia esaurito.

L'unione delle due cause seguita per ordinanza non può sciogliersi tranne con provvidenza giudiziale o per consenso delle parti.

Se quindi, dopo l'ordinanza di unione, l'attore principale, ritenendo la causa matura, ne voglia la spedizione a parte, senza attendere la maturazione della causa di rilievo, deve promuovere prima incidente per ottenere la disunione, e non basta la sola iscrizione a ruolo per proprio conto. — *Appello Torino*, 6 febbraio 1871. *Conelli De Prosperi—Orfanotrofo di S. Lucia ll. cc. Giurisprudenza*, VIII, 215.

7. Vedi art. 193, sent. n. 1, 3, 5, 6.

1. Come si propone la domanda in garanzia?

La procedura incidentale richiamata dall'articolo presente non può ritenersi applicabile alla proposta della azione in garanzia.

La domanda di garanzia iniziando una causa tra il garantito ed il garante deve essere formulata e proposta con atto di citazione giusta quanto prescrive l'art. 37 c. p. c., e di questa citazione è data notizia nel modo spiegato all'art. 193, al contraddittore nella causa principale, perchè in questa si sospenda il termine della risposta.

Quali siano poi le questioni che si risolvono col rito degli incidenti in tema di garanzia, vedremo più innanzi.

Questo sistema ha ormai ricevuto l'approvazione dei principali nostri scrittori di diritto processuale, quali lo Scotti (*Mon. Trib.*, IX, p. 263), il Saredo (*Istit.*, n. 381), il Mattei (*Annotaz.*), il Ricci (*Monogr. cit.*) ed il Biagi (*Monogr. cit.*). Solo il Borsari vi dissente e ritiene che chi vuol chiamare in causa un terzo, deve proporre domanda al presidente invitando a comparire il proprio colligante, perchè si pronunci sulla medesima.

A combattere però cotesta teoria basta il tenore degli art. 193 e 196, il primo dei quali stabilisce che chi vuol chiamare un terzo in garanzia deve proporre *domanda* nel termine stabilito per rispondere, ed il secondo prescrive che questa *domanda* deve essere *anche* notificata all'attore nel termine fissato per proporla.

Se la domanda in garanzia deve notificarsi anche all'attore egli è fuor di dubbio che ha da essere proposta in confronto di altri e consiste precisamente nella citazione del terzo. E se questa citazione deve al terzo notificarsi prima che scada il termine per rispondere, la preventiva procedura incidentale tra attore e convenuto sull'ammissibilità o meno della richiesta garanzia è manifestamente un assurdo.

Che poi la parola *domanda* alluda unicamente alla *citazione* del terzo è dimostrato anche dalla disposizione del capoverso dell'art. 193, che stabilisce quale debba essere il termine da assegnarsi per comparire nel caso che più siano i convenuti in garanzia, rimettendo per ciò all'art. 151.

Di più, si comprende che il garantito debba dar notizia al suo contraddittore principale della azione di garanzia spiegata contro il terzo, e debba farlo nel termine per rispondere, quando si ammetta che la domanda di garanzia si propone con citazione del terzo senza la previa abilitazione del giudice o del proprio contraddittore, ma all'invece tanto rigorismo è assolutamente strano quando si ritenga che l'attore abbia dovuto dichiararsi, prima che il terzo sia citato, sulla domanda del garantito, che l'articolo vuole gli sia notificata.

Anche dal raffronto del codice attuale col precedente sardo si può trarre un argomento validissimo a favore della teoria da me sostenuta.

L'art. 254 del codice 1859 è così concepito: « Quegli che pretende di avere il diritto di *chiamare un terzo* in garanzia, *deve farlo* entro il termine che gli decorre per deliberare in merito.

« In caso di più convenuti in garanzia, si osserverà il disposto dell'art. 51 ».

E l'art. 257 soggiunge: « Il convenuto, prima della scadenza del termine fissato per chiamare in garanzia, sarà tenuto di notificare all'attore la sua domanda in garanzia.

« Ove, spirato il termine stabilito *per la citazione in garanzia*, il convenuto non giustifichi di aver citato il garante, si procede ecc. ».

Crederei di far torto all'intelligenza del lettore se spendessi parola per rilevare come il sistema del Codice sardo corrispondesse perfettamente a quello che io propugno.

Allontanandoci poi dalla lettera della legge e volendone indagare lo spirito, sempre più dobbiamo convincerci della erroneità del metodo suggerito dal Borsari.

Anzitutto urta col vigente sistema di rito che per proporre la domanda di garanzia in confronto del terzo sia mestieri ottenerne il permesso con ordinanza o sentenza preventiva, poichè ciascuno ha oggi il diritto di citare a mezzo d'uscieri, senza bisogno di precedente giudiziale autorizzazione.

In secondo luogo, dovendo restar salve al terzo tutte le eccezioni sulla irricevibilità della domanda di garanzia anche in linea d'ordine, potrebbe spesso avvenire che fosse annullata quella ordinanza o quella sentenza che prima eransi emanate in assenza del terzo.

Finalmente non può non apparire affatto inutile il premettere un procedimento per ammissione di un futuro giudizio, che poi è rimesso all'arbitrio della parte il provocare o no e con pericolo di dover rinnovare la questione dopo che il terzo sia stato citato.

Se inaccettabile è il sistema che fino a qui ho combattuto, ancora più erroneo è l'altro che consisterebbe nell'iniziare la causa in garanzia contro il terzo, mediante comparsa e citazione a comparire davanti al presidente col procedimento incidentale.

Infatti la domanda di garanzia, costituendo rimpetto al terzo una vera causa principale, deve essere proposta con atto di citazione. Di più la comparsa è un atto di procuratore a procuratore e non può essere notificato alla parte in persona, la quale non è per anco costituita in giudizio. In terzo luogo, davanti al presidente non possono comparire le parti, ma soltanto i loro procuratori, nè la costituzione dei medesimi potrebbe avvenire dinanzi a lui con deposito del mandato in sue mani.

Da taluni poi si vorrebbe introdurre un altro metodo che pure io non esito a respingere. Si pretenderebbe cioè che fosse lecito presentare al presidente un ricorso perchè con decreto destinasse l'udienza per chiamarvi il terzo davanti al tribunale. Questo sistema però è assolutamente illegale, ripugnando che, in procedimento ordinario, il terzo, specialmente trattandosi di garanzia formale, sia obbligato, per decreto presidenziale, a comparire a udienza fissa in via sommaria. Nè è meno assurdo che il presidente destini l'udienza davanti al tribunale per la risoluzione di un incidente di cui egli non ha mai conosciuto, contro terza persona che non fu per anco citata e non poté quindi nemmeno pronunciarsi sull'ammessibilità della domanda.

2. Quali sono le *questioni relative alla domanda in garanzia* che secondo questo articolo sono proposte e giudicate nel modo stabilito per gli incidenti?

Da quanto dissi fino a qui su questa materia chiaro apparisce che io, d'accordo coll'illustre cons. Biagi (*Monogr. cit.*, p. 10), ritengo che tali questioni altre non possano essere che quelle pregiudiziali che si oppongono alla costituzione in mora del preteso garante, per cui si voglia irricevibile la proposta domanda in linea d'ordine.

Sarebbe pure una questione da risolversi col rito degli incidenti quella sollevata dall'attore originario intorno al merito della causa di garanzia, sulla esistenza cioè, o meno, dell'obbligo di garantire nei casi in cui può dal medesimo essere impugnato. E lo sarebbe eziandio, in argomento di garanzia formale, la controversia sulla domanda del convenuto d'essere messo fuori di causa dall'attore originario che intenda opporsi, pretendendo di aver diritti da esercitare personalmente e specialmente contro di lui, riguardando anche tale questione il modo di costituzione in causa del terzo.

All'invece non è assolutamente una questione da trattarsi col procedimento degli incidenti quella fra garante e garantito sul merito della domanda di garanzia, sul diritto ed obbligo rispettivo di richiederla e di prestarla.

Infatti dal disposto dell'articolo presente si deduce che la causa sulla domanda di garanzia si istruisce contemporaneamente alla causa principale. Ciò esclude che dessa si tratti col rito incidentale, perchè altrimenti sospenderebbe la trattazione del merito invece di esserle parallela.

Di più nell'articolo stesso si legge che la causa in garanzia può durare anche dopo definita la causa principale, quando per essere in corso di istruzione non possa colla medesima essere decisa. L'incidente sulla garanzia sarebbe veramente assurdo se potesse essere rimandato dopo la decisione definitiva del merito!

Da ultimo un'anomalia non meno grave si avrebbe se l'incidente fosse deciso prima del merito, come dovrebbe pur essere secondo l'ordine naturale del procedimento, poichè in allora si avrebbe nella sentenza incidentale una decisione puramente accademica, il cui effetto sarebbe condizionato alla condanna del garantito nella causa principale.

L'opinione che io propugno non sarebbe quella dello Scotti, poichè egli

(*Mon. Trib.*, IX, 264) sostiene, d'accordo col Saredo (*Istit. n.* 381) che tra le questioni da proporsi e giudicarsi nel modo stabilito per gli incidenti, siavi pur quella promossa dal garante che non si ritenga obbligato a garantire.

Oltre a quanto premisi su questo tema, un argomento potente offre a mio favore il confronto del codice attuale col sardo del 1859. Questo codice infatti all'art. 258 stabilisce una procedura speciale sommaria soltanto per la trattazione della questione promossa dall'attore principale a fine di sostenere che non vi ha luogo ad ammettere il garante in causa.

3. Quale influenza esercita la chiamata in garanzia sulla azione principale?

Dissi già che la domanda in garanzia, se è proposta e notificata a norma degli art. 193 a 195, sospende il corso della causa principale fino a che il terzo chiamato sia efficacemente costituito in giudizio e siano tolte di mezzo tutte le questioni pregiudiziali relative alla costituzione del medesimo in causa.

Ma cessata l'interruzione del procedimento che cosa avviene? Quali conseguenze apporta la domanda di garanzia?

Per sviluppare convenientemente questo tema, mi è d'uopo formare due ipotesi fondamentali: 1. Il chiamato in garanzia riconosce l'obbligo suo di garantire; 2. Impugna di essere tenuto a prestare garanzia, o si rende contumace.

Ognuna di queste due ipotesi va poi considerata così riguardo alla garanzia semplice, come relativamente alla garanzia formale.

Supponiamo anzitutto che il chiamato in garanzia semplice comparisca ed ammetta la sua obbligazione di prestare rilievo a colui che glielo chiede. In tal caso non sorge nemmeno la causa subalterna sulla domanda di garanzia. Il terzo potrà, ove lo voglia, soltanto intervenire in lite per aiutare il garantito a difendersi contro l'attore originario, ed in ogni modo la sentenza che desse la vittoria a quest'ultimo, condannerà ben anche il terzo a rilevare il convenuto.

Mettiamo invece che si tratti di garanzia formale ed il chiamato, comparso in giudizio, non contesti la sua qualità di garante, non impugni il titolo in virtù del quale egli fu citato in garanzia; l'art. 198 colle sue diverse ipotesi troverà, in tal caso, piena applicazione.

Fino a qui nulla di più facile. Ma fingasi all'incontro che il chiamato in garanzia non comparisca (e di questa ipotesi mi occupai all'art. 197), o, comparso, neghi l'obbligo suo di garantire. Il terzo citato a garantire il credito ceduto che il debitore ha negato o dichiara di aver pagato, non ammette di essere cessionario o sostiene di non dovere la garanzia; il venditore chiamato a difendere il convenuto contro la domanda di rivendicazione pretende di aver donato e non venduto, ovvero, pure essendo venditore, di avere inserito nel contratto delle clausole e stipulazioni speciali, l'effetto delle quali si è di esonerarlo da qualsiasi specie di garanzia.

Di qui una questione tra il garante e il garantito, una causa che nei loro rapporti è indubbiamente principale, e può aver mestieri di una lunga istruzione.

Contestato dal preteso garante l'obbligo di rilevare il convenuto, se trattasi di garanzia semplice, non avrà certamente luogo l'intervento del terzo nella causa principale, ed egli, se rimarrà soccombente e sarà condannato a garantire fors'anche colla stessa sentenza che giudica in merito la causa principale, dovrà imputare a sé medesimo il danno che può essergli derivato dal non aver prestato mano nella difesa di chi gli chiese garanzia.

Se poi è il caso della garanzia formale è tanto meno ammissibile, impugnata la garanzia, l'applicabilità dell'art. 198, la sostituzione del terzo al convenuto nella difesa contro l'attore originario.

Le due cause, per garanzia l'una, principale l'altra, si trattano ed istruiscono separatamente.

Tuttavia, siccome l'interesse della giustizia, l'ordine e l'economia del giudizio richiedono che insorgendo varie cause che le une colle altre si rannodano e si connettono, le medesime vengano istruite e decise contemporaneamente, così essendo evidente la connessità delle due cause, di garanzia

e principale, la legge volle che tuttavolta ambedue siano in istato di essere giudicate nel tempo stesso, si provveda su entrambe con una sola sentenza.

Così è raggiunto lo scopo precipuo dell'esercizio della azione di garanzia contemporaneo alla causa principale, quello di ottenere che la condanna del garante segua alla soccombenza del garantito e sia pronunciata colla stessa sentenza.

Ma ciò non è ancor tutto: la stessa connessità è un motivo sufficiente per poter chiedere l'unione dei due giudizi mediante ricorso al presidente di alcuna tra le parti, a termini dell'art. 229 reg. gen. giud. Il presidente provvede, sentite tutte le parti interessate, con ordinanza che, secondo a me sembra, non è soggetta a reclamo.

In conseguenza di tale provvedimento di unione gli atti dei due giudizi divengono comuni a tutte le parti, e qualunque istanza, risposta od altro atto relativo all'istruzione della causa, nello interesse dell'attore e del convenuto originario, come di questi e del suo garante, devono venir fatti in contraddittorio di tutti perchè ciascuno diviene parte in causa.

Finchè non sia emanato questo provvedimento, le due cause rimanendo distinte e separate, nessun rapporto esiste fra le parti d'una causa e quelle dell'altra, ma l'ordinanza d'abbinamento vincola in modo giuridico le parti d'ambedue le cause a proseguire il giudizio in contraddittorio di tutti.

Nel corso della procedura però potrebbe apparire che si fosse malamente ed a torto richiesta l'unione delle cause, potrebbe dimostrarsi come la causa in garanzia avesse mestieri di lunga istruzione, mentre la causa principale era facilmente istruita. Il Codice sardo, provvedendo assai opportunamente al caso, stabiliva all'art. 261 che « se la domanda principale, e quella di garanzia, sono in istato di essere giudicate nel tempo stesso, si provvederà su entrambe con una sola sentenza. In caso contrario, l'attore principale può far giudicare la sua domanda separatamente; e se le due domande erano già unite, la sentenza stessa che pronuncia sulla domanda principale, pronuncia la separazione, salvo a provvedere come di ragione sulla domanda di garanzia dopo la sentenza nella causa principale.

Io sono tuttavia d'avviso che non potendo l'attore iscriverla la causa a ruolo di spedizione in causa della unione già pronunciata coll'ordinanza presidenziale, finchè siavi pendente qualche atto d'istruzione riflettente la causa di garanzia, egli possa in questo caso ottenere per altra via la disgiunzione delle due cause. Egli potrà cioè chiedere la separazione della causa principale da quella di garanzia, proponendo apposito incidente per poi, se la sua domanda venga accolta, promuovere la decisione in merito della causa principale.

Ma la disgiunzione delle due cause potrebbe pronunciarsi d'ufficio? Alcuni scrittori lo affermano: Chauveau sur Carré, *quest.*, 779 - Bioche, *Exception*, n. 124; Bérriat - Saint-Prix - Mancini, *Comm.*, n. DCCXXXII. Altri lo negano: Carré, *quest.*, 779 - Favard de Langlade, *Répert.*, tom. 2, p. 467 - Boncenne, 2, p. 112.

Io starei coi secondi, pel motivo che essendo alla pronta definizione della causa principale esclusivamente interessato l'attore, se questi non si muove, tacitamente rinuncia al diritto che gli accorda la legge di provocare la separata decisione della sua causa.

4. Se il tribunale pronuncia sulla causa principale e si astiene dal decidere sulla causa in garanzia si priva perciò della facoltà e competenza di conoscerne?

No certamente, poichè la giurisdizione fu già legittimamente acquistata dal tribunale. — Mancini, *Comm.*, II, n. DCCXXXII - Boitard, I, p. 363.

200. Le sentenze proferite contro il garante nelle azioni reali sono esecutive anche contro il garantito, e a questo effetto sono notificate ad ambedue.

Gli atti esecutivi per le spese e i danni possono essere fatti soltanto contro i garanti.

Art. 193 c. p. c.

Il garante, che è stato condannato alla richiesta rilevazione, ha diritto d'interporre appello dalla sentenza non solo contro il garantito, ma anche contro l'attore principale, quando in specie quest'ultimo, nel giudizio di prima istanza ha prese delle conclusioni a di lui carico, o quando l'oggetto della causa principale e della causa in garanzia è unico ed individuo. — *Appello Firenze, 17 luglio 1867. Guglielmi—Fiaschi. Annali, II, 260.*

1. La ragione delle disposizioni contenute in questo articolo ci è data dalla relazione Pisanelli che ho riportata nel commento all'art. 193. Esse non si applicano interamente che nel caso di garanzia formale. Quando trattasi di garanzia semplice la sentenza è eseguibile soltanto contro il garantito salvo a questi di esercitare l'azione di regresso contro il suo garante anche a base della stessa sentenza se con questa lo fece condannare a prestargli garanzia.

2. A chi incombe la rifusione delle spese quando la domanda di rivedicazione viene respinta e l'attore non paghi? Sostengono alcuni che il garante debba rifondere le spese al garantito in conseguenza dell'obbligo suo di rilevarlo da qualsiasi molestia e danno. (*Cass. di Francia, 3 gennaio 1833, Sirey, p. 92*). Altri vogliono invece che la rifusione sia dovuta dal garantito, poichè la rejezione della domanda principale dimostra che il garante non era in colpa. Chauveau sta coi primi (*in Carré, quest., 784 bis*), pel motivo che il garantito non ha fatto che esercitare un proprio diritto chiamando il venditore a garantirlo.

Per me ritengo che il rimborso delle spese incombe unicamente all'attore, che colla sua domanda diede origine alla causa di garanzia e che perciò questi deve sempre essere condannato a rifonderle. Se egli è insolubile, trovandosi il garante e il garantito in eguale condizione giuridica, ciascuno dovrà sopportare il proprio danno senza rivalersi sull'altro.

§ II.

Dell'intervento in causa.

Art. 36, 174 c. p. c.

201. Chiunque abbia interesse in una causa vertente tra altre persone può intervenirevi, finchè non sia rimasta ferma la iscrizione a ruolo, e, se trattisi di procedimento sommario, finchè non sia cominciata la relazione della causa all'udienza.

1. Se l'udienza in cui si propose il merito della causa non ebbe risultato definitivo, ma fu pronunciato decreto d'istruttoria o sentenza interlocutoria o tale che lasciasse ancora dei fatti a verificarsi, l'intervento potrà ammettersi ancora. — *Appello Torino, 15 dicembre 1860. Cugia—Razzetta. Gazz. dei Trib., XIII, n. 13.*

2. L'interveniente deve accettare il giudizio nello stato e termini in cui si trova, nè può ritardarne il corso e la spedizione in verun caso, e però non ha diritto di domandare la cancellazione della causa dal ruolo, benchè al giorno della sua comparsa non fosse ancora rimasta ferma la iscrizione. — *Appello Perugia, 20 settembre 1866. Bonelli—Bonelli. Annali, I, 262.*

3. Chi abbia interesse in una causa può intervenirevi anche in sede di rinvio, e sino a che non sia cominciata la relazione all'udienza, se trattisi di procedimento sommario. — *Cass. Napoli, 28 maggio 1868.*

4. Il diritto d'intervenire in causa è accordato a chiunque abbia un interesse, qualunque esso sia, assoluto o condizionale, presente o futuro,

certo o probabile, purchè si tratti di causa dalla cui decisione possa rimaner pregiudicato il proprio diritto. — *Appello Genova*, 2 giugno 1871. *Centurione—Demanio. Bettini*, XXIII, 430.

5. Con l'intervento in causa non solo si può respingere l'azione, ma si possono chiedere al magistrato i provvedimenti che ad occasione dell'azione siano giusti e necessari nello interesse dell'interventore. — *Appello Napoli*, 4 agosto 1871. *Cilento—Fondo pel culto. Gazz. del Proc.*, V, 391.

6. Per darsi l'intervento in causa di chi vi abbia un qualunque interesse proprio attinente all'oggetto della lite non è necessaria la intimazione di un atto di citazione alle altre parti, ma basta, secondo gli art. 201 e 203, la notificazione alle medesime di una comparsa contenente le ragioni e la produzione dei documenti. — *Appello Genova*, 23 maggio 1873. *Carbone—Traverso e Manardi. Bettini*, XXV, 411.

7. Affinchè l'intervento in causa possa essere ammesso è necessario che l'interveniente abbia un interesse attuale, diretto e positivo all'oggetto proprio della causa in cui vuole intervenire, interesse risultante o da un beneficio positivo che l'interveniente può pretendere, o da un pregiudizio positivo che può temere nel giudizio in cui vuole intervenire. — *Appello Casale*, 21 giugno 1873. *Malvacini—Borgato. Gior. dei Trib.*, II, n. 203.

8. Per richiedere ed ordinare anche in prima sede l'intervento di un terzo in causa, si esige che questa non si trovi già chiusa, e quindi a maggior ragione che non siasi con provvedimenti in causa già emanati, in qualche guisa pregiudicata la posizione giuridica di colui, il cui intervento si richiede. — *Cass. Torino*, 19 novembre 1873. *Pesaro—Tachis Levi e C. Mon. Trib.*, XV, 59.

1. *L'intervento* esprime l'azione colla quale un terzo si rende parte di un giudizio al quale era dapprima estraneo, affine di sostenervi dei diritti che potrebbero esser compromessi. L'interveniente diviene perciò parte avversa dell'attore o del convenuto, o dell'uno e dell'altro insieme. — Berriat, *De l'intervention* - Carré, *quest.*, 1270 - Gargiulo, *Comm.*, p. 530.

2. Non si potrà forse meglio caratterizzare l'interesse dell'intervento che svolgendo questo concetto: l'interesse di non ricevere dal giudizio pendente un indebito gravame. In quanto adunque sia possibile tale gravame, consiste l'interesse dell'intervento. — Mancini, *Comm.*, II, n. DCCXLVII.

3. Per potere intervenire in una lite non fa d'uopo vi sia un diritto in pericolo, basta vi sia un interesse da tutelare, e questo interesse comprende tanto i diritti *in spe*, tanto le obbligazioni assunte, quanto quelle che si possono eventualmente assumere; occorre però che l'interesse si personifichi e che sia privato. A legittimare l'intervento basta anche un interesse condizionale ed eventuale. Basta da ultimo un interesse d'onore. Il notaio, che ha stipulato un atto impugnato di falso, può intervenire nella causa per sostenerne la veracità. — Borsari, *Comm.*, I, p. 299 - Gargiulo, *Comm.*, I, p. 531 - Mattel, *Annotaz.* - Chauveau in Carré, *quest.*, 1270.

4. L'intervento è ammissibile quantunque non verta sull'oggetto della contestazione originaria, quando cioè l'intervento è connesso col procedimento di quella contestazione. Così se negli atti di causa si contengono fatti ingiuriosi verso un terzo, questi à interesse di intervenire in causa per ottenere dalla parte che à pubblicato quei fatti i danni e interessi ai quali può aver diritto. — Boitard, II, p. 9.

5. Possono in genere i creditori, pella loro semplice qualità di creditori, intervenire nelle questioni che si agitano fra terzi e i loro debitori?

La veste di creditore non basta a determinare l'intervento in ogni questione dei debitori per il pericolo che, soccombendo, perdano dei loro averi, o per altre ragioni capaci di produrre conseguenze indirette a danno loro, ma è d'uopo di un interesse concreto e speciale. La minaccia contro

il creditore deve avere qualche cosa di presenziale e di stringente, e col generico motivo di prevenire le collusioni, le frodi, o anche solo le negligenze, devesi verificare quella ragione specifica che nasce dall'indole della lite, dalla posizione di essa e dalle circostanze speciali. — Mancini, *Comm.*, II, n. DCCXLIX — Chauveau in Carré, *quest.*, 1270 bis.

6. Non può dubitarsi che l'udienza di cui si parla nell'alinea di questo articolo sia quella in cui si prendono le conclusioni definitive, e non quella udienza in cui si presero bensì conclusioni contraddittorie, ma la causa o fu rinviata o si riaperse per esaurire delle prove. — Borsari, *Comm.*, I, p. 300 Thomine, I, p. 544 — Boitard, II, p. 10.

202. L'intervento è proposto con comparsa contenente le ragioni e la produzione dei documenti giustificativi.

1. L'intervento volontario del terzo in causa formale deve essere, al pari d'ogni altra domanda incidentale, proposto per comparsa di procuratore a procuratore, ma non havvi obbligo nello interveniente di invocarne ad un tempo la immediata ammissione col procedimento tracciato dagli art. 181 e seguenti: mentre allora soltanto si può far luogo a questione di ricevibilità o meno dell'intervento, che la medesima venga espressamente proposta dagli originari litiganti o da uno di essi che si rende opponente, nel qual caso tocca alla parte più diligente, cui interessi la prelininare decisione dell'incidente, di provvedersi nei modi dell'art. 181. — *Appello Brescia*, 11 maggio 1870. *Fall. Sottocasa e C.* — *Ditta Nosedà* *Il. cc. Mon. Trib.*, XI, 675.

2. L'intervenuto non è tenuto a promuovere un incidente per l'ammissione del di lui intervento; è alle parti contrarie ed opponenti che tocca di proporre e far giudicare colla forma degli incidenti le questioni relative all'intervento medesimo. — *Appello Milano*, 31 gennaio 1871. *Fiers e C.* — *Parodi. Mon. Trib.*, XII, 278.

3. La produzione dei titoli, di cui è cenno in questo articolo, non è prescritta sotto pena di nullità, non essendo un elemento essenziale della domanda d'intervento, la cui mancanza dà luogo allo annullamento della stessa domanda. — *Appello Genova*, 2 giugno 1871. *Centurione—Demanio. Bettini*, XXIII, 430.

4. Non è di ostacolo all'ammissibilità dell'intervento in lite che esso sia stato proposto colla forma degli incidenti. — *Appello Milano*, 1 marzo 1872. *Demanio—Rasini Il. cc. Mon. Trib.*, XIII, 326.

5. Il diritto d'intervenire in causa non può ritenersi pregiudicato dal fatto di aver proposto l'intervento provocando contemporaneamente in via incidentale il giudizio sul diritto stesso.

Nè osta che la causa fosse già iscritta a ruolo, se l'iscrizione non era ancora rimasta ferma, e se continuò ad essere efficace anche contro l'interveniente. — *Cass. Torino*, 10 marzo 1875. *Ditta Visconti—Pahlen Samoyloff. Mon. Trib.*, XVI, 463.

6. Vedi art. 201, sent. n. 5.

1. L'intervento, come domanda incidentale, non deve notificarsi alle parti contumaci. — Lepage, p. 222 — Borsari, *Comm.*, I, p. 300 — Gargiulo, *Comm.*, p. 535.

Chauveau (in Carré, *quest.*, 1273 ter.), considerando che l'intervento del terzo potendo cangiare aspetto al procedimento, potrebbe indurre il contumace a comparire, crede si debba permettere di far notificare la comparsa.

d'intervento anche a quelle parti che non hanno costituito procuratore; e con lui è Pigeau (*Comm.*, 1, p. 600).

2. Secondo Borsari (*Comm.*, 1, p. 300), Saredo (*Istit.*, n. 393) e Gargiulo (*Comm.*, p. 534), l'interveniente volontario deve proporre la sua domanda con comparsa da notificarsi ai procuratori già costituiti in causa e sottoporre poi la comparsa ed i documenti che la appoggiano al presidente per seguire la regola dell'art. 181.

Io sono d'avviso però che il terzo non abbia d'uopo di elevare l'incidente sull'ammissibilità del suo intervento.

Quando il procuratore che si costituisce per lui in giudizio nella comparsa che notifica ai procuratori delle parti in causa espone i motivi che appoggiano l'intervento, dimostrando il proprio interesse, ed offre comunicazione dei documenti giustificativi, non può essere obbligato ad altro, poichè egli ha esercitato un diritto che gli è espressamente riconosciuto dall'articolo 201.

Se poi una delle parti intende contestare il diritto del terzo d'intervenire e di opporre la irricevibilità, sta ad essa di elevare l'incidente per la risoluzione della questione.

Chi sostiene il contrario si fa forte del disposto dall'art. 204 e del procedimento incidentale dal medesimo richiamato. Nel commento dell'art. 204 vedremo però quale significato debbasi dare alla espressione « *questioni relative all'intervento* » dell'articolo stesso.

Il sistema da me seguito trova piena conferma eziandio nell'art. 269 del Codice sardo, il quale disponeva che « se l'intervento in causa è contrastato, l'incidente è portato all'udienza in via sommaria » ed implicitamente dichiarava perciò che non v'ha incidente se non si solleva opposizione all'intervenuto.

3. Non importa nullità la mancata produzione dei documenti a giustificazione nell'intervento. — Gargiulo, *Comm.*, p. 534 - Carré, *quest.*, 1273 - Chauveau, *ib.* - Pigeau, *Comm.*, 1, p. 601 - Favard, 3, p. 119 e 120 - Dalloz, 18, p. 193, n. 4 - Thomine, n. 388.

203. Ciascuna delle parti può chiamare in causa un terzo a cui creda comune la controversia, ma deve ciò notificare all'altra parte nella forma espressa nell'articolo precedente.

Art. 1482 seg. c.

1. Tranne il caso dell'intervento ordinato dal giudice d'ufficio, non possono le parti principali far intervenire un terzo che non abbia interesse nella causa al solo scopo di interrogarlo. — *Cass. Firenze*, 2 agosto 1866. *Cristofani—Nardi. Annali*, I, 32.

2. Il solo convenuto ha diritto che intervengano coattivamente al giudizio tutti quelli che, avendo un'azione comune coll'attore, potrebbero in seguito esporlo a nuove molestie, e non può ordinare l'intervento il giudice, d'ufficio, senza istanza di parte. — *Appello Brescia*, 19 febbraio 1867. *Mazzucchelli—Mazzucchelli. Annali*, I, 562.

3. Non è ammissibile la domanda d'intervento coattivo quando in confronto dell'intervenuto si chieda cosa diversa da quella domandata nella citazione introduttiva del giudizio. — *Appello Milano*, 1 maggio 1868. *Marchesi—Cicognini II. cc. Mon. Trib.*, IX, 518.

4. Allora solo si fa luogo all'intervento coatto del terzo quando a questi sia comune la lite che si agita, e una delle parti abbia interesse a chiamarlo in giudizio. — *Cass. Firenze*, 8 maggio 1873. *Quaratesi—Quaratesi. Legge*, XIII, n. 57.

5. L'intervento coatto in causa deve essere proposto con citazione apposita del terzo a comparire in causa e non già nella forma degli incidenti in confronto del colligante già in causa, poichè non potrebbe escogitarsi

validità di sentenza che si pronunciasse a carico di chi non venne citato al giudizio, e non è domanda quella che non sia fatta per atto di citazione. — *Appello Firenze*, 30 novembre 1874. *Fonseca—Niccolini-Alamanni. Annali*, IX, 55. — *Id.* 22 aprile 1872. *Coppi—Bianchi. Bettini*, XIII, 66. — *Id.* 3 aprile 1871. *Amerighi—Paganini*.

6. La controversia è comune ad un terzo, tanto se questo terzo possa aver dei diritti sulla cosa stessa, che viene domandata, quanto se cada sul titolo unico, da cui anco il terzo può trarre un diritto eguale a quello dedotto in giudizio.

Così se tra più collegatari, uno solo chieda la sua porzione del legato, l'erede che impugni la esistenza del legato stesso, può coattivamente chiamare in causa gli altri collegatari, perchè anche in loro contraddittorio, e con una sola sentenza, venga risolta una questione che tutti egualmente riguarda. — *Cass. Firenze*, 5 gennaio 1875. *Metti—Prato. Annali*, IX, 45.

1. Il carattere della forma d'intervento contemplata da questo articolo è la *comunione della controversia*. Lo scopo ordinario e consueto di simili giudizi è di far estendere le invocate condanne anche a coloro che non furono chiamati nel libello introduttivo, e che nondimeno avendo un interesse identico o conforme o correlativo, sono virtualmente, se non espressamente, involti nelle conseguenze del giudizio. — *Borsari, Comm.*, I, p. 300.

Secondo Carré si ha il diritto a chiedere l'intervento di quelle persone che hanno facoltà di formare opposizione di terzo contro una sentenza (*quest.*, 1271).

2. Sul modo di proporre lo intervento coatto vedi il commento all'articolo seguente.

Art. 181, 186 c. p. c.

204. Le quistioni relative all'intervento sono proposte e giudicate secondo le norme stabilite per gli incidenti.

Nei casi d'intervento proposto all'udienza, le quistioni sono giudicate dal tribunale o dalla corte.

L'intervento non può in verun caso ritardare il giudizio della causa principale, quando sia in istato di essere decisa:

1. La chiamata in garanzia è proposta regolarmente con formale citazione prima di riproporre la domanda come incidente per eccezione dilatoria contro l'attore originario nella causa principale. — *Appello Brescia*, 30 giugno 1869. *Zienkowiez—Benetti. Annali*, IV, 291.

2. Nulla impedisce che la questione relativa all'intervento possa proporsi ed essere giudicata nell'occasione di un incidente, la cui risoluzione dipenda dal vedere se sia o non ammissibile l'intervento. — *Appello Casale*, 21 giugno 1873. *Malvacini—Borgata. Gior. dei Trib.*, II, n. 203.

3. Vedi art. 202 sent. n. 2 ed art. 203, sent. n. 5.

1. Quando si farà luogo alla procedura incidentale accennata in questo articolo?

Dalle parole dell'articolo che le *questioni relative all'intervento sono proposte e giudicate secondo le norme stabilite per gli incidenti*, vollero alcuni dedurre che la parte, la quale intenda chiamare un terzo in causa deve preventivamente promuovere la questione incidentale, chiamando il terzo ed il proprio contraddittore davanti il presidente mediante comparsa.

Questo sistema è assolutamente errato. Ce ne convincono anzitutto le

parole stesse della legge. Infatti il legislatore non disse già che per l'ammissione dell'intervento (come disse all'art. 206 riguardo alle prove), *la parte deve provvedersi nel modo stabilito per gli incidenti*, ma dichiarò soltanto che *le questioni relative all'intervento* si propongono e decidono col rito incidentale. Quando adunque sorgerà questione sull'intervento del terzo, allora si eleverà l'incidente, ma non prima, potendo l'accordo delle parti rendere affatto inutile il ricorso alla procedura degli incidenti.

Di più, come osserva assai giustamente lo Scotti (*Mon. Trib.*, X, 489), e con esso il Saredo (*Istit.*, n. 394), la procedura incidentale presume un giudizio già iniziato e non può attuarsi che dai procuratori delle parti in causa, le quali non possono essere citate in persona davanti il presidente, non essendo gli incidenti che modalità dell'istruzione della causa, affidata unicamente ai procuratori.

In terzo luogo l'intervento coatto consiste, come dice la legge, nel *chiamare in causa* un terzo a cui si crede comune la lite. Ora la chiamata in giudizio non è altro che la citazione avanti al giudice della persona contro la quale si intende sperimentare qualche diritto, poichè ogni domanda giudiziale devesi proporre con atto di citazione (art. 37).

Per queste considerazioni è d'uopo concludere che l'intervento coattivo si propone con citazione in confronto del terzo, della quale devesi dare notizia con comparsa alla controparte già in lite. Se sorga opposizione così da parte del chiamato che della controparte, colui che propose l'intervento deve sollevare l'incidente perchè sia decisa la questione sorta in conseguenza della opposizione medesima.

2. Qual'è la posizione dell'interveniente rispetto alla causa principale?

A differenza di colui che è chiamato in garanzia, l'intervenuto in lite ne diventa sempre parte. Però non gli è permesso colle sue eccezioni di inceppare il corso della causa; egli deve accettare la lite quale la contestarono le parti lasciando intatti i termini della controversia. Può soltanto eccepire contro la domanda o sostenerla con nuova difesa. L'intervenuto non può opporre l'eccezione di incompetenza relativa, nè la declinatoria per litispendenza. Nemmeno può opporre nullità di atti ai quali egli non abbia preso parte. — Borsari, *Comm.*, I, p. 302 - Gargiulo, *Comm.*, p. 539 - Carré, *quest.*, 1274.

Forsechè il precetto contenuto in questo articolo, che « *l'intervento non può in verun caso ritardare il giudizio della causa principale, quando sia in istato di essere decisa* » porterà alla conseguenza che l'interveniente non possa proporre dei mezzi istruttori a suffragio delle proprie domande quando la causa principale sia istruita?

Se ciò fosse sempre ammesso è evidente che l'interveniente si troverebbe spesso volte in condizione così pregiudicata da forzarlo ad abbandonare la via dell'intervento in lite per appigliarsi a quella più libera della opposizione di terzo, contrariando così lo scopo della legge, quello di prevenire la molteplicità dei giudizi. Quanto all'intervento coatto sarebbe poi assolutamente ingiusto che fosse lecito ad una delle parti di chiamare un terzo in lite per costringerlo (forse a bella posta) a sentir pronunciare una decisione che lo riguarda, senza che egli abbia potuto usare di tutti quei mezzi di difesa che avrebbe avuto agio di introdurre nella procedura per opposizione di terzo, se non fosse stato chiamato ad intervenire nella causa principale.

Queste considerazioni indussero gli autori francesi ed italiani a fare delle concessioni che il tenore dell'articolo presente e del corrispondente 340 del codice francese vieterebbe, ma che però sono necessariamente richieste dall'equità e dallo spirito della legge.

Riguardo all'intervento volontario Bonnier, Berriat (p. 321) e Carré (*quest.*, 1274 in nota), distinguono il caso in cui l'interveniente attacchi ambedue le parti in causa da quello in cui si limiti ad oppoggiare la difesa di una tra esse.

Nella seconda ipotesi l'interveniente dovrebbe, secondo i detti autori, assumere la causa nello stadio in cui si trova, nella prima invece egli non deve essere vittima del fatto che non lo si è chiamato in una lite, nella

quale è evidentemente interessato, e della rapidità colla quale le parti anno istruito la causa, allo scopo forse di privarlo dei suoi diritti. Perciò, aggiunge Dalloz (t. 18, p. 189, n. 3) e con esso Chauveau (in Carré, *quest.*, 1274 *in nota*), se l'interveniente avesse a soffrire dal giudizio un danno così grave da obbligarlo a provocare la opposizione di terzo, val meglio, per evitare un secondo processo, e forse due decisioni contraddittorie, di attendere che la istruzione sia completa per tutte le parti in causa.

Con tutto ciò ritengo che, per regola, non possa all'intervenuto volontario essere concessa una dilazione a scapito del giudizio principale.

Ma maggiori riguardi devono usarsi a chi interviene coattivamente nella causa perchè chiamatovi da una delle parti quando piace a questa. Gli autori opinano concordi che nel caso d'intervento coatto debbasi accordare alla parte il tempo sufficiente per proporre le sue difese e che per conseguenza non si possa decidere la causa principale, quand'anche questa fosse completamente istruita. (Vedi anche Borsari, *Comm.*, I, p. 302; Gargiulo, *Comm.*, p. 540).

Chauveau ritiene che anche nel caso in cui la parte contraria a quella che chiese l'intervento faccia istanza, per speciali motivi, acciò la causa sia prontamente decisa, si dovrà bensì accogliere le sue conclusioni relativamente al rifiuto della proroga, ma giudicare senza riguardo alla presenza del terzo. Le conseguenze della tardiva chiamata del terzo staranno così unicamente a carico della parte negligente, e mai del terzo che è innocente.

A questo proposito l'egregio avv. Ricci, nella sua *Monografia* più volte citata (*Giurisprudenza italiana*, XXVI, p. IV, col. 27), osserva come interpretando alla lettera l'ultimo capoverso dell'articolo, si farebbe cadere il legislatore in una evidente superfluità. Invero, la causa è in istato d'essere decisa quando è rimasta ferma l'istruzione a ruolo, nei procedimenti formali e nei sommari quando è incominciata la relazione all'udienza. Perciò se la disposizione che commentiamo riguarda la proposta dell'intervento, è inutile, perchè già l'art. 201 stabilisce che desso non può farsi quando la causa sia matura a decisione. Se poi riflette l'intervento già prima dedotto, allora va da sé che quando l'iscrizione a ruolo è rimasta ferma, il corso della causa non può più essere ritardato dall'intervento, poichè non lo può nemmeno dalle parti principali contendenti. Il Ricci crede adunque che il senso dell'articolo debba essere il seguente: una prova o un mezzo istruttorio non possono richiedersi dall'intervenuto allorchè sia decorso il termine per proporli. Così se la prova per testi fu assunta ed è decorso il termine per la riprova, questo termine non si riapre per l'intervento in lite del terzo. Riprendendosi a suo riguardo quello stadio istruttorio che fosse già chiuso, si darebbe luogo al ritardo previsto dall'articolo, mentre quando il termine non fosse decorso, nessun ritardo potrebbe verificarsi, per la ragione che non giunge tardi chi arriva in tempo.

Sono anch'io d'avviso che l'espressione della legge non sia stata troppo felice, ritengo però che il legislatore non abbia voluto significare se non questo, che l'intervento non deve ritardare la decisione della causa principale, alla quale disposizione vedemmo già quali limitazioni debbansi fare ai riguardi specialmente di colui che interviene chiamato perchè reintegri e completi il giudizio.

3. Respinta o annullata la domanda principale, che cosa avviene della istanza d'intervento volontario?

Quasi tutti gli autori sono d'accordo nel ritenere che la domanda d'intervento non cada se la principale è rigettata per motivi di merito. La ragione che se ne adduce si è che l'intervento d'un terzo in una causa, non ha sempre per iscopo di sostenere l'azione principale; esso tende spesse volte a degli interessi particolari del terzo, e forma quindi un'azione differente e nuova, sulla quale, si dice, il tribunale deve statuire. (Chauveau in Carré, *quest.*, 1273, *quater*; Borsari, *Comm.*, I, p. 303; Gargiulo, *Comm.*, 538).

Le opinioni si dividono invece pel caso che la domanda principale sia stata respinta per nullità, o dichiarata irricevibile. Propugna la validità dell'intervento Chauveau (in Carré, *quest.*, 1273 *quater*) adducendo che lo intervento rimonta ad un'epoca in cui la domanda principale sussisteva

ancora e quindi poteva essere legittimamente proposto; è con lui la *Cassazione francese*, 16 luglio 1834 (Sirey, t. 34, p. 540). Sostengono la tesi contraria Borsari e Gargiulo (*Ib.*), poiché la nullità fa cadere tutto il giudizio.

L'illustre Mancini (*Comm. Cod. Sardo*, II, n. DCCCLXIII), non ammette tale distinzione. Se la domanda principale, egli dice, per una ragione qualunque è annullata o rinviata, l'incidente d'intervento volontario svanisce e si dissipa con quella.

L'argomento sul quale egli si fonda è questo: O l'intervento ha per iscopo, come ordinariamente avviene, di sostenere la difesa; quando s'è vinto, lo scopo è raggiunto. O intende ad appoggiare la istanza; se il suo appoggio è tornato inutile, se il convenuto ha dovuto soccombere, è naturale che egli soccombe con lui. L'intervento volontario che ha per causa l'interesse e per fine di consolidare le difese di quella parte a cui si associa il suo interesse, non formula veruna istanza distinta. E se l'interveniente formulasse una istanza distinta, come nel caso in cui, senza associarsi a veruna parte, tendesse a rovesciare il giudizio per conto proprio, quando questo giudizio cadesse da sé, egli intervenuto non potrebbe domandare un separato giudizio in favor suo.

Mancini adduce ad esempio il caso di un terzo preteso proprietario di un fondo pignorato, che domanda d'intervenire in un giudizio di vendita onde impedirli, a salvezza dei suoi diritti. Se la domanda di vendita è respinta non vi è più giudizio, e la questione di proprietà si tratterebbe inutilmente.

Il tema è assai arduo; io riterrei però, che la distinzione oppugnata dal Mancini, si dovesse fare, per modo che ove il terzo formuli un'istanza nel suo proprio interesse, il tribunale debba pronunciare sulla medesima, approfittando degli elementi di cognizione che offrono gli atti del processo.

205. L'autorità giudiziaria, se riconosca opportuno l'intervento in causa di un terzo, può ordinarlo anche d'ufficio. In questo caso dichiara nella sentenza a cura di chi la citazione del terzo debba essere fatta, e stabilisce il termine per eseguirla.

Art. 469 c. p. c.

In ogni caso la citazione può farsi eseguire da qualunque delle parti.

1. Nel caso di intervento in causa ordinato dal giudice non si può pronunciare al confronto dell'intervenuto sul merito della lite, giacché l'intervento che si ordina d'ufficio non può avere altro scopo che quello di giovare all'istruzione e alla definizione del giudizio, locchè non richiede si abbia a risolvere la controversia anche ai riguardi del terzo. — *Appello Milano*, 11 giugno 1867. *Vandoni—Mun.º di Milano e Amm.º Guerra. Mon. Trib.*, VIII, 895.

2. Sebbene possa il giudice ordinare nuovi mezzi d'istruzione ed anche l'intervento di terzi in lite, per meglio chiarire le ragioni dei contendenti, non può mai obbligare l'attore a riprodurre la sua azione contro terzi, quando un tal mezzo di difesa non sia stato punto opposto dall'avversario. — *Cass. Torino*, 12 settembre 1868. *Truemann U. cc.—Vitali e Ferrone. Bettini*, XX, 874.

3. Il giudice d'appello, chiamando in causa un terzo, non può pronunciare condanna contro di lui, qualora egli invochi il diritto del doppio grado di giurisdizione. — *Cass. Firenze*, 21 novembre 1872. *Ricci, Paraciani—Antonini. Gior. delle Leggi*, IV, 117.

L'egregio avv. Scotti scrive sull'intervento ordinato d'ufficio:

« Anche contro l'intervenuto d'ufficio si può promuovere, dalla parte che ne avesse interesse, istanza e farlo condannare; quantunque ciò debba

intendersi in un modo assai restrittivo ed applicabile soltanto ai casi in cui la condanna del terzo sorga spontanea dall'esito della sua chiamata in causa. (Borsari).

« L'intervento d'ufficio può anche esso essere determinato, come le altre due specie di intervento, dall'interesse delle parti e dall'economia dei giudizi, e non solo dall'intendimento di offrire schiarimenti che facilitino la decisione della causa.

« Il terzo evocato in giudizio, diventa parte con tutte le conseguenze giuridiche processuali ed è perciò che può anche essere condannato.

« Fra gli altri scopi l'istituto dell'intervento à quello di integrare il giudizio. Questo scopo anzi di integrare il giudizio può essere una di quelle ragioni di opportunità che possono determinare il giudice a ordinare d'ufficio l'intervento per supplire all'omissione della parte, giusta il disposto dell'art. 469.

« Diremo anzi che una disposizione speciale sull'integrazione del giudizio, quale si trova nei giudizi d'appello, crediamo non sia stata messa nel primo stadio, appunto perchè in primo stadio l'attore può sempre integrare il giudizio coll'intervento coattivo, bastando che si dimostri l'interesse, come si può da qualunque intervenire volontariamente e per di più il giudice può ordinare l'intervento d'ufficio.

« Nel giudizio d'appello invece l'intervento è limitato (491) a coloro che hanno diritto a formare opposizione di terzo, e perciò era giusto si conservasse integra la facoltà nel giudice di ordinare l'intervento d'ufficio.

« Deve però considerarsi che coll'intervento non sarà mai lecito lo spostare la questione e rimediare ad azioni male avviate o ad errori circa la qualità giuridica delle persone evocate in giudizio, giacchè l'interveniente può integrare un giudizio incoato, ma non crearne uno nuovo ed estraneo alla primitiva questione, e questo tanto per l'intervento in primo stadio, sia coatto che d'ufficio, come nel secondo nel giudizio d'appello.

« Fu appunto perchè il giudice d'appello non potrebbe giudicare sulla opportunità di chiamare d'ufficio in causa un terzo, dovendosi questa domanda proporre innanzi, a lui preliminarmente, che si accordò il rimedio dell'art. 469, per ottenere la reintegrazione del giudizio ». — (*Mon. Trib.*, IX, 508).

SEZIONE IV.

Delle prove.

Art. 181 seg.; 10 disp. prel. e 1312 seg. c. c.

206. Per l'ammissione di qualunque mezzo di prova le parti devono provvedersi nel modo stabilito per gli incidenti.

1. Qualora, la parte abbia appellato in via formale contro una sentenza perchè questa, senza ammettere la prova regolarmente proposta da essa, ha deciso in merito a favore della parte avversaria, non ha bisogno di proporre nuovamente la stessa prova nella forma degli incidenti, perchè l'autorità giudiziaria, nel decidere sul merito dell'appellazione, deve necessariamente, o far luogo alla prova già proposta in prima istanza, se la trova influente, o, in caso diverso, pronunciare sul merito indipendentemente dalla stessa.

Che se poi la parte appellante avesse proposta nuovamente la prova nella forma degli incidenti, e il giudice, o consigliere delegato, avesse rimesso le parti all'udienza per la sola risoluzione dell'incidente, questo provvedimento incidentale, sebbene irregolare, non potrebbe considerarsi nullo, e l'autorità giudicante dovrebbe pronunciare sulla ammissibilità della prova proposta. — *Appello Brescia*, 28 giugno 1867. *Malzani-Bordiga. Mon. Trib.*, IX, 400.

2. Può bene ordinarsi un mezzo di istruzione, come una prova per testi, quantunque chiesta la prima volta innanzi al collegio senza avere cominciato dal promuovere l'incidente avanti il presidente. — *Appello Napoli, 14 giugno 1870. Cacace—Chiesa di Meta. Gazz. del Proc., IV, n. 50.*

3. L'art. 181 c. p. c. introdusse una forma di procedimento più semplice e spedita per la risoluzione delle controversie, che, sebbene si riferiscano al merito della causa, possono essere apprezzate distintamente. Quindi l'art. 206, col disporre doversi le parti, per l'ammissione delle prove, provvedere nel modo stabilito per gli incidenti, esclude quelle prove, che sono connesse alla questione principale, da non poter decidere le medesime, senza pregiudicare il merito della causa.

Quindi, ad esempio, dedotti due capi d'interrogatorio per stabilire l'ammontare di fitti esatti dai sindaci di una ditta fallita durante la loro amministrazione, se costoro sostengono di non dover rispondere di tali fitti, non sono ammissibili i capi d'interrogatorio in via d'incidente. — *Appello Torino, 30 maggio 1871. Calligaris—Levi. Giurisprudenza, VIII, 591.*

4. Per l'ammissione di qualunque mezzo di prova, e così anche della perizia, le parti devono sempre provvedersi nel modo stabilito per gli incidenti. Nè vale in contrario il riflesso che colla fissata risoluzione dello incidente siasi in qualche modo toccato almeno indirettamente il merito della causa. — *Appello Torino, 10 agosto 1872. Gonella—Forneri. Giurisprudenza, IX, 646.*

5. Vedi art. 181, sent. n. 1 e 2.

207. Nell'esecuzione delle prove le parti possono intervenire personalmente o per mezzo di mandatario, e non è necessaria l'assistenza dei procuratori che le rappresentano in causa, salvo che si debba comparire all'udienza.

Art. 217, 222, 230 n. 233, 237, 243, 246, 262, 277, 281, 285, 286, 294, 303, 306, 307, 218, 226, 28290, 298-301, 317 c. p. c.

208. Quando la prova non si debba eseguire all'udienza, è delegato uno dei giudici a procedervi. Se il luogo in cui si deve eseguire sia distante da quello in cui siede l'autorità giudiziaria avanti la quale pende la causa, si può delegare il pretore.

Art. 203, 204, 301 reI giud.; 19 n. 21 legge st bollo.

Se la prova si debba eseguire nella giurisdizione di altra autorità giudiziaria, si può o richiedere questa di delegare uno de' suoi giudici, o commettere direttamente il pretore del mandamento, in cui la prova deve farsi.

Se la prova debba eseguirsi fuori del regno, la richiesta deve farsi nelle forme stabilite dal diritto internazionale.

1. La delegazione di un giudice del collegio a ricevere la risposta di un interrogatorio, contenuta in una sentenza che ammette un tal mezzo di prova, non forma cosa giudicata di guisa che non si possa successivamente chiedere che sia delegato altro giudice del domicilio di quello che deve rispondere.

È rimesso al prudente arbitrio dell'autorità giudiziaria il decidere in qual luogo deve eseguirsi la prova, ed in specie se la risposta all'interrogatorio deve farsi nel luogo del tribunale che l'ha ammesso, o in quello del domicilio del rispondente.

È coerente all'equità che un commerciante obbligato a rispondere all'interrogatorio non sia costretto ad interrompere i suoi affari per recarsi a rispondere nel luogo del tribunale che l'ha ammesso, e che sia

delegato un giudice del luogo del suo domicilio. — *Appello Firenze*, 16 aprile 1867. *Toggio—Soliva. Annali*, II, 18.

2. Avanti il pretore commesso all'esecuzione d'una prova si osservano le forme del procedimento particolare dell'autorità giudiziaria delegante, presso la quale pende la causa. E così, ad esempio, l'ordinanza che fissa il dì dell'interrogatorio si notifica al procuratore non presente alla sua pronunziazione, anzichè alla parte personalmente. — *Appello Perugia*, 22 giugno 1868. *Gentilini—Massini. Annali*, II, 521.

3. La delegazione affidata da un collegio giudiziario al pretore per raccogliere le deposizioni dei testimoni, ben può essere assoluta dal vice-pretore. — *Cass. Napoli*, 13 maggio 1869. *Gazz. del Proc.*, 1869.

4. Ben può accordarsi la delegazione di un giudice di tribunale del domicilio dei testimoni, comunque costoro si trovino già citati una prima volta per disaminarsi nel tribunale dove pende la causa e non sieno comparsi. — *Appello Napoli*, 6 agosto 1869. *Gazz. del Proc.*, 1869.

5. Se per il disposto di questo articolo una Corte d'appello poteva delegare un'altra autorità giudiziaria a ricevere un giuramento ammesso con sentenza incidentale nel caso che fin d'allora si fosse conosciuto che la parte cui fu ingiunto il giuramento teneva la sua dimora in luogo assai lontano da quello della residenza della Corte, non vi ha ragione perchè non lo si possa consentire anche dappoi, malgrado che la domanda sia stata fatta dopo che la sentenza che ingiungeva la prestazione del giuramento dinanzi alla Corte fu pronunziata. — *Appello Brescia*, 1 dicembre 1870. *Trussardi—Uccelli. Mon. Trib.*, XII, 440.

1. « L'esecuzione degli atti d'istruzione indicati negli art. 217, 222, 230, 272, e 284 del codice di procedura, e ogni altro atto di simile natura, stati ammessi per accordo delle parti, spetta al giudice stesso che li ha ammessi, o se siano stati ammessi dal presidente, al giudice che venga da esso appositamente delegato; se l'ammissione ha luogo per sentenza, la delegazione del tribunale è fatta nella persona del giudice relatore, o in caso di mancanza o impedimento di esso, in persona del giudice stato incaricato, a termini del secondo capoverso dell'art. 359 del predetto codice, di compilare la sentenza ». — *Art. 203, reg. gen. giud.*

« Gli atti d'istruzione cominciati da un giudice delegato dal presidente, saranno dal medesimo compiuti anche se sia terminata la durata della delegazione.

« Se la delegazione sia fatta dal tribunale per una speciale operazione riflettente l'istruzione, ogni altro incidente di mera istruzione e i provvedimenti d'urgenza che nel corso della operazione delegata possano occorrere, devono proporsi davanti lo stesso giudice.

« La delegazione cessa quando il giudice passi ad altra sezione. — *Art. 304 reg. gen. giud.*

« Nel caso previsto dall'art. 208 cod. proc. ed in ogni altro caso analogo, le richieste da uno ad altro tribunale dello Stato si fanno nella sentenza che prescrive la richiesta operazione, o per lettere requisitorie sottoscritte dal presidente e dal cancelliere ». — *Art. 301 reg. gen. giud.*

2. « Gli originali e le copie degli atti fatti avanti ai pretori per commissione o delegazione di un tribunale o altra autorità giudiziaria, saranno scritti su carta da lire una ». — *Art. 19, n. 21, Legge sul bollo 13 settembre 1874.*

3. Lo scambio delle rogatorie fra le autorità italiane e le austriache è regolato dalla seguente *Dichiarazione*, rilasciata reciprocamente dai due Governi e comunicata ai presidenti delle Corti d'appello colla circolare 7 settembre 1872 n. 13260-393.

Déclaration.

En suite d'une entente établie entre le Gouvernement royal d'Italie, et le Gouvernement des royaumes et provinces de la Monarchie austro-hongroise

representés au Reichsrath, dans le but de faciliter et de simplifier la correspondance entre les Autorités judiciaires des deux Parties, le soussigné ministre secrétaire d'Etat pour les affaires étrangères de Sa Majesté le Roi d'Italie déclare :

Art. 1. Sera autorisée la correspondance directe entre les Autorités judiciaires d'Italie, et les tribunaux des royaumes et provinces de la Monarchie austro-hongroise pour toutes les commissions rogatoires, soit en matière civile ou commerciale, soit en matière pénale, qui ont trait à des citations, investigations, remises d'actes judiciaires, interrogatoires, prestations de serments, déclarations à recevoir, auditions de témoins, expertises ou autres actes de la procédure d'instruction.

Ces réquisitions seront dirigées par l'Autorité judiciaire supérieure (en Italie par la Cour d'appel), de la quelle dépend l'Autorité requérante à l'Autorité judiciaire supérieure (en Italie à la Cour d'appel) compétente pour les faire mettre en exécution.

Cette Autorité supérieure ordonnera l'exécution et restituera ensuite les documents relatifs à l'Autorité judiciaire supérieure qui a formé la demande.

Sera autorisé le même genre de correspondance pour les commissions rogatoires dans la procédure de « *délibation* » qui doit précéder l'exécution des jugements ou celle des garanties provisoires.

Les tribunaux supérieurs impériaux et royaux se serviront dans toutes leurs réquisitions ou réponses de la langue italienne ou allemande.

Quant à la correspondance entre les Autorités judiciaires royales d'Italie, subordonnées aux Cours d'appel de Milan, de Brescia et de Venise, et les tribunaux impériaux et royaux subordonnés aux tribunaux supérieurs de Trieste, d'Innsbruck et de Zara, ces tribunaux continueront d'avoir la faculté de correspondre directement entre eux, en se servant de la langue italienne dans toutes les matières civiles et commerciales énumérées plus haut, sans être tenus de recourir à l'intervention des Autorités supérieures.

Art. 2. Les demandes d'extradition, ainsi que toutes les réquisitions en matière pénale ayant trait à un cas d'extradition, se feront toujours par la Voie diplomatique.

En cas d'urgence et surtout s'il y a présomption fondée de fuite, les tribunaux de première instance, ainsi que les autres Autorités compétentes, pourront s'adresser directement à l'Autorité compétente de l'autre Partie pour demander et obtenir l'arrestation du condamné ou de l'accusé, conformément aux dispositions de l'art. X de la Convention en date du 27 février 1869 entre l'Italie et la Monarchie austro-hongroise, concernant l'extradition réciproque des malfaiteurs sur la base d'une sentence pénale, d'un acte d'accusation ou d'un mandat de arrêt.

Toutefois en ce cas, la demande d'extradition devra suivre immédiatement dans les voies diplomatiques.

Art. 3. Les frais occasionnés par l'exécution des lettres rogatoires en matière pénale, seront à la charge du Gouvernement requis de cette exécution.

Les frais qui auront été causés par les procédures de « *délibation* » et les frais que le Gouvernement requis aurait anticipés pour des auditions de témoins ou d'experts, ou pour des visites sur les lieux, en suite d'une commission rogatoire en matière civile, seront à la charge de la partie intéressée.

En foi de quoi le soussigné ministre secrétaire d'Etat pour les affaires étrangères de sa Majesté le Roi d'Italie, a revêtu de sa signature et du sceau de son Ministère la présente Déclaration qui sera échangée contre une Déclaration analogue du Ministère de sa Majesté impériale et royale apostolique.

Fait à Rome le 22 juillet 1872.

Signé : VISCONTI VENOSTA.

Elenco dei Tribunali superiori austriaci, colla relativa circoscrizione giurisdizionale.

Tribunali superiori (Oberlandesgerichte):

1. Vienna — per l'Austria superiore ed inferiore e Salisburgo.
2. Praga — per la Boemia.

3. Brünn — per la Moravia e Slesia.
4. Gratz — per la Stiria, Carinzia e Carniola.
5. Innsbruck — per il Tirolo e Voralberg.
6. Trieste — per la Gorizia, Gradisca, Istria, Trieste.
7. Lemberg — per la Galizia orientale e Bukovina.
8. Cracovia — per la Galizia occidentale e Cracovia.
9. Zara — per la Dalmazia.

Art. 239 c. p. c.

209. Dai provvedimenti dati dal giudice delegato per l'esecuzione della prova si può reclamare nel termine stabilito dall'art. 183. Sull'istanza dell'opponente il giudice rimette le parti a udienza fissa.

Il giudice può tuttavia ordinare l'esecuzione provvisoria del provvedimento, non ostante reclamo, salvo nella parte che infligga una pena.

Il difetto di reclamo non convalida l'operato, quando il giudice abbia ecceduto i limiti delle sue attribuzioni.

1. Il pretore delegato dal tribunale dinanzi cui verte il giudizio, per una operazione concernente l'istruzione, è pure investito della competenza a conoscere e decidere di tutti gli incidenti di mera istruzione, e a prendere qualunque provvedimento d'urgenza occorrente per compiere l'operazione medesima. Laonde, se avanti al pretore delegato ad istruire una prova testimoniale sorga questione sull'ammissibilità d'un interrogatorio, il pretore stesso deve pronunciare, e non rinviare le parti al tribunale delegante, salvo a colui che credesi leso dalla sua pronuncia il diritto di provvedersi in via di reclamo avanti il tribunale suddetto, provocando a tal'uopo dallo stesso giudice un'ordinanza di rinvio a udienza fissa.

Se nei casi surriferiti l'emergente sia stato deferito direttamente al tribunale delegante senza che il pretore vi abbia prima pronunciato, il tribunale deve dichiararsi incompetente. — *Appello Lucca*, 12 dicembre 1866. *Provenzali-Balestrini. Annali*, I, 242.

2. Il giudice del tribunale delegato all'assunzione di un interrogatorio può validamente concedere proroghe all'assunzione di prove testimoniali, per le quali fosse stato delegato un giudice diverso, residente in altro luogo. — *Appello Milano*, 27 aprile 1869. *Geiger-Bigatti. Mon. Trib.*, X, 618.

3. Sotto il nome di provvedimenti devonsi intendere contemplati tanto le ordinanze che i decreti.

Pertanto se il giudice delegato all'esecuzione di una prova concede sopra semplice ricorso di una parte, inaudita la parte contraria, una proroga all'assunzione di testimoni, si può reclamare dal suo decreto nel termine dell'art. 183.

Se la parte contraria non reclama entro questo termine, essa non può più eccepire d'irregolarità il provvedimento e tanto meno opporre la decadenza dal diritto di far eseguire le prove. — *Appello Milano*, 18 ottobre 1869. *Beccari-Giulini. Mon. Trib.*, XI 108.

4. Venendo davanti al pretore delegato per gli esami impugnata di nullità la nota dei testimoni, egli non ha giurisdizione per risolvere tale contestazione, nè il difetto di richiamo per parte dell'interessato può convalidare il pronunciato del pretore.

Sebbene il pretore delegato sia incompetente a pronunciare sulle contestazioni relative agli esami, può tuttavia, ove le medesime si appa-

lesino insussistenti, ordinare la prosecuzione degli esami. — *Appello Torino*, 17 gennaio 1870. *Soc.ª Paterna—Galoppo. Bettini*, XXII, 11.

5. Il reclamo dai provvedimenti dati dal pretore come giudice esecutore della prova testimoniale è ammissibile quando il pretore eseguisca la prova per delegazione di un tribunale o di una Corte d'appello, ma non quando egli eseguisca la prova da lui stesso ordinata in una causa pendente avanti di lui. In questo caso dai provvedimenti del pretore non si ammette altro rimedio che quello ordinario dell'appello. — *Cass. Napoli*, 29 febbraio 1872. *Conforti—Conforti. Annali*, VI, 144.

6. Il giudice delegato all'assunzione delle prove non può emettere che dei semplici provvedimenti preparatori per l'esecuzione delle prove stesse, ed i punti di contestazione che possono insorgere, di qualunque specie, Josse anche quello di proroga di termini, debbono essere decisi dal collegio, a cui il giudice delegato deve rimettere le parti. — *Appello Brescia*, 16 novembre 1874. *Piatti—Nuvollari. Mon. Trib.*, XVI, 73.

7. Vedi art. 38, sent. n. 1.

210. La surrogazione del giudice delegato, o la nomina di un altro giudice che possa sostituirlo in qualche atto relativo all'esecuzione della prova, deve farsi con provvedimento del presidente, ancorchè la delegazione abbia avuto luogo per sentenza.

1. L'ordinanza del presidente che surroga un giudice delegato è a pronunciarsi d'ufficio. — *Appello Firenze*, 29 maggio 1869. *Barontini—Gorgieri. Annali*, IV, 56.

2. Quando sull'erronea opinione che chi deve rispondere ad un interrogatorio risieda in un dato luogo, vien delegato il pretore di quel distretto per riceverlo, sopra ricorso di colui a cui l'interrogatorio è dedotto, rettamente il presidente del tribunale delegante revoca il precedente decreto di delegazione, e vi surroga il pretore della reale residenza dell'interrogato.

Nè può a ciò ostare l'ordinanza del primo pretore delegato, colla quale, sull'istanza del deducante, si fissava monizione.

Il ricorso sporto al tribunale delegante per ottenere la revoca della delegazione fatta ad un pretore per ricevere una prova, importa implicita opposizione alla relativa monizione da questi fissata. — *Appello Torino*, 7 marzo 1870. *Ceresetto—Moretti. Giurisprudenza*, VII, 328.

1. La ragione logica di questo articolo è posta in questo che il presidente, colla nuova delegazione, meramente surrogatoria, non esercita una podestà causale, ma esecutiva. — *Borsari, Comm.*, I, p. 307.

2. La sentenza o il provvedimento con cui un giudice del collegio è delegato a ricevere una prova, non può passare in cosa giudicata nel senso da impedire che si possa delegare successivamente un altro giudice, e per esempio quello del domicilio della persona che deve rispondere ad un interrogatorio ordinato. — *Saredo, Istit.*, n. 405.

3. Il giudice o l'autorità delegata all'assunzione di una prova possono a lor volta delegare?

Ritengo fermamente che no, sia pel disposto dell'art. 68 c. p. c. che per analogia dell'articolo presente.

211. Per ciascuna prova si fa processo verbale nelle forme stabilite in appresso.

Quando per la prova sia stato delegato un giudice che non appartenga all'autorità giudiziaria davanti cui pende la causa, il cancelliere del giudice delegato trasmette immediatamente il processo verbale in originale alla cancelleria della detta autorità giudiziaria.

Il processo verbale è prodotto in causa per copia.

« Nel caso previsto dal capoverso dell'art. 211 codice procedura civile, il giudice che ha proceduto all'atto ne tassa le spese e rilascia l'ordine di pagamento, la cui copia tiene luogo di sentenza spedita in forma esecutiva contro la parte a cui istanza si è proceduto all'atto ». — *Art. 302 reg. gen. giud.*

« Nelle copie dei provvedimenti indicati nell'art. 302 del reg. gen. giud., il cancelliere, invece della spedizione in forma esecutiva, dichiarerà prima di autenticarla, che la copia è spedita a sensi di esso articolo ». *Art. 307 reg. gen. giud.*

212. Quando negli esami, o in qualunque altro atto di procedura, si debba interrogare qualche persona che non conosca la lingua dell'autorità giudiziaria procedente; o quando gli ufficiali che intervengono all'atto non intendano la lingua della detta persona, si nomina un interprete, il quale presta giuramento di fedelmente spiegare le domande e riferire le risposte.

L'interprete deve essere maggiore d'età e non può essere scelto fra i giudici, gli ufficiali intervenienti all'atto, o i testimoni della causa.

Nel processo verbale si fa menzione di quanto siasi operato a norma di quest'articolo. L'interprete, se può, lo sottoscrive.

213. Quando si debba interrogare un sordo, un muto, o un sordo muto:

Al sordo si presentano in iscritto le domande o le osservazioni dell'autorità giudiziaria, ed egli dà le sue risposte verbali;

Al muto si fanno verbalmente le domande e le osservazioni, ed egli risponde in iscritto;

Al sordo-muto si fanno le domande e le osservazioni in iscritto, ed egli risponde in iscritto.

Le domande e le risposte in iscritto sono unite al processo verbale.

Se il sordo, il muto, o il sordo-muto non sappia leggere o scrivere, l'autorità giudiziaria gli nomina uno o più interpreti, secondo le circostanze, scelti di preferenza fra le persone abituate a trattare con esso, osservate nel resto le disposizioni dell'articolo precedente.

214. Le disposizioni dei due articoli precedenti si devono osservare sotto pena di nullità.

215. Quando la parte, il testimone, o il perito chiamati a rispondere ad un interrogatorio, a prestare giuramento, a deporre o riferire verbalmente all'udienza, giustifichino l'impossibilità di presentarsi nel giorno assegnato, il presidente o il giudice delegati stabilisce un altro giorno nel termine prescritto per l'esecuzione

della prova, o si trasferisce all'abitazione della parte, del testimone o del perito per riceverne le dichiarazioni.

Se l'abitazione sia distante dalla sede del giudizio, o si trovi nella giurisdizione di un'altra autorità giudiziaria, si provvede a norma dell'art. 208.

1. Quando è giustificata la impossibilità d'un individuo a presentarsi all'epoca stabilita per prestare il giuramento, può essergli assegnato un nuovo giorno o provvedersi con alcuno degli altri modi di questo articolo. La impossibilità può ritenersi provata anche col mezzo d'una lettera non impugnata dalla parte avente interesse.

Ad ogni modo se il giudice non presta fede alla lettera, può ordinare che vengano somministrate prove migliori, ma non rigettare assolutamente la domanda d'assegnazione d'altro giorno. — *Appello Torino, 31 maggio 1867. Brachet-Contol—utrinque. Annali, I, 497.*

2. Chi è tenuto a rispondere ad interrogatorii, se non possa al giorno determinato recarsi nel luogo, deve, prima della scadenza del termine, giustificare l'impedimento, e chiedere al giudice delegato una dilazione, o fare istanza al tribunale per la delegazione dell'autorità giudiziaria del luogo in cui esso si trova.

L'impedimento per causa di malattia, o grave indisposizione di salute, non è giustificato da un certificato rilasciato da un medico in paese straniero, se non siane legalizzata la firma dal console italiano, e la firma del console sia alla sua volta legalizzata dalla segreteria di Stato per gli affari esteri. — *Appello Torino, 3 marzo 1868. Bauffremont—Belloni Segre e C. Annali, II, 293.*

1. Se la giustificazione invece che essere presentata al presidente, come pare supponga l'articolo, sarà prodotta al collegio, all'udienza, il provvedimento contemplato dall'articolo stesso sarà necessariamente preso dall'intero collegio. *Conformi: Borsari, Comm., I, p. 309 - Gargiulo, Comm., p. 555.*

2. Non prescrivendo la legge alcun modo per produrre la giustificazione di cui è parola in questo articolo, essa potrà esserlo così a mezzo di un mandatario, come di parenti ed amici, ed anche mediante una lettera. — *Carré, quest., 1051 - Gargiulo, Comm., p. 556.*

§ I.

Dell'interrogatorio delle parti.

216. La parte che vuole interrogare l'altra sopra fatti relativi alla causa, deve dedurli specificatamente per articoli separati.

1. Non v'ha inscindibilità quando ammettendosi il pagamento s'aggiunga che questo fu fatto non in conto di capitale e degli interessi portati dal contratto, ma in soddisfazione di maggiori interessi posteriormente pattuiti. — *Appello Casale, 19 dicembre 1864. Barbano—Barbano. Giur. della Corte di Casale, II, 333.*

2. Non è inscindibile l'aggiunta, colla quale, pur ammettendo di non aver fatto il pagamento che in rogito si disse eseguito prima d'allora, viensi ad escludere il debito o a diminuirlo o a mutarne il titolo e la

causa. — *Appello Genova*, 25 aprile 1865. *Giordano—Ormea. Gazz. dei Trib.*, XV, 567.

3. La disposizione dell'art. 1364 codice civile, per la quale il giuramento non può cadere su di un fatto delittuoso, non può estendersi al semplice interrogatorio, massimamente quando per natura del fatto siavi ragione di credere che l'attore si trovi nella necessità di ricorrere alla confessione della parte per giustificare il suo intento. — *Appello Torino*, 9 febbraio 1866. *Bettini*, XVIII, 35.

4. Gli intervenienti diventano parti nella causa e perciò possono essere assoggettati all'interrogatorio; ma tranne il caso dell'intervento ordinato d'ufficio dal giudice non ponno le parti principali far intervenire un terzo che non abbia interesse nella causa al solo fine d'interrogarlo. — *Cass. Firenze*, 2 agosto 1866. *Cristofani—Nardi. Annali*, 1, 32.

5. Si debbono ammettere alla prova gli articoli per interrogatori, sebbene riguardino soltanto la scienza del rispondente quando il fatto della scienza possa in qualche modo influire nella causa.

Al sindaco di un comune si possono validamente ed efficacemente proporre interrogatorii sopra fatti relativi all'amministrazione in tutto ciò che non eccede le attribuzioni proprie della giunta municipale.

È lecito di proporre interrogatorii anche su fatti illeciti, massime se non rivelino direttamente per sé stessi la turpitudine di un reato. — *Appello Brescia*, 16 gennaio 1866. *Lazzari—Comune di Collio ll. cc. Annali*, II, 669.

6. Perchè l'interrogatorio sia ammissibile è necessario che i fatti de-dotti a prova, oltre ad essere rilevanti, siano anche relativi alla causa.

Sono relativi alla causa non tanto i fatti ai quali colui che deve rispondere abbia personalmente partecipato, ma anche quei fatti dei quali egli abbia scienza personale.

Non può negarsi la prova per interrogatorio, quantunque i fatti che vogliansi giustificare sieno stati più o meno esplicitamente concordati dal procuratore dell'avversario negli atti di causa. — *Appello Brescia*, 13 dicembre 1867. *Gallarati-Scotti—Foà. Annali*, II, 449.

7. È ammissibile anche l'interrogatorio sopra fatti dei quali l'interrogato abbia avuto soltanto cognizione senza avervi materialmente partecipato. — *Appello Brescia*, 24 giugno 1868. *Landriani—Ghiringhelli. Mon. Trib.*, IX, 949.

8. Non possono rigettarsi li interrogatorii tuttochè tendenti a far confessare dei fatti immorali od anche delittuosi, quando è su questi fatti che il produttore fonda la sua azione od eccezione. — *Appello Firenze*, 9 ottobre 1868. *Calatrini—Calatrini. Annali*, II, 493.

9. È inammissibile l'interrogatorio diretto sopra fatti che se anche non sono delittuosi nuocerebbero però siccome turpi alla civile estimazione dell'interrogato (1364 cod. civ.). — *Appello Milano*, 3 novembre 1868. *Mon. Trib.*, X, 115.

10. L'amministrazione pubblica come ente morale, personificandosi nei suoi rappresentanti e comparendo per mezzo di loro in giudizio non può sottrarsi agli obblighi inerenti ad ogni altro litigante; quindi il rappresentante l'amministrazione come potrebbe deferire all'avversario articoli interrogatorii su fatti relativi alla lite, così questo deve avere eguale diritto di deferirli a lui per trarre dalle sue risposte argomento di difesa a sostegno del proprio assunto. — *Appello Lucca*, 11 febbraio 1869. *Demanio—Princ. di Capua. Annali*, III, 5.

11. L'inscindibilità della confessione spiega la sua efficacia là dove le aggiunte del confitente si connettono sì intimamente al fatto confessato,

sia rettificandolo nei suoi sostanziali elementi, sia completandolo anche nelle parti accessorie, per cui subisca tale modificazione da cessare di essere quale fu rappresentato e da non aver mai potuto creare quel diritto che si vuole far valere; non così quando le aggiunte non intacchino il fatto dedotto, ma costituiscano nuovi fatti da quello staccati e indipendenti: conseguentemente chi interrogato ammette d'aver avuto delle somministrazioni di merci e di aver contratto un debito, ma soggiunge di aver pagato e restituito il danaro, non ha diritto alla inscindibilità della confessione, ma deve somministrare le prove di queste sue eccezioni. — *Appello Milano, 1 dicembre 1869. Porta—Deandreis. Gazz. Trib. di Genova, XXII, 238.*

12. Se l'interrogato confessa il suo debito, ma soggiunge che questo è rimasto compensato con un credito che esso teneva verso l'interrogante, senza che questo abbia altra giustificazione che quel detto del rispondente, non havvi inscindibilità. — *Cass. Torino, 9 marzo 1870. Boffani—Maccagno. Giurisprudenza, VII, 290.*

13. Se il debitore confessa il suo debito, ma aggiunge di averlo soddisfatto, la indivisibilità della sua confessione deve essere rispettata, poichè se il creditore non ha altro titolo che i detti del suo debitore, non può farli a brani e prenderne la parte che gli torna più vantaggiosa. — *Cass. Napoli, 5 aprile 1870. Scordino—Musilano. Gazz. dei Trib. di Napoli, XXIII, 67.*

14. Chi confessa aver ricevuto la merce ed aggiunge averne pagato il prezzo ha diritto di essere assolto dalla domanda finchè l'attore non somministra altra prova. — *Cass. Torino, 8 luglio 1870. Fradelloni—Frampolli. Giurisprudenza, VII, 525 - Appello Torino, 17 dicembre, 1866. Giurisprudenza, IV, 128 - Appello Torino, 24 marzo, 1868. Giurisprudenza, V, 309 - Cass. Torino, 21 luglio 1869. Giurisprudenza, VI, 586.*

15. Allora soltanto le aggiunte fatte dal rispondente o dal giurante sono inscindibili quando si rannodano al tema principale a chiarire il vero portato della risposta o del giuramento, o porre nel vero loro essere i fatti su cui si rispose o si giurò.

Ma non lo sono quando tendono a porre in essere un fatto distinto da quello formante oggetto dell'interrogatorio o del giuramento, a far sorgere a favore del rispondente o del giurante una ragione di credito non stata mai proposta, o la prova di un credito contestato.

Quindi sull'interpello dell'attore al convenuto, se abbia o no ricevuto le merci di cui gli chiede il prezzo, non sarebbe inscindibile l'aggiunta con cui il rispondente ammettendo aver ricevuto le merci, dichiarasse averle ricevute in conto di un suo credito, il quale è contestato e non altrimenti giustificato. — *Cass. Torino, 23 febbraio 1871. Cagnardi—Bigliani. Giurisprudenza, VIII, 210.*

16. L'interrogatorio, a differenza del giuramento decisorio, è un mezzo di istruzione, il cui risultato, se può somministrare elementi di prova favorevoli al proponente, non ne può offrire alcuno in vantaggio dell'interrogato. Questi perciò non ha interesse, nè quindi diritto ad opporsi alla rinunzia del proponente alla fatta domanda dell'interrogatorio, anche se ammesso con sentenza. — *Appello Bologna, 24 aprile 1871. Farnè—Brian. Annali, V, 362.*

17. L'interrogatorio è una prova da esperirsi in principio di giudizio: esso torna quindi inammissibile, quando una sentenza à già ammesso sugli stessi o su analoghi fatti la prova testimoniale. — *Appello Milano, 17 gennaio 1873. Arbib—Sindaco full. Arbib. Mon. Trib., XIV, 148.*

18. La disposizione dell'art. 1364 codice civile, che vieta la delazione

del giuramento sopra fatti delittuosi, non può estendersi all'interrogatorio della parte. — *Appello Venezia* 18 marzo 1873. *Muschietti—Gori. Annali*, VII, 275.

19. Si devono respingere gli interrogatorii tendenti a provare un fatto irrilevante in causa. — *Appello Firenze*, 17 giugno 1873. *Alberti—Chini. Annali*, VII, 423.

20. Perchè la confessione sia inscindibile è necessario che si verifichi quella connessione intima e necessaria di fatti che per la loro indole costituiscono un solo atto continuato. — *Cass. Firenze*, 19 giugno 1873. *Cipriani—Fossi. Gior. dei Trib.*, II, n. 172.

21. È ammissibile l'interrogatorio dedotto al rappresentante di un corpo morale sopra fatti relativi all'amministrazione di esso corpo. — *Appello Milano*, 13 novembre 1873. *Istituto Ospit.-Milano—Pozzi. Bettini*, XXV, 758.

22. La disposizione dell'art. 1360 cod. civ. sulla inscindibilità della confessione non ha un valore assoluto, e non toglie al giudice la facoltà di fare stima della qualità aggiunta alla confessione, secondo le esigenze dei casi particolari, salvo che si tratti di confessione qualificata, che sia unico mezzo di prova. — *Cass. Firenze*, 19 gennaio 1874. *Vatti—Fidanzì. Gior. dei Trib.*, III, n. 117.

23. Il principio della inscindibilità della confessione non è applicabile allorché in una confessione si ammette il debito, ed invece di soggiungere di averlo pagato, si asserisce giuridicamente che tale debito sia compensato con altro credito di maggiore o pari somma senza che questa asserzione sia sorretta da altra prova.

A fronte di un documento, che, indipendentemente dalla confessione del debitore precedentemente provocata, stabilisce l'esistenza del credito contestato, non sono ammissibili ulteriori indagini sulla scindibilità o meno della confessione stessa. — *Cass. Torino*, 4 febbraio 1874. *Givone—Vercellino. Gior. dei Trib.*, III, n. 88.

24. L'interrogatorio si può deferire anche sopra fatti illeciti, quando questi contengono un dolo semplicemente civile. — *Appello Bologna*, 3 aprile 1875. *Celada—Cestari. Mon. Trib.*, XVI, 535.

1. Qualunque persona sia parte nel giudizio, o come attore o come convenuto o come intervenuto, o finalmente come garante, può domandare l'interrogatorio d'altra parte in lite od essere, a istanza della medesima, interpellata. — *Carré, quest.*, 1224 - *Chauveau in Carré, quest.*, 1224 - *Pigeau, Proc. civ.* - *Favard*, I, p. 113 - *Dalloz*, t. 18, p. 161 - *Boncenne*, n. 385 - *Gargiulo, Comm.*, p. 559.

Però il correo non può chiedere l'interrogatorio d'un altro correo di lite.

2. Nessuno può essere validamente interrogato se non nei limiti della sua capacità. Così il tutore sarà, come il minore emancipato, interrogato efficacemente soltanto su ciò che riguarda l'amministrazione dei beni e non già sopra quanto riflette la loro alienazione (art. 1361 cod. civ.). — *Borsari, Comm.*, I, p. 310 - *Saredo Istit.*, n. 416 - *Gargiulo, Comm.*, p. 559 - *Carré e Chauveau, quest.*, 1224 - *Dalloz*, t. 18, p. 161, n. 2 - *Boncenne*, n. 385 - *Pigeau, Comm.*, t. 1, p. 582.

3. L'amministratore di uno stabilimento può essere interrogato sui fatti a lui personali, ossia della propria amministrazione, ma non sopra quelli che riflettono l'ente, ammenochè questo non gliene dia espressa facoltà. — *Gargiulo, Comm.*, p. 559.

4. I fatti su cui à luogo l'interrogatorio devono concernere l'interrogato o esser tali che egli ne abbia personalmente scienza. — *Borsari, Comm.*, I, p. 311 - *Saredo, Istit.*, n. 416.

5. È ammissibile l'interrogatorio sopra fatti immorali o colpevoli?

Il Fabro (*Codez, lib. IV, tit. 14, def. 54, all. 13*) rammenta la massima *nemo tenetur detegere propriam turpitudinem*, sulla quale fondavasi l'antica giurisprudenza per negare che si possano ammettere interrogatorii sopra fatti turpi ed immorali, imputati alla parte.

Tra i moderni ammettono l'esperimento dell'interrogatorio sopra simile soggetto i seguenti: Carré, *quest.*, 1225; Berriat, *p. 316, n. 6*; Boncenne, *t. 4, p. 534*; Dalloz, *Rép. v. Interr. sur faits et art.*, *n. 26, 5*; Pigeau, *Comm.*, *t. 1, p. 581*; Thomine, 375; Merlin, *Rép. v. Interr.*, *n. 5*.

Lo rigettano invece: Demiau-Crouzilhac, *p. 236*; Chauveau in Carré, *quest.*, 1225. Borsari nel *Comm. Cod. Sardo* (III, *n. XXXIV*) ritiene che in massima non possa esigersi dalla parte la confessione della propria turpitudine, del proprio delitto; che simile questione di immoralità giudiziaria non possa apprezzarsi che dal giudice del fatto; che però se l'interpellanza non aspira direttamente alla confessione del fatto turpe, ma solo a stabilire circostanze che per sé stesse non importino tale confessione, si dovrà ammettere. Nel commento al codice attuale (I, *p. 312*) dichiara poi ancor più nettamente e recisamente che l'art. 1364 codice civile, è applicabile anche all'interrogatorio, il quale non è perciò ammissibile sopra un fatto delittuoso. Col Borsari è anche il Gargiulo (*Comm.*, *p. 565*).

Pescatore (*Logica del diritto CXVIII, § 4*) insegna non doversi fare eccezione alla inammissibilità dell'interrogatorio su fatto turpe, se non allorché le circostanze del caso *convincano pienamente il giudice*, portino nell'animo di lui *la certezza morale della necessità e della giustizia* degli interrogatorii sul fatto medesimo.

6. La confessione deve ritenersi inscindibile quand'anche sia qualificata, sia fatta cioè con certe modificazioni che ne alterano l'essenza e la natura giuridica, e ciò perchè come la parte, a vantaggio della quale il fatto principale è stato riconosciuto, trovasi liberata dall'obbligo di provarlo, così del pari la parte che a fatto la confessione deve essere dispensata dal provare le dichiarazioni accessorie in essa contenute per non essere privata del vantaggio che le dava la sua condizione di convenuta nella domanda o nell'eccezione.

Anche la confessione complessa, quella cioè di colui, che ammettendo senza modificazioni il fatto allegato dall'avversario, oppone nel tempo stesso un altro fatto che creerebbe una eccezione a suo favore, si ritiene inscindibile quando la dichiarazione accessoria non riguarda un fatto interamente distinto dal fatto principale di cui esso non suppone necessariamente l'esistenza, come sarebbe la compensazione del credito riconosciuto con altro che si allega. — Zachariae, *vol. III, p. 194* - Pothier, *Obbligazioni*, *n. 833* - Merlin, *voc. Confessione*, *§ 2, n. 2* - Toullier, *X. n. 339* - Duranton, *XIII, n. 555* - Bonnier, *n. 250* - Cattaneo e Borda, *Comm. all'art. 1360 Cod. civ.* - Mattei, *Annotaz.* - Gargiulo, *Comm.*, *p. 566*.

Borsari ammette tre sole cause di limitazione al principio della inscindibilità della confessione, e cioè: 1. *La mancanza di relazione logica e discorsiva* fra la proposta e la risposta; 2. *La non credibilità morale* dei fatti allegati nella risposta; 3. *La non corrispondenza di questi fatti collo stato del processo.* (*Comm.*, I, *p. 330*).

Nel *Commento al Codice sardo* lo stesso Borsari assai giustamente osserva che « la confessione colle sue modificazioni e qualità rappresenta la totalità del pensiero del confitente, un fatto della sua coscienza esposto a danno del proprio interesse, e che perciò nessuna circostanza relativa al soggetto può sottrarsi al giudizio dell'atto senza lederne il pensiero ». (*vol. III, n. XLVIII*).

Non può tuttavia negarsi a chi à proposto l'interrogatorio la facoltà di provare la falsità dei fatti allegati nella risposta dell'interrogato.

217. L'ordinanza ò la sentenza che ammette l'interrogatorio delega un giudice per ricevere la risposta, salvo che ordini che sia data all'udienza.

Art. 203 e 206 reg. gi

Quando l'interrogatorio sia ammesso con ordinanza, questa stabilisce il giorno per rispondere, sempre che le risposte si debbano dare all'udienza o davanti un giudice del collegio.

Negli altri casi l'ordinanza o la sentenza ordina la comparizione delle parti davanti il presidente o il giudice delegato per stabilire l'udienza o il giorno per l'interrogatorio.

1. Ammesso un interrogatorio da sentenza, la quale ha delegato un giudice del collegio per riceverne la risposta, ed ha rinviato le parti davanti al medesimo per fissare il giorno della risposta, senza stabilire il giorno della comparizione davanti al medesimo, deve la parte più diligente citare l'altra a comparire a giorno fisso davanti al giudice delegato per l'oggetto che sopra; nè può domandare con semplice ricorso, o senza citazione dell'altra parte, la fissazione del giorno della risposta; il decreto emanato su tal ricorso è nullo.

La fissazione del giorno per la esecuzione di qualunque prova deve farsi con ordinanza, e non con decreto, e previa citazione da trasmettersi dall'una all'altra parte.

L'ordinanza che fissa il giorno per l'esecuzione d'una prova deve essere notificata a forma dell'art. 369 c. p. c., cioè in copia coll'autenticazione del cancelliere, e non basta la contestazione che se ne faccia in una comparsa, senza la suindicata autenticazione.

Deve annullarsi la fissazione del giorno per la risposta all'interrogatorio fatta con decreto, sebbene non sia espressamente la nullità dichiarata dalla legge, perchè mancano gli elementi sostanziali richiesti per tale oggetto.

La delegazione di un giudice del collegio a ricevere la risposta all'interrogatorio, contenuta in una sentenza che ammette un tal mezzo di prova, non forma cosa giudicata, di guisa che non si possa successivamente chiedere che sia delegato altro giudice del domicilio di quello che deve rispondere. — *Appello Firenze, 16 aprile 1867. Toggio—Soliva. Anali, II, 18.*

2. Il provvedimento del magistrato con cui si ammettono gli interrogatorii dedotti dalla parte, e si prefigge il giorno per la risposta dovendosi considerare come una sentenza, se la parte cui furono dedotti gli interrogatorii è contumace, la notificazione di quello deve esserle fatta non mediante affissione, ma personalmente. — *Cass. Firenze, 17 giugno 1872. Mancini—Rigacci. Bettini, XXIV, 380.*

Nel commento a questo articolo il Gargiulo insegna che « la forma da seguirsi per gli interrogatorii, non è quella stabilita per gli incidenti, a differenza delle altre prove », ed in armonia a questa sua opinione, detta la formula per la pratica attuazione delle disposizioni contenute nel presente articolo.

Secondo a me sembra, l'egregio autore ha torto, poichè nel paragrafo che tratta dell'interrogatorio non è fatta eccezione al disposto dell'art. 206, che in via generale impone l'osservanza del rito incidentale per l'ammissione di qualunque mezzo di prova.

La distinzione fra l'ordinanza e la sentenza riguarda i due differenti casi che l'interrogatorio sia ammesso dietro accordo delle parti dal giudice delegato, ovvero nel disaccordo dei litiganti dal tribunale mediante sentenza. Del resto, in veruna delle sezioni che si occupano degli altri mezzi di prova il legislatore ha stabilito espressamente che essi devono proporsi colle norme degli incidenti.

Non so quindi dove il Gargiulo abbia trovato il fondamento alla sua teoria, che, per quanto mi pare, ha bisogno di essere meglio chiarita e dimostrata.

218. La risposta agli interrogatori deve darsi dalla parte in persona senz'chè possa valersi di scritto preparato a quest'uopo.

Art. 215 c. p. c.

Quando la parte non comparisca, o ricusi di rispondere, si hanno come ammessi i fatti dedotti, salvo che giustifichi un impedimento legittimo.

1. Il termine utile per dar la risposta all'interrogatorio giudiziale si estende a tutta la durata dell'udienza a tal uopo fissata, nè può ritenersi altrimenti circoscritto perciò che nell'ordinanza del giudice delegato siasi aggiunta all'indicazione del giorno anche quella dell'ora in cui l'interrogato dovrà comparire. — *Appello Milano, 4 ottobre 1869. Del Pio ll. cc.—Zanetti. Mon. Trib., X, 1072.*

2. Non si decade dal diritto di rispondere ad un interrogatorio perciò solo che per una causa accidentale ed estranea alla parte, questa non abbia potuto presentarsi a rispondere. — *Cass. Napoli, 19 ottobre 1870. Carillo—Stornaiolo. Gazz. del Proc., V, n. 38.*

3. Non la semplice interpellanza, ma formali interrogatorii dedotti specificatamente, possono produrre l'effetto della tacita ammissione, nel caso in cui l'interrogato non risponda o non compaia per rispondere.

Contro il contumace cui siansi dedotti interrogatorii sull'esistenza dell'avversario credito, non v'ha una tacita pronuncia la quale gli precluda la via ad impugnarlo in appello. — *Cass. Torino, 3 maggio 1872. Rebola-Furiani—Testa. Bettini, XXIV, 297.*

4. Agli effetti dell'art. 218 c. p. c. il rifiuto a rispondere all'interrogatorio deve risultare in modo esplicito. Se l'opporre che un interrogatorio è inammissibile, ed irrilevante, può dimostrare poca buona volontà per parte dell'interrogato di rispondere, non ne segue però che tale obbietto possa considerarsi come equivalente al rifiuto. — *Cass. Torino, 18 marzo 1875. Trione—Prola. Gior. dei Trib., IV, n. 105.*

1. Se l'ordinanza che fissa il giorno dell'interrogatorio fu pronunciata in assenza d'uno dei procuratori verrà a questi notificata o nel termine che sarà dalla medesima fissato o almeno tre giorni innanzi a quello destinato per l'assunzione della prova (arg. art. 185). Non può ammettersi l'obbligo di notificare la detta ordinanza all'interrogando in persona, perchè non è imposto da veruna disposizione di legge, che pure si trova esplicita riguardo al giuramento (art. 224) ed anche quanto all'interrogatorio nei giudizj davanti ai pretori (art. 438). — *Conf. Borsari, Formulario, p. 76.*

2. L'impedimento legittimo potrebbe farsi constare anche dopo il giorno destinato alla risposta agli interrogatorii? Su ciò la legge è muta; ma non trovo disposizione che ne faccia divieto.

Veramente la legge non dice che *in quel giorno stesso* si debba giustificare il legittimo impedimento. Non dice neppure come, giustificato il legittimo impedimento, debba provvedersi in seguito, provocando una nuova udienza, un nuovo termine.

Ma in sì evidente equità, perchè non dovrebbe supplirsi colla ragione e col buon criterio del giudice? — *Borsari, Comm. Cod. Sardo, III, n. LX.*

3. La allegata *non ricordanza* del fatto su cui verte l'interrogatorio, non può equivalere all'ammissione del fatto stesso. — *Gargiulo, Comm., p. 565.* Ciò risulta evidente dalla tassativa disposizione del capoverso di questo articolo.

Chauveau e Carré (*quest.* 1250) concordano nell'opinione di Rodier e Duparc-Poullain, i quali fanno dipendere la conseguenza della risposta suddetta dalla natura del fatto e dalla verosimiglianza o non della dimenticanza del medesimo. Secondo essi, il giudice potrebbe, nel dubbio, seguire lo stretto diritto che richiede che su ciascun fatto sia data una risposta precisa e pertinente.

4. Sulla scindibilità o inscindibilità della confessione giudiziale vedi il commento all'art. 216.

219. Nel processo verbale si fa risultare delle interrogazioni e delle risposte.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti, dal presidente o dal giudice delegato, e dal cancelliere.

Potrà il giudice delegato fare d'ufficio delle interrogazioni che non sono testualmente comprese nell'istanza?

Potrà farle, alla condizione che esse mirino soltanto a chiarire meglio le risposte; ogni domanda che non sia strettamente relativa alla materia, gli è del tutto interdetta.

Questa dottrina del Delaporte (*tit. 2, p. 316*), del Demiau-Crouzilnac (*p. 242*), del Thomine (*tit. 1, p. 557*) non sembra suscettibile di contraddizione. — Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. LXVI.

§ II.

Del giuramento.

Art. 1364 sèg. c. c.; 175
c. p. c.

220. Il giuramento decisorio si può deferire in qualunque stato e grado della causa.

Chi lo deferisce deve proporre la formola.

1. Il giuramento decisorio, sebbene sia ammissibile in qualunque stato di causa, non può per altro dirsi tale in sede di rinvio dalla corte di cassazione, a meno che all'udienza in cui si sono proposte le conclusioni che precedettero la sentenza annullata non fosse stato egualmente dedotto. — *Appello Genova*, 16 settembre 1861. *Galimberti—Gromont-Massa. Gazz. dei Trib.*, 1862, 428.

2. Il giuramento non può essere deferito che a colui il quale litighi nel suo proprio nome, non a colui che rappresenta in giudizio una delle parti. — *Appello Messina*, 16 aprile 1866. *Crisafulli—Cuccione. Gazz. dei Trib.*, 1866, 382.

3. Il diritto sia dell'attore che del convenuto di por fine alla controversia mediante un giuramento decisorio non patisce altre limitazioni oltre quelle dalla legge stabilite.

Il giudice non può frapporre ostacolo od impedire l'esercizio di quel diritto quando non sia accertato il concorso di altra delle limitazioni dal legislatore dettate. — *Cass. Torino*, 6 giugno 1866. *Valtz—utrinque. Gazz. dei Trib.*, 2, c. 162.

4. Il giuramento decisorio non può proporsi per comparsa al tribunale, ma per modo incidentale al presidente. — *Appello Messina*, 16 novembre 1866. *Hooglandt—Fileti. Annali*, I, 310.

5. Viola la legge quel magistrato, che, contro la domanda fatta da ambedue le parti nelle conclusioni finali per la decisione della causa in merito, ordina d'ufficio la prestazione di un giuramento decisorio, che, deferito nel corso dell'istruzione scritta soltanto in via subordinata, non era stato riproposto nella comparsa conclusionale.

Chi non ha capacità di transigere, non l'ha neppure per deferire il giuramento decisorio.

Non basta per l'ammissione del giuramento decisorio che i fatti dedotti nella formola proposta siano rilevanti e concludenti, ma si richiede che siano direttamente decisivi della controversia in quanto si attiene al fatto, e che dal medesimo soltanto dipenda la decisione della lite, non potendosi cumulare con altri mezzi di prova. — *Appello Brescia*, 26 febbraio 1867. *Pio Luogo Narcisi di Palosco—Costardi. Annali*, I, 463.

6. Il giuramento decisorio deve nella sua formola comprendere tutta quanta l'importanza del fatto controverso, non può essere cumulato con altri mezzi di prova sul fatto stesso e non può contenere la espressione di un giudizio di apprezzamento di diritto. — *Appello Brescia*, 7 maggio 1867. *Piazzoni—Arrigoni ll. cc. Mon. Trib.*, IX, 180.

7. La legge non autorizza i giudici a rifiutare un partito di giuramento decisorio perchè i fatti capitolati si presentino più o meno inverosimili. — *Cass. Torino*, 31 maggio 1867. *De Martini—Cassinelli. Gazz. dei Trib.*, 2, c. 251.

8. Il giuramento decisorio non può essere recusato dal giudice, tranne nei casi di eccezione tassativamente indicati dalla legge. Egli può soltanto correggere la formola se presenti ambiguità.

Nè presunzioni in contrario, nè inverosimiglianze, nè contraddizioni nella difesa, valgono ad impedire ad una delle parti di deferire all'altra il giuramento decisorio. — *Cass. Napoli*, 14 giugno 1867. *Bevione-Gatti—Ferro. Annali*, I, 385.

9. Sia pei principii generali di diritto (*Leg. 34, § 6, Dig. de iurejurando, etc.*), sia per speciali disposizioni del codice civile (art. 1363, n. 1 e 1367), il giuramento decisorio non è ammissibile ove non serva di per sé solo a dirimere definitivamente la lite, onde bisogna che il tribunale, innanzi di ammetterlo, esamini e decida tutte le questioni, la cui risoluzione in un senso, o in un altro, potrebbe rendere di nessun giovamento la prova ottenuta con questo mezzo. — *Appello Lucca*, 2 settembre 1867. *Santini—Santini. Annali*, I, 530.

10. Il sordo-muto, pure essendo inabilitato dalla nascita, può essere ammesso a giuramento ed a rispondere personalmente ad interrogatorii coll'assistenza del curatore. — *Appello Torino*, 15 maggio 1868. *Fissore—Weill-Weiss. Gazz. dei Trib. di Genova*, XX, 529.

11. La formola del giuramento deve essere proposta solamente da colui che deferisce il giuramento, e può essere corretta dal giudice, il quale deve proporre nella sentenza un'unica formola in modo alternativo. — *Appello Parma*, 14 settembre 1868. *Bionda—Castelli e Vertua. Annali*, II, 306.

12. Il giuramento può essere deferito sopra uno o più fatti della controversia, ma che sieno concludenti e non frustranei. — *Appello Napoli*, 21 dicembre 1868. *Correra—Petrucci. Gazz. dei Trib.*, 1869, 181.

13. La domanda contenente la materia del giuramento decisorio fa parte della sentenza che lo ammette, ed è in facoltà del giudice ammetterla quale venne dedotta, o riformarla e correggerla nella sua sostanza, purchè non venga alterato lo scopo del deferito giuramento. — *Cass. Torino*, 13 gennaio 1869. *Laschi—Di Weill-Weiss. Gazz. dei Trib.*, 2, c. 33.

14. Se la formula e le aggiunte proposte da colui cui è deferito il giuramento meglio corrispondano alla lettera ed allo spirito della legge, che cioè qualunque sia per essere il giuramento, prestato, sarebbe sempre decisivo di tutta la lite, i giudici devono ammettere la formula proposta colle aggiunte domandate. — *Cass. Torino, 11 febbraio 1869. Bassoli—Cavedoni. Gazz. dei Trib., 2, c. 82.*

15. Perchè il giuramento sia decisorio non è necessario che sia diretto a togliere di mezzo tutta la lite; ma basta che tenda a definirne anco un solo capo, poichè tanti sono i capi e tante le sentenze. — *Appello Genova, 8 marzo 1869. Vaccari, Allegrani—Lagomarsino. Annali, IV, 234.*

16. Colui cui è deferito un giuramento, se i fatti non gli sembrano rilevanti e decisivi, ha diritto di fare le sue osservazioni, e spetta al tribunale l'ammettere o no la formula proposta, o non ammetterla che colle spiegazioni aggiunte. — *Appello Genova, 5 aprile 1869. Caprile—Cecconi. Gazz. dei Trib., 1870, 70.*

17. Il giuramento decisorio essendo destinato a produrre gli effetti di una transazione, nulla deve contenere di oscuro: La formula del giuramento deve segnalare in modo chiaro, preciso e senza ambagi l'oggetto cui si riferisce. — *Appello Casale, 19 aprile 1869. Brusotti—Sacchi Nemours. Gazz. dei Trib., 1869, 407.*

18. Il giudice non può variare la formula del giuramento deferito dalla parte se non quando la medesima, contenendo coercizioni di coscienza od altri difetti intrinseci, richiegga modificazioni che, lasciandone sussistere la sostanza, tolgano quanto sia in urto colla legge, o non conforme alla necessità della causa. — *Appello Casale, 13 settembre 1869. Martin di S. Martin—Tapella. Gazz. dei Trib., 1869, 770.*

19. Il giuramento decisorio non può essere proposto per la prima volta nella comparsa conclusionale, ma, come per l'ammissione di qualunque altro mezzo di prova, la parte deve provvedersi nel modo stabilito per gli incidenti. — *Cass. Torino, 24 novembre 1869. Brunello U. cc.—Nosedà. Bettini, XXI, 752.*

20. Non è ammissibile il giuramento decisorio proposto in via subordinata. *Cass. Torino, 24 novembre 1869. Brunello—Nosedà. Mon. Trib., XI, 135. — Cass. Torino, 26 gennaio 1870. Torelli—Benintendi. Giurisprudenza, VII, n. 14. — Appello Torino, 18 gennaio 1870. Giurisprudenza, VII, 218. — Appello Casale, 4 maggio 1872. Legge, XII, 1096. — Appello Torino, 30 ottobre 1866. Gazz. dei Trib., 1867, 145.*

Contra: *Cass. Napoli, 14 dicembre 1872. Giurispr. di Catania, II, 29. — Cass. Torino, 16 maggio 1873. Legge, XIII, 754. — Appello Torino, 2 marzo 1843. Mantelli, IX, 336. — Appello Genova, 8 marzo 1869. Annali, IV, 234.*

21. Se i termini del giuramento sono oscuri e dubbi, il magistrato può emendarne la formula. — *Cass. Napoli, 4 dicembre 1869. Scipione—Cicotti. Gazz. dei Trib., 1870, 88.*

22. Il giuramento deferito in via subordinata all'esito di altra prova riveste il carattere di giuramento suppletorio, e può quindi essere rigettato dal giudice. — *Cass. Torino, 26 gennaio 1870. Bonino—Castagna. Annali, IV, 239.*

23. Il giuramento decisorio deferito ad un inabilitato è inammissibile perchè, contenendo in sé una specie di transazione, la sua prestazione sarebbe un atto eccedente la semplice amministrazione, e richiederebbe l'assistenza del curatore, la quale è inconciliabile colla natura di esso atto, che deve essere dettato al giurante dalla sola sua coscienza, ed esclude il concorso di altra persona.

Dato pure che il giuramento si ritenesse ammissibile quando il curatore acconsenta alla sua prestazione, non potrebbe tuttavia l'autorità giudiziaria nel caso di diniego di codesto assenso, supplirvi con alcun suo provvedimento, e tanto meno assoggettare con una sua sentenza l'inabilitato all'esaurimento di quell'incumbente. — *Appello Torino*, 17 marzo 1871. *Branzini—Branzini. Giurisprudenza*, VIII, 299.

24. Il giuramento decisorio può proporsi in qualunque stato della causa, quindi anche all'udienza stessa in cui cade la discussione della causa, nè v'è bisogno di seguire il rito degli incidenti. — *Appello Torino*, 27 marzo 1871. *Nicola—Giordana. Annali*, V, 441.

25. Quando il giuramento decisorio vale a risolvere una delle più importanti questioni della causa, è ammissibile, se anche non risolva tutta intera la lite. — *Cass. Firenze*, 20 marzo 1873. *Mucci-Masetti. Bettini*, XXV, 215.

26. Non è decisorio il giuramento dedotto dalla parte in via subordinata. Perciò non può il giudice trascurare i mezzi di prova dedotti in via principale, ammettendo senz'altro il giuramento dedotto in via subordinata. — *Cass. Torino*, 16 luglio 1873. *Ferrari-Ferrari. Gior. dei Trib.*, III, n. 49.

27. Avvenuta la discussione della causa nel contraddittorio delle parti, il procedimento rimane chiuso e niuna di esse può fare ulteriori deduzioni o istanze e nemmeno deferire all'altra il giuramento decisorio. — *Appello Modena*, 12 giugno 1874. *Abbati-Marescotti—Levizzani. Gior. dei Trib.*, III, 209.

28. Quando dagli atti e documenti della lite risultino fatti che contraddicono manifestamente all'assunto della parte che deferisce il giuramento decisorio, il magistrato ha facoltà di non ammettere la delazione del giuramento medesimo.

Non può paragonarsi questo caso con quello in cui al deferente manchi ogni principio di prova. — *Appello Venezia*, 9 marzo 1875. *Coletti—Coletti. Legge*, XV, 435.

29. Essendo in facoltà di una parte il deferire il giuramento all'altra nulla osta nei principii giuridici o nell'ordine processuale, che si possa anche deferire in via subalterna, mentre ciò non riguarda al carattere e alla sostanza di questo mezzo di prova, nè lo trasforma in un giuramento di specie diversa, quando il deferente non se ne rimette all'arbitrio del giudice, ma esercita egli stesso direttamente una facoltà che la legge gli attribuisce, solo tracciando la condizione d'ordine sotto la quale intende di deferirlo.

Se nella convinzione del giudice prove non esistono in processo, nè in favore di chi domanda, nè a favore di chi oppugna l'ammissione del giuramento decisorio, non può egli negarlo col pretesto che la causa doveva già ritenersi implicitamente decisa. — *Cass. Firenze*, 15 marzo 1875. *Baldi—Faralli. Annali*, IX, 200.

30. Sebbene il giuramento decisorio, formulato nelle conclusioni di prima istanza, non sia stato riproposto in appello ma riservato in esito a testimoniale, è tuttavia ammissibile se il giudice d'appello, dinanzi al quale sono stati riprodotti gli atti di prima istanza, e quindi anche quella conclusione, respinta la prova per testi, lo trovi decisivo nel merito dell'appello interposto in generale contro la sentenza. — *Appello Venezia*, 7 aprile 1875. *Capodilista—Barzilai. Mon. Trib.*, XVI, 677.

1. Il giuramento decisorio deve aver in sè stesso la virtù di terminare la lite. L'indirizzo del giuramento e la sua formula deve abbracciare, deve

ricoprire tutta l'importanza della questione, di maniera che quistioni relative, o appendici di esse, non restino ancora vaganti e risolvibili in altro modo che per mezzo del giuramento. Perciò non è ammissibile la presentazione di un giuramento precoce e dedotto sopra alcuni fatti della contestazione.

Prestato il giuramento, le questioni che rimangono devono versare soltanto sul *quid juratum*, non sul *quid jurandum*, dappoichè la causa deve ritenersi decisa a patto soltanto che la risposta al giuramento contenga veramente la decisione nella chiarezza dei suoi termini e nella sua logica coerenza colla formola.

Tuttavia è assolutamente da escludersi il giuramento decisorio da quei soggetti incidentali che non rappresentano che alcuni proposti subalterni della questione principale?

Il giuramento sarà da escludersi: 1. quando l'incidente abbia un rapporto diretto o indiretto colla questione di merito; 2. quando l'incidente non è diretto a stabilire una verità di fatto il cui oggetto sia interamente contenuto in esso incidente e per nulla influente nel merito. — Borsari, *Comm. Cod. proc. Sardo*, III, n. LXXVIII, LXXX, LXXXIII.

Anche Aubry e Rau (in Zachariae, § 753, n. 3 in nota) ritengono che il giuramento decisorio possa esser deferito non solo per farne dipendere la decisione della causa in merito, ma anche sopra tutti gli incidenti che possono sorgere fra le parti nel corso del giudizio e sui quali deve precedentemente essere deciso. (V. anche Dalloz, XXI, 272).

2. Può deferire il giuramento soltanto quella persona che gode della capacità di transigere sull'oggetto della controversia. Ed il giuramento può essere deferito solo a colui che litiga in suo nome personale, e perciò non può deferirsi ai tutori, agli amministratori d'un comune, ecc. ecc. — Zachariae, § 753, n. 1 - Pothier, *Obbligazioni*, n. 821 - Toullier, X, 373 - Bonnier, n. 305.

Chauveau (in Carré, *quest.*, 514), contro l'opinione di Carré, il quale si occupa del modo in cui gli amministratori di un pubblico istituto devono prestare giuramento, dichiara esplicitamente che, a suo avviso, il giuramento non può essere deferito ad un corpo, una comunità, uno stabilimento pubblico qualunque. Il giuramento, egli dice, è un atto del foro interno, della coscienza; ora l'idea di *coscienza* non può avere un significato che applicandola ad individui, mentre nella comunità non vi può essere una moralità propriamente detta.

Si risponderà, egli soggiunge, che si si rivolge alla coscienza dell'amministratore per ottenere da lui la verità sopra un fatto che è a sua conoscenza. Ma allora non è un giuramento decisorio o suppletorio che si esige da lui: è il giuramento d'un testimonio; dal momento che voi mettete in scena la *coscienza* dell'amministratore, voi individualizzate quest'uomo, prescindete dalla sua qualità di amministratore e non ravvisate in lui che i rapporti che egli ha coll'amministrazione. In una parola, non è la parte che giura, poichè questa non è *coscienza*, è la *coscienza* d'un terzo che voi le attribuite. Ben diverso è il caso dell'interrogatorio.

I corpi morali e le comunità possono tuttavia deferire il giuramento ai loro avversari.

3. Il giudice è egli tenuto ad ammettere sempre la domanda della parte che propone la delazione del giuramento?

L'opinione più generale degli autori è che il magistrato non possa mai recusare la delazione del giuramento quando concerne un fatto decisivo della lite, salvo che si tratti di uno dei casi eccezionali previsti dal codice civile. Marcadé, *art.* 1360, n. 2; Larombière, *Tr. des oblig.* *art.* 1361, n. 6; Bonnier, *Tr. des preuves*, 346; Zachariae, § 753, n. 2.

Borsari invece ritiene che non si possa costringere a prestare il giuramento quella parte che ha sufficientemente stabilita la prova della sua azione o della sua eccezione, di guisa che il magistrato possa giudicare della inammissibilità del giuramento anche con quel legittimo arbitrio che esercita sempre in materia di prove. — Vedi Borsari, *Comm.*, I, p. 316 e 325.

Lo stesso Borsari, nel *Comm. al Cod. Sardo*, III, § CXVII, disse che la

iniziativa del giuramento decisorio è senza dubbio attribuito di parte; ma nel giudice sta la facoltà di concedere secondo la varietà delle circostanze.

Così pure Pescatore opina che il giudice abbia facoltà di rigettare il giuramento decisorio proposto da una parte quando il suo assunto, oltre ad essere sprovveduto di ogni amminicolo favorevole, si trova già combattuto da una prova contraria, *od anche solo da un principio di prova contraria*. (*Spos. Comp. di proc. civ. e crim., vol. I, p. 250*).

4. È proponibile il giuramento in via sussidiaria qualora non si ritenessero sufficienti all'assunto del proponente le prove da esso dedotte o che è per dedurre. — Saredo, *Istit.*, 441 - Zachariae, § 753, n. 2 - Borsari, *Comm.*, I, 317.

Altri autori invece sostennero che il giuramento deferito da una parte, che ha fatto valere tutti i mezzi atti a giustificare la sua domanda o la sua eccezione, è un giuramento suppletorio, che non può essere imposto al giudice se non in quanto la domanda o l'eccezione non è del tutto sprovvista di prova. — Merlin, *Rep. Giuramento*, § 2, art. 2, n. 7 - Favard, *Rep. Giuramento*, sez. III, § 2, n. 6 - Toullier, X, 404.

221. Il procuratore non può deferire, accettare, o riferire un giuramento decisorio, rivocare il giuramento deferito, o dispensare dal prestarlo, senza mandato speciale per quest'oggetto, salvo che la parte sottoscriva la comparsa.

Art. 1372 c. c.; 1431 R. D. 13 settembre sulla tassa registro; 1 n. 22 R. D. sulla tassa bollo.

1. Il mandato conferito in causa al procuratore per accettare, deferire, riferire o chiedere la modificazione della formula di giuramento decisorio che fosse proposto, deferito o riferito, importa facoltà d'accettare il giuramento che fosse stato deferito, ma sarebbe di niun effetto per chiedere modificazioni alla formula dedotta. — *Appello Genova*, 24 marzo 1863. *Malaspina-Buttini. Gazz. dei Trib.*, 1863, 697.

2. Una procura generale a qualunque causa, sebbene contenga la facoltà di poter deferire il giuramento in qualsiasi giudizio e a qualunque parte avversa, sopra qualsivoglia fatto e in quel modo che al procuratore piaccia formularlo, non si può ritenere come mandato speciale, e quindi non è ammissibile il giuramento deferito dal procuratore con comparsa non sottoscritta dalla parte. — *Appello Napoli*, 16 maggio 1867. *Gazz. del Proc.*

3. Il divieto fatto ai procuratori di deferire, accettare o riferire il giuramento, riguarda il giuramento decisorio, e tale non è quello che mira soltanto a determinare la cifra dei pagamenti fatti a conto del debito complessivo che forma oggetto della lite. — *Appello Cagliari*, 23 novembre 1870. *Tolu-Spano. Legista*, 1, n. 17.

4. La sottoscrizione delle parti richiesta da questo articolo per la regolare delazione del giuramento decisorio, non può essere supplita da quella di un procuratore generale *ad negotia*, sebbene a questo si sia anche conferita la facoltà in genere di deferire, accettare o riferire giuramenti. — *Appello Torino*, 16 gennaio 1872. *Bona-Jona. Bettini*, XXIV, 14.

222. L'ordinanza o la sentenza che ammette un giuramento ne contiene la formula, e prescrive che si presti all'udienza, salvo che per motivi gravi sia delegato un giudice per riceverlo.

Quando il giuramento sia ammesso con ordinanza, questa stabilisce il giorno in cui dovrà essere prestato, sempre che debba prestarsi all'udienza o davanti un giudice del collegio.

Art. 203-207 reg. gi 1372 c. c.

Negli altri casi l'ordinanza o la sentenza prescrive la comparizione delle parti davanti il presidente o il giudice delegato, per stabilire l'udienza o il giorno in cui il giuramento dovrà prestarsi.

1. La facoltà che ha la parte di deferire il giuramento con quella formula che a suo avviso sia più adatta per la risoluzione della controversia, è temperata dal prudente arbitrio del giudice che può correggerla onde scompaiano gli equivoci e le coercizioni di coscienza. — *Appello Torino, 30 aprile 1866. Negri—Gariglio. Bettini, XVIII, 178.*

2. Quando l'ordinanza o la sentenza di conformità a questo articolo prescrive la comparizione delle parti davanti al presidente o giudice delegato per stabilire l'udienza o il giorno in cui il giuramento deve prestarsi, l'obbligo di provvedersi per tale comparizione incombe ad ambedue le parti in causa, e non già soltanto a quella che deve prestare il giuramento.

Conseguentemente fino a che dall'una o dall'altra delle parti non sia stata provocata la fissazione del giorno pel giuramento e in seguito a ciò non sia esaurito l'incidente relativo, la parte contraria a quella che deve giurare non può far iscrivere la causa a ruolo, nè accampare decadenza della controparte dal diritto di prestare il giuramento. — *Appello Brescia, 11 marzo 1868. Pedercini—Bonfamiglio. Mon. Trib., IX, 494.*

3. Vedi art. 220 sent. n. 11.

1. « Il giuramento decisorio involge una transazione sul punto controverso, e però lo stabilire i termini della transazione è una facoltà inerente al diritto delle parti. Ove queste non siano d'accordo, allora soltanto potrà intervenire il magistrato per avvicinarle sui termini della transazione giudiziaria.

« Se il giuramento viene accettato o riferito nella formula in cui fu proposto, non sorge alcuna difficoltà; ambedue le parti restano vincolate, ed il rifiuto di giurare, posteriore all'accettazione, trae seco la soccombenza nella lite. Ma quando il giuramento non venga accettato nè riferito, o se ne contrasti l'ammissibilità, o si sostenga non essere il medesimo riferibile, o si chiedano modificazioni alla formula proposta, sarà necessario l'intervento del giudice perchè pronunzi sulle istanze delle parti.

« Ove la formula proposta dal deferente sia stata modificata dal magistrato, nacque il dubbio se quello potesse ancora rinvocare la delazione del giuramento. Il progetto adottò la soluzione data dal Codice sardo su tale quesito, del quale non tratta il Codice francese.

« Qualora la sentenza che pronunziò sulla formula del giuramento sia divenuta irrevocabile, il deferente non potrà più revocarne la delazione, perchè col suo silenzio ha accettato come propria la formula adottata nella sentenza medesima. Ma quando la sentenza non sia ancora divenuta irrevocabile, la sola adesione della parte contraria non può vincolarlo. Il deferente che si vede impegnato in una proposizione che non è quella da lui contemplata, e nella quale potrebbe trovarsi cambiata la sostanza della materia articolata, deve avere diritto di recedere dal proposito di far dipendere dalla dichiarazione dell'avversario la decisione della controversia ». — *Relazione Pisanelli.*

2. Il giuramento deve, come fu già osservato all'art. 175, proporsi con comparsa e citazione avanti al presidente per la sua ammissione.

Se le parti sono d'accordo sull'ammissibilità del giuramento e sulla redazione della formula, il presidente provvede con ordinanza. In caso contrario invece, rinvia i contendenti all'udienza del collegio per la risoluzione delle questioni.

Perciò è evidente che non può trovare applicazione oggidì, contrariamente a quanto vorrebbe l'illustre Borsari, l'art. 280 del Codice sardo che disponeva che « se si discute sull'ammissibilità in genere del giuramento o sulla sua qualità di decisorio, o sui termini nei quali fu proposto, può una delle parti provocare la decisione dell'incidente in via *sommatoria a udienza fissa*. La rimessione a udienza fissa in caso di questioni è oggi fatta dallo stesso presidente, dovendosi per l'ammissione del giuramento seguire il rito incidentale.

3. Nell'ammettere il giuramento decisorio, il magistrato ha la facoltà di apportare alla formula proposta quelle modificazioni che siano richieste dallo scopo cui mira il giuramento e dagli effetti di esso. — Saredo, *Istit.* 434 - Borsari, *Comm.*, I, p. 318.

4. Quantunque nel codice attuale non trovisi ripetuta la disposizione dell'art. 282 del Codice sardo, per la quale ammettevasi nella parte, cui venne deferito il giuramento, il diritto di proporre variazioni o aggiunte alla formula, pure quella disposizione deve ritenersi come tuttavia in vigore, giacchè, mentre tutela il diritto di difesa, non pregiudica menomamente l'interesse dell'altra parte, che a sempre diritto di revocare il giuramento, se le variazioni proposte siano state accolte dal tribunale.

5. Conviene riconoscere che la redazione di questo articolo non è molto chiara né felice, ed in ispecie nell'ultimo capoverso.

Il Gargiulo (*Comm.* p. 579) rilevando questo difetto e cercando di interpretare il testo di legge, vorrebbe che l'ultima parte dell'articolo si leggesse così: *Quando la sentenza del collegio ammette il giuramento da non prestarsi all'udienza, ma avanti al presidente o al giudice delegato, la stessa prescriverà la comparsa delle parti davanti a loro rispettivamente, per la determinazione del giorno in cui il giuramento dovrà prestarsi.* (Conforme: Borsari, *Comm.*, I, p. 320).

Questa interpretazione mi sembra contrasti troppo colla espressione della legge, la surrogli quasi, invece di spiegarla.

A mio avviso ecco quale sarebbe il significato dell'articolo:

a) Il giuramento può essere ammesso con ordinanza o con sentenza.

b) Se è ammesso con ordinanza, può darsi che questa prescriva che si presti all'udienza, o davanti un giudice del collegio, o in terzo luogo davanti un giudice estraneo al collegio.

Nel primo e secondo caso l'ordinanza stessa prescrive il giorno in cui il giuramento dovrà essere prestato.

Nel terzo caso (capoverso ultimo dell'articolo) l'ordinanza stabilisce la comparizione davanti al giudice competente per stabilire il giorno in cui il giuramento dovrà prestarsi.

Di regola quindi, il presidente, che emette l'ordinanza, fisserà anche il giorno davanti a sé od in udienza del collegio per la prestazione del giuramento.

c) Se il giuramento è ammesso con sentenza (capoverso ultimo) è sempre necessario di ricorrere al presidente o al giudice delegato per la fissazione del giorno o dell'udienza, sia nel caso che la sentenza prescriva che il giuramento si presti davanti un giudice come in quello in cui essa determini che si presti all'udienza del tribunale.

Ed è naturale, poichè la sentenza che ammette il giuramento può essere appellabile, e tuttavia eseguibile per la accordata esecutorietà provvisoria.

In secondo luogo, come non sarebbe conveniente e nemmeno conforme al nostro sistema processuale che il tribunale rimettesse le parti davanti un giudice ad un'udienza determinata; è nel tempo stesso opportuno che per la destinazione dell'udienza del tribunale sia incaricato il presidente.

Vedo anch'io la difficoltà di porre in armonia la facoltà di fissare il giorno per la prestazione del giuramento nella stessa ordinanza che lo ammette, colla disposizione dell'art. 224 c. p. c. che autorizza la parte, alla quale fu deferito il giuramento, di riferirlo prima della ordinanza che stabilisce il giorno per prestarlo. Ma d'altra parte, dato il tenore del secondo capoverso dell'articolo presente, la contraddizione esisterebbe anche colla

interpretazione suggerita dal Borsari e dal Gargiulo, anzi sarebbe maggiore, poichè questi autori mostrano di ritenere che la sentenza che prescrive doversi il giuramento prestare all'udienza, possa addirittura destinare l'udienza medesima, mentre io sostengo che l'udienza deve sempre fissarsi dal presidente.

Con tutto ciò la opposizione che apparisce flagrante fra i due articoli potrebbe scemare di importanza quando si consideri che il giuramento non essendo ammesso per ordinanza se non dietro accordo della parte cui fu deferito, questa, appunto perchè assenziente all'ammissione della formula giuratoria, può trovarsi in grado di fare tosto la dichiarazione di riferire il giuramento, o se non lo sia, potrà facilmente procurarsi un termine per decidere, opponendosi giustamente, a base dell'art. 224, alla destinazione del giorno pella assunzione del giuramento medesimo.

223. L'ordinanza che stabilisce il giorno per prestare il giuramento è notificata personalmente alla parte che devè giurare, nel termine da essa prescritto.

Tra la notificazione della ordinanza, e il giorno stabilito per prestare il giuramento deve passare un intervallo non minore di giorni quindici.

1. Non è nullo il giuramento perciocchè la notificazione all'altra parte del giorno della prestazione o sia stata affatto omessa, oppure sia stata irregolarmente eseguita. — *Cass. Torino, 13 maggio 1868. Montersino—Anglesio. Gazz. dei Trib., 2, c. 228.*

2. L'ordinanza che fissa il giorno della prestazione del giuramento suppletivo, va intimata quindici giorni prima alla parte che lo deve prestare; senza tale intimazione personale alla parte non v'ha decorrenza di termine, nè decadenza possibile, sebbene la ordinanza fosse emanata sopra istanza del procuratore della medesima. — *Appello Torino, 20 giugno 1868. Società Paterna—Betta e Quario. Bettini, XX, 578.*

3. Colui che à deferito il giuramento non è dispensato dal notificare l'ordinanza che fissa il giorno pella prestazione, pel fatto che questa sia stata a lui stesso notificata da chi deve giurare.

La sola scienza dell'ordinanza che possa obbligare alla prestazione del giuramento è quella che si acquista colla notificazione giuridica a mezzo d'uscieri. — *Appello Torino, 5 luglio 1870. Margaroli—Margaroli. Giurisprudenza, VII, 571.*

4. Il termine di giorni 15 di cui al capoverso di questo articolo non interessa e non fu introdotto che in favore della parte che deve giurare e questa può conseguentemente rinunciarvi. Per la parte chiamata ad assistervi basta il termine dell'art. 147.

La mancanza del preavviso alla parte che ha da assistere al giuramento per comparire davanti al giudice delegato all'effetto di udire stabilire l'udienza e il giorno in cui il giuramento dovrà prestarsi non costituisce nullità. — *Appello Casale, 3 maggio 1873. Cellino—N. N. Bettini, XXV, 349.*

5. Vedi art. 233 sent. n. 2.

Borsari opina che la sentenza od ordinanza che ammette il giuramento debba notificarsi alla parte in persona.

Carré (*quest.*, 506) contro l'avviso di Pigeau (*t. 1, p. 186, n. 299*) confermerebbe il parere del Borsari. Chauveau (in Carré, *quest.*, 506), Thomine (*t. 1, p. 239*) e Boncenne (*t. II, p. 508*) andrebbero ancor più innanzi e richiederebbero la notificazione così alla parte in persona che al suo procuratore.

Il Gargiulo non crede che l'opinione del Borsari sia accoglibile, e ciò pel motivo che l'obbligo della notificazione fu dall'articolo presente limitato alla sola ordinanza che fissa il giorno per prestare il giuramento. (*Comm.*, p. 51).

Quanto a me, sto col Gargiulo, giacchè dovendo, secondo quanto ho già detto all'articolo precedentemente, alla sentenza che ammette il giuramento tener dietro sempre la citazione a comparire davanti al presidente o al giudice delegato per destinare il giorno della prestazione del giuramento, e quindi la notificazione personale dell'ordinanza che fissa il detto giorno, nel termine stabilito da questo articolo, non à fondamento il dubbio accennato da Borsari e dagli autori francesi che manchi a chi deve giurare il termine sufficiente per riflettere sulla formula.

La notificazione della sentenza dovrà farsi; non è necessario però sia fatta alla parte, ma basta si eseguisca nei modi dell'art. 367 c. p. c.

224. La parte cui è deferito il giuramento ammesso con sentenza, se lo voglia riferire, deve farne dichiarazione prima dell'ordinanza che stabilisce il giorno per prestarlo, altrimenti si ritiene che abbia eletto di giurare.

Art. 425 c. p. c.

Vedi art. 222, nota 4.

225. Quando la parte che deve giurare non si presenti nel giorno indicato, s'intende che ricusi di prestare il giuramento, salvo che giustifichi un impedimento legittimo.

Art. 1367 c. c.; 2 p. c.

1. Quando fosse giustificata l'impossibilità di un individuo a presentarsi nell'epoca stabilita per prestare il giuramento, può essergli assegnato un nuovo giorno, o provvedere a senso dell'art. 215 Cod. proc. civ.; l'impossibilità può ritenersi all'uopo provata col mezzo di una lettera non impugnata dalla parte avente interesse. Ad ogni modo, se il giudice non presta fede alla lettera, può ordinare che vengano somministrate prove migliori, ma non rigettare assolutamente la domanda di assegnazione di altro giorno per prestare il giuramento. — *Appello Torino*, 31 maggio 1867. *Brachet-Contol—Brachet-Contol. Annali*, I, 497.

2. La morte della parte che deve prestare il giuramento non può equipararsi ad un rifiuto non ostante fossero trascorsi alcuni anni dalla pronuncia, nè dà ragione alla parte che deferì il giuramento decisorio di prestarlo essa suppletoriamente. — *Appello Catanzaro*, 29 gennaio 1868. *Pavone—Melito-Rossi. Gazz. dei Trib.*, 1868, 570.

3. Se la parte cui fu deferito il giuramento suppletorio morì prima di prestarlo, il giuramento deve aversi come prestato quando sia stato da essa accettato, siasi dichiarata pronta a giurare, ed il ritardo sia dipeso dalle ingiuste opposizioni della parte avversaria. — *Appello Torino*, 13 marzo 1869. *Bona—Boschetti. Gazz. dei Trib.*, 1869, 355.

4. La giustificazione dell'impedimento legittimo a presentarsi a giurare nel giorno stabilito non può darsi dopo trascorso il giorno stesso. — *Appello Brescia*, 17 settembre 1873. *Roncoli—Fenili. Mon. Trib.*, XV, 381.

5. La decadenza dal prestare giuramento si riferisce solamente al caso in cui il giorno per la prestazione sia stato fissato con sentenza od ordinanza da notificarsi personalmente alla parte che deve giurare.

Non potrebbe quindi ritenersi come non giurante colui che non si fosse presentato all'udienza ch'esso stesso con citazione aveva indicato per prestare il giuramento.

Il legittimo impedimento, il quale non ha permesso al giurante di presentarsi all'udienza fissata per la prestazione, può essere giustificato anche successivamente all'udienza fissata per la prestazione medesima. — *Cass. Torino, 27 novembre 1874. Cerisola—Fravega. Gior. dei Trib., III, n. 314.*

6. Colui che non si presentò nel giorno stabilito per la prestazione del giuramento, può senza dubbio giustificare l'impedimento legittimo quando si chiede contro di lui la spiegazione dei provvedimenti riservati all'esito del giuramento non prestato. — *Cass. Napoli, 28 gennaio 1875. Blind—Gargiulo. Gior. dei Trib., IV, n. 61.*

Se la parte che deve giurare muoia prima di prestare il giuramento, le cose ritornano nello stato in cui erano. — *Carré e Chauveau, quest., 511 - Thomine, n. 135, seg. - Boncenne, t. 1, p. 134, n. 181 - Gargiulo, Comm., p. 576 - Saredo, Istist. n. 442 - Mattei, Annotaz.*

Questo caso era previsto specialmente dal § 297 del Reg. del Proc. civ. austriaco, il quale disponeva che venendo a morte prima di aver prestato il giuramento la persona che l'avesse offerto giudizialmente, si dovesse avere come depositò il giuramento medesimo, fosse la morte avvenuta prima o dopo la sentenza, semprechè il defunto non avesse ritardato la prestazione con interporre appello, o in altro modo.

226. Il giuramento si presta in persona dalla parte chiamata a giurare.

Il presidente o il giudice delegato deve premettere una ammonizione, che rammenti l'importanza e la santità dell'atto.

La parte comincia a prestare il giuramento, pronunziando le parole — *Giuro, chiamando Dio in testimonio della verità di quanto dichiaro* — e continua leggendo o ripetendo a voce chiara le parole della formola in cui giura, osservati nel resto i riti speciali della religione professata dalla stessa parte.

1. Si può ordinare la ripetizione del giuramento quando la sua prestazione fu incompleta, purchè non vi sia sospetto che fosse intendimento del giurante di colorare o dissimulare il vero. — *Appello Torino, 10 febbraio 1857. Bologna—Craveri. Gazz. dei Trib., IX, 261 — Appello Casale, 12 aprile 1859. Antoniazzi—Porzio. Giur. Corte Casale, II, 471.*

2. Non è nullo il giuramento perocchè siasi usata semplicemente la parola *giuro*, senza aggiungere le altre *chiamando Dio in testimonio di quanto dichiaro* (Codice sardo), tanto più se nel verbale è detto che la dichiarazione venne emessa, toccate le sante scritture, e che il giurante fu ammonito dell'importanza dell'atto. — *Appello Genova, 28 maggio 1860. Costa—Carafa—Minetti. Gazz. dei Trib., 1861, 175.*

3. Non si ammette la ripetizione del giuramento quando il giurante non ha esaurito la formola dedottagli, o ve ne ha surrogata un'altra monca e diversa, o à dato risposte non categoriche ed equivoche. In questi casi il giuramento si ha per recusato. — *Appello Casale, 18 maggio 1863, Viola—Salvini. Giur. Corte Casale, I, 87 — Appello Casale, 30 marzo 1864. Doglia—Cavagna. Giur. Corte Casale, I, 36 — Appello Casale, 6 dicembre 1869. Gatti—Gatti. Giurisprudenza, VII, 282 — Cass. Torino, 21 aprile 1865. Descalzi—Pellas. Giurisprudenza, II, 222.*

4. Chi è chiamato a rispondere ad una formola di giuramento deci-

sorio, secondo la costante giurisprudenza, non è obbligato a ripetere materialmente le parole della formula.

Ma il giuramento perderebbe il suo carattere essenziale di contratto sinallagmatico ove fosse lecito al giurante di aggiungere di proprio capo nella risposta un concetto od una circostanza di fatto non compresa, almeno in maniera implicita, nella proposta. — *Cass. Torino*, 12 luglio 1866. *Levi—Ottolenghi. Mon. Trib.*, VII, 725.

5. Il giurante non può variare la formula del giuramento perciò che abbia accettato di prestarlo secondo verità e giustizia. — *Appello Torino*, 22 novembre 1867. *Levi—Falco. Bettini*, XIX, 694.

6. Chi presta il giuramento decisorio non può variarne sostanzialmente la formula convertendolo in un giuramento di semplice credulità sulla fede di un terzo: in tal caso si considera come non prestato. — *Appello Brescia*, 6 aprile 1868. *Lazzari—Tirelli. Bettini*, XX, 279.

7. Il giurante può modificare la formula o dilungarsene purchè non muti i fatti o trascorra in fatti estranei a quelli cui deve giurare. — *Appello Parma*, 14 settembre 1868. *Bionda—Castelli e Vertua. Annali*, II, 306.

8. Chi deve giurare può fare tutte quelle variazioni ed aggiunte che crede per tranquillare la propria coscienza, salvo quindi discutere se sia stata esaurita la materia dedotta. — *Cass. Torino*, 23 dicembre 1868. *Malcotti—Frignocca. Gazz. dei Trib.*, 1868, 820.

9. Se il giurante aggiunge circostanze direttamente connesse colla materia del contratto che vuolsi provare col giuramento, tali aggiunte fanno parte integrante del giuramento e devono ritenersi in conto di cosa giurata. — *Appello Torino*, 6 marzo 1869. *Giraud—Vertù. Gazz. dei Trib.*, 1869, 505.

10. Non potrebbe dirsi che manchi degli elementi che ne costituiscono l'essenza l'atto di un giuramento prestato all'udienza dalla parte assistita da un procuratore non legalmente esercente, se questo in ispecie non ebbe occasione di prendere la parola per nessuna deduzione o discussione. — *Appello Milano*, 14 aprile 1869. *Bollardi—Istit. Ospit. di Milano. Mon. Trib.*, 1869, 576 — *Corte di Aix*, 21 maggio 1811; *Nîmes*, 30 gennaio 1819. *Sirey*, t. 19, p. 224; *Dalloz*, t. 1, p. 154.

11. È valido il giuramento prestato da un prete cattolico *tacto pectore*, senza porre la mano sul Vangelo. — *Appello Torino*, 17 aprile 1869. *Maccia—Gariglio. Gazz. dei Trib.*, 1869, 529.

12. Il giuramento si considera come non prestato se il giurante a vece di rispondere categoricamente sui fatti dedottigli, abbia scambiato la formula, surrogandone altra monca, erronea e tutt'affatto diversa.

Nè in questo caso è ammissibile la ripetizione del giuramento; il secondo giuramento si ammette solo quando trattisi di spiegare la locuzione oscura adoperata dal giurante nel primo, oppure per mero errore, non per volontà del giurante stesso, sia occorsa qualche omissione. — *Appello Casale*, 6 dicembre 1869. *Gatti—Gatti. Giurisprudenza*, VII, 282.

13. Il giuramento è nullo se la parte che lo presta legge interamente le sue dichiarazioni. — *Appello Napoli*, 20 luglio 1870, in *Gargiulo, Comm.*, p. 588.

14. Non è vietato dall'attuale sistema di procedura di apportare qualche variazione, che non sia sostanziale, alla formula già ammessa del giuramento decisorio, salvo sempre di avere al momento della definitiva decisione l'opportuno riguardo alla variazione. — *Appello Brescia*, 1 dicembre 1870. *Trussardi—Uccelli. Mon. Trib.*, XII, 440.

15. Il giurante ha bensì diritto di introdurre variazioni nella formula del giuramento dedottogli, ma queste variazioni non devono mutare al

fatto la sua portata giuridica, creandosi con esse una nuova difesa che il deducente non poteva nè doveva prevedere.

Ma se l'oggetto di quelle variazioni fu anteriormente declinato in causa, e formò il vero cardine della questione, in allora, essendosi le variazioni stesse potute prevedere dal deducente, il giurante può introdurle nella formula all'atto in cui giura.

Così se queste variazioni furono già introdotte nelle risposte ad interrogatori del giurante, questi può ripeterle nel giurare. — *Appello Torino 17 marzo 1871. Laschi e Coathupe—Levi. Giurisprudenza, VIII, 292.*

16. Le negative sulle parti accidentali e superflue della formula di giuramento decisorio, quando non si nega il fatto che ne costituisce la sostanza, non danno diritto al giurante di ottenere senz'altro la vittoria.

Devesi in questo caso avvertire allo scopo per cui il giuramento fu deferito, accettato e ammesso. — *Cass. Torino, 9 giugno 1871. Montanari—Gigli. Giurisprudenza, VIII, 487.*

17. Quando, a motivo dell'eccessiva concisione e del laconismo della formula del giuramento, le dichiarazioni del giurante non riescono abbastanza chiare, precise e soddisfacenti, può il giudice mandare al giurante di dare quelle ulteriori spiegazioni che siano credute necessarie per la migliore intelligenza del giuramento già prestato. — *Appello Torino, 20 giugno 1871. Cordero e Rolla—Masanti. Giurisprudenza, VIII, 611 — Cass. Torino, 23 marzo 1855. Collez. Uffic., 1855, 210.*

18. Se è lecito al giurante di fare, nella prestazione del giuramento, soggiunte di fatti specifici connessi a quello principale e tendenti a spiegarlo secondo la sua vera natura, ed a modificarne le conseguenze legali, non si può per altro permettergli di eludere il giuramento stesso con dichiarazioni generiche ed ambigue e tanto meno di intromettersi con diverse parole una dichiarazione già rigettata colla cosa giudicata. — *Cass. Torino, 11 settembre 1871. Ramello—Vassallo. Mon. Trib., XII, 886.*

19. Il giuramento decisorio essendo un atto essenzialmente religioso, è nullo se invece che sulla formula prescritta in questo articolo, fu prestato coll'altra « giuro sul mio onore e sulla mia coscienza ».

Tuttavia la parte che ebbe a prestarlo con questa formula, può essere ammessa a prestarlo di poi nel modo e colla formula di legge, specialmente se all'atto della prestazione illegale la controparte invece di opporvisi categoricamente siasi limitata a vaghe riserve sugli effetti di essa. — *Appello Bologna, 26 giugno 1873. Frattini—Selli e Cerchioli. Mon. Trib., XIV, 857.*

20. Sebbene chi è chiamato a giurare non possa mutare la formula, scambiare le circostanze su cui cade principalmente l'effetto del giuramento, pure non è obbligato a prestarlo negli identici termini sacramentali della formula; egli può aggiungervi quelle dichiarazioni che nella sua coscienza ed interesse trovasse opportuno pello schiarimento dei fatti su cui è chiamato a giurare.

Quando le aggiunte fatte al decisorio siano connesse ed intrinseche al fatto dedotto, devono considerarsi come parte integrante del giuramento. — *Cass. Torino, 10 aprile 1874. Ressico—Trogia. Gior. dei Trib., III, n. 123 — Cass. Torino, 14 settembre 1872. Auxilia—Schmidt. Gior. dei Trib., II, n. 6 — Cass. Napoli, 2 marzo 1872. Pomodoro—Pansini. Annali, VI, 157 — Appello Torino, 14 aprile 1862. Negro—utrinque. Gazz. dei Trib., 1862, 33.*

1. Gargiulo (*Comm.*, p. 587) e Saredo (*Istit.*, n. 439), credono che il capo o l'amministratore di una persona giuridica possa giurare su fatti che lo concernono in tale qualità, purché a lui personali, ma che il giuramento sia

all'invece inefficace, quando si riferisca a fatti o questioni che non riguardano direttamente o personalmente il capo o l'amministratore giurante.

Vedi su tale questione la nota n. 2 all'art. 220.

2. Non è necessario che la parte che ha deferito il giuramento o il di lei procuratore siano presenti alla prestazione del giuramento, tant'è ciò vero che, secondo l'art. 227, il verbale di giuramento basta sia firmato dal solo giurante. — Borsari, *Comm.*, I, p. 323 — Gargiulo, *Comm.*, p. 587.

3. Di regola la risposta « non mi ricordo » deve considerarsi come negativa. Però è mestieri aver riguardo alle speciali circostanze del caso. — Borsari, *Comm.*, I, p. 323 — Gargiulo, *Comm.*, p. 587 — Saredo, *Istit.*, n. 442 — Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CXXXII.

4. Può il giurante arrecare modificazioni alla formula del giuramento?

Su questo argomento così si esprime la *Relazione* Pisanelli:

« Il Codice sardo del 1859, determinando nell'art. 289 la forma in cui deve prestarsi il giuramento, stabilisce nettamente che chi giura deve *leggere o ripetere* a chiara voce *le parole* in cui è concepita la formula del giuramento. Sembrava da ciò potersi dedurre che niuna aggiunta, niuna spiegazione si potesse fare dal giurante oltre la formula stessa. Ma la giurisprudenza si mostrò restia a dare così rigorosa interpretazione al citato articolo. Si considerò e si ritenne « che il rispondente può aggiungere le spiegazioni che valgono a giustificare i fatti sui quali risponde, ed a collocarli sotto il verace e genuino loro aspetto, perocchè il giuramento è di sua natura indivisibile, e per misurarne la forza e la portata è d'uopo ricorrere alle stesse regole di diritto che reggono in genere le confessioni. Che quantunque vari capi di giuramento fossero nelle specifiche loro formule designati, ciò non toglieva che i rispondenti, completando il loro giuramento, potessero emettere tutte quelle dichiarazioni che credessero del loro interesse, e secondo la loro coscienza opportuno di fare, salvo l'apprezzamento che pure ne sarà fatto dal tribunale. Che non possono scindersi le circostanze aggiunte dal giurante, qualora siano connesse col fatto, e ne spieghino la natura ».

« Parve quindi più conveniente di lasciare nel dominio della giurisprudenza le questioni relative al punto, se il giuramento prestato da una delle parti risponda alla formula in cui fu deferito, se il giurante abbia adempiuto le condizioni alle quali venne subordinata la transazione ».

Dai giudicati surriferiti si può vedere chiaramente come la giurisprudenza si sia pronunciata su questa importante questione, dopo l'attivazione del nuovo codice. E, si può dire, ormai massima costante che il giurante non sia obbligato a ripetere materialmente le parole della formula, ma possa aggiungervi quelle dichiarazioni che nella sua coscienza creda necessarie, purché siano connesse ed intrinseche al fatto dedotto, salvo al giudice poi di valutare la variazione introdotta nella formula.

Conforme alla giurisprudenza pratica è l'opinione di quasi tutti gli autori e così di Borsari (*Comm.*, I, p. 322, e *Comm. cod. Sardo*, III, n. CXXXI), di Saredo (*Istit.*, n. 441), e di Mattei (*Annotaz.*).

Ma l'illustre consigliere Pescatore sorse colla sua potente voce a protestare contro codesto indirizzo della dottrina e della giurisprudenza in uno scritto pubblicato nel *Giornale delle Leggi*, vol. III, p. 373.

« Accettato il giuramento senza riserva, egli dice, la formula diventa invariabile, esclusa ogni ulteriore indagine sotto pretesto di equipollenti.

« Tutte le modificazioni alla formula debbono proporsi prima della prestazione del giuramento perchè o avvenga l'accordo, o decida il giudice.

« Prestato il giuramento con variazioni (non ponno essere ammesse nè dalla parte, nè dal giudice), il giuramento si ha come non ancora prestato, e quando le circostanze dimostrino semplice inavvertenza e buona fede, potrà ammettersi come cosa indifferente la parte, a rettificare la variazione occorsa, involontariamente, giurando di nuovo secondo la formula invariabile.

« Ma la variazione deliberatamente introdotta, e identificatasi col rifiuto della prestazione letterale, ridurrà la parte alla condizione di non giurante.

« Il giudice non ha il diritto di apprezzamento che ora si attribuisce e di ammettere, dopo il giuramento puramente accettato, le variazioni volontariamente e appositamente introdotte, sotto pretesto di equipollenza ».

227. Il processo verbale riferisce la formola precisa del giuramento prestato, e ogni altra cosa relativa al medesimo.

Il processo verbale è sottoscritto dalla parte che ha giurato, dal presidente o dal giudice delegato, e dal cancelliere.

1. L'atto del giuramento è compiuto colla sottoscrizione del giurante. Se questi si rifiuta di sottoscrivere, l'atto manca di uno dei suoi essenziali elementi e si ha come non avvenuto. — *Cass. Napoli, 4 dicembre 1869. Scipione—Ciccotti. Gazz. dei Trib., 1870, 88.*

2. Non è conforme agli articoli 226, 227 codice procedura civile il verbale di prestazione di giuramento, quando non contiene le precise parole della formola pronunciata dal giurante in persona prima, ma riferisce invece la di lui risposta per semplice sunto e dichiarazione fattane dal giudice da cui fu ricevuto il giuramento.

Il giuramento così prestato, deve rinnovare. — *Appello Genova, 2 agosto 1872. Cassini—Calsamiglia. Annali, VI, 428.*

Art. 1374-1377 c. c.

228. Le disposizioni degli articoli precedenti si osservano nel caso di giuramento deferito d'ufficio, in quanto siano applicabili.

1. Nella formola del giuramento deferito dal giudice ad una delle parti non debbono introdursi asserzioni di fatti, la prova dei quali sarebbe a carico dell'altra parte. — *Cass. Torino, 25 agosto 1866. Assicurazioni di Venezia—Demantero. Annali, I, 101.*

2. Per l'art. 1374 codice civile il giudice può deferire d'ufficio il giuramento ad una delle parti. Non è quindi censurabile in cassazione la scelta fatta dal giudice della parte che deve giurare. — *Cass. Torino, 23 maggio 1868. Levi—Estivant e Colombier. Annali, II, 196 — Cass. Torino, 5 gennaio 1867. Acotto—Burbatti. Giurisprudenza, IV, 50.*

3. Il giuramento suppletorio deferito d'ufficio è facoltativo e non obbligatorio pei giudici. — *Cass. Torino, 7 novembre 1868. Morleo—Gari-baldi. Gazz. dei Trib., 2, c. 537. — Cass. Firenze, 20 gennaio 1870. Bordon—Francini. Gazz. dei Trib. 1870, 145. — Cass. Torino, 2 settembre 1870. Bozzi—utrinque. Gazz. dei Trib., 1870, 543.*

4. L'estimazione delle prove che abbiano motivata l'ammissione di uno dei litiganti al giuramento suppletorio può essere legittimamente censurata in appello. — *Cass. Firenze, 8 marzo 1869. Bucchianeri—Cantini. Gazz. dei Trib., 1869, 225.*

5. La parte stata ammessa a completare la prova del suo credito mediante giuramento suppletorio deve notificare la sentenza all'altra parte per l'effetto di far decorrere il termine per la di lei esecuzione. — *Cass. Torino, 10 febbraio 1870. Sòresi—Magistrali. Annali, IV, 55.*

6. Il giuramento deferito dal giudice d'ufficio è mezzo di prova, e perciò non è vietato ad esso, anche dopo il giuramento, di ammettere ulteriori investigazioni a fine di raggiungere il vero. — *Cass. Napoli, 9 febbraio 1871. Friozzi—Russolillo. Annali, V, 46 — Appello Lucca, 13 giugno 1871. Del Punta—Taccola. Annali, V, 322.*

7. Non può il giudice deferire d'ufficio un giuramento se da questo non dipenda la decisione della causa. — *Cass. Torino, 13 settembre 1871. Gatti—Gerli. Annali, V, 350.*

8. Non è necessario (tuttochè sia meno regolare) che il giuramento

d'ufficio venga ordinato con sentenza interlocutoria, riservando la decisione del merito, dopochè sia stato giurato; ma è permesso colla stessa sentenza statuire definitivamente sul merito, previa la prestazione del giuramento.

Per ammettere il giuramento d'ufficio, basta che la domanda non sia totalmente mancante di prova.

Anche le presunzioni costituiscono un mezzo legittimo di prova quando il fatto potrebbe provarsi per testimoni. — *Cass. Torino*, 20 febbraio 1873. *Cattaneo—Mussi. Annali*, VII, 271.

9. Il giudice, che decide una causa, può dichiarare sospesa l'efficacia definitiva della sentenza, subordinandola alla prestazione ulteriore di un giuramento suppletorio ordinato nella sentenza medesima per la prova del fatto controverso. In tal caso la sentenza ha il duplice carattere di definitiva in potenza ed interlocutoria in atto, e quando sia stato prestato il giuramento la sentenza diviene perfetta e completa. — *Cass. Firenze*, 23 giugno 1873. *Cipriani—Balestrini. Il. cc. Gior. dei Trib.*, III, n. 26.

10. Gli effetti giuridici della prestazione del giuramento deferito d'ufficio non possono diversificare dalla prestazione del giuramento decisorio.

Quando il giuramento d'ufficio è posto come condizione in una sentenza di condanna, dopo la prestazione del medesimo è di ostacolo la cosa giudicata all'ammissione di nuovi mezzi di prova. — *Appello Torino*, 24 febbraio 1874. *Franco-Valente—Bario-Ferrero. Bettini*, XXVI, 363.

11. Non possono i giudici del merito deferire il giuramento suppletorio quando ancora sono in corso, o sono ammissibili le prove offerte dalle parti. — *Cass. Torino*, 3 settembre 1874. *Schiaffino—Razzeto. Annali*, VIII, 406.

1. Le condizioni stabilite dal Codice civile (art. 1375) per l'ammissibilità del giuramento suppletorio devono concorrere cumulativamente non solo, ma devono anche essere dal giudice espressamente constatate e motivate.

Il giudice non può deferire il suppletorio quando le prove siano singolarmente perfette, ma producono nel loro attrito un dubbio nella sua mente, dappoichè la ripetizione di prove, comunque fra loro contraddittorie, non potrebbe, per qualunque ingegnosa deduzione, convenire alla intrinseca insufficienza di ciascuna di esse, fondamento unico della facoltà data al giudice di ammettere il suppletorio, facoltà di integrazione e di complemento. — *Borsari, Comm. Cod. Sardo*, III, n. CXLI, *seg.*

2. Il giudice può deferire il giuramento suppletorio ad una od all'altra delle parti a suo talento. A parità di circostanze però il giuramento sembra debba essere deferito a quella parte che è suffragata nel proprio assunto da un principio di prova. — *Zachariae*, III, § 767 - *Duranton*, XIII, 616.

3. A differenza del giuramento decisorio, il suppletorio non può essere deferito sopra fatti non personali alla parte che deve prestarlo, ma di cui ha dichiarato aver conoscenza. — *Zachariae, ib.* - *Toullier*, X, 420. — *Contra: Favard voc. Giur.*

4. La prestazione del giuramento suppletorio non è di ostacolo a proporre l'appello contro la sentenza che l'ha deferito purchè non vi sia stata da parte dell'appellante acquiescenza alla sentenza medesima. Quest'ultimo può provare la falsità del giuramento, ed il giudice d'appello potrebbe, anche indipendentemente da ogni prova a questo riguardo, riformare la sentenza di prima istanza, deferendo all'appellante il giuramento che era stato dal primo giudice deferito all'appellato. — *Zachariae, ib.* - *Pothier, Obbligazioni*, n. 928. - *Duranton*, XIII, 613 e 623.

5. Importa acquiescenza alla sentenza che ammise un giuramento suppletorio l'avere assistito alla sua prestazione senza proteste o riserve. — *Borsari, Comm. I*, 325.

Zachariae (*ib.*), Toullier (X, 425), e parecchi giudicati sostengono che importa acquiescenza anche aver lasciato prestare il giuramento ancorchè non si abbia assistito alla prestazione, quando la parte venne regolarmente citata. — *Contra*: Borsari, (*ib.*), Carré e Chauveau (*quest.*, 521).

§ III.

Dell'esame dei testimoni.

Art. 426 seg. c. p. c.;
434 seg. c. c.; 93 cod.
comm.

229. I fatti che si vogliono provare per mezzo di testimoni devono essere dedotti specificatamente per articoli separati.

La prova contraria è di diritto; ma quando con essa si vogliano provare fatti nuovi, questi debbono essere dedotti nel termine di giorni quindici da quello in cui l'ordinanza o la sentenza che ammise la prova è divenuta esecutiva in conformità dell'art. 232.

1. L'assunzione della prova contraria sui fatti stessi della prova diretta deve farsi entro il termine fissato per l'assunzione di quest'ultima. — *Appello Potenza*, 10 agosto 1866. *Mitidieri—Mazara. Annali*, I, 175.

2. Per ammettere la prova basta che i fatti da provare appariscano influenti sulla decisione della controversia, senza che il giudice debba apprezzare a priori tutta l'importanza giuridica che potrà avere la prova stessa nei suoi finali risultamenti. — *Appello Brescia*, 7 maggio 1867. *Piazioni—Arrigoni ll. cc. Mon. Trib.*, IX, 180.

3. Quando una delle parti è stata ammessa all'esperimento della prova testimoniale, può l'altra parte, senza bisogno di farne istanza, indurre i testi a controprova per dimostrare la insussistenza dei fatti articolati dall'avversario, purchè eserciti questo diritto nel modo e nei termini stabiliti per l'esecuzione e compimento degli esami.

Quando per altro si vogliano provare fatti nuovi, tali cioè che senza escludere la verità di quelli addotti in contrario, starebbero a distruggerne ed infirmarne la rilevanza giuridica, in questo caso fa d'uopo provvedersi mediante istanza incidentale nel termine perentorio di giorni 15, computabili da quello in cui l'ordinanza o la sentenza che ammise la prova è divenuta eseguibile.

Il tribunale richiamato a pronunciare sopra una domanda di controprova avanzata in forma d'incidente dopo il termine predetto, non può sul fondamento che i fatti articolati dall'istante gli appariscano non nuovi nel senso della legge, ma di tal natura per cui la controprova sarebbe stata di diritto, autorizzarne lo sfogo, quando in specie gli atti dimostrino che dal giorno in cui la istanza fu portata con erroneo procedimento a cognizione del giudice delegato per gli incidenti, allo spirare del termine prescritto per l'esaurimento della prova, non sarebbe più rimasto tempo sufficiente per gli incumbenti necessari a portare a esecuzione la richiesta controprova. — *Appello Lucca*, 23 giugno 1867. *Magnani—Pasquinelli. Annali*, I, 234.

4. Il giudice, nelle controversie sull'ammissione di prove, non è circoscritto ad esaminare la legalità delle medesime, ma può estendere il suo giudizio a conoscere se i fatti articolati siano relativi alla questione e tali da fornire elementi di prova dell'azione e dell'eccezione. — *Appello Brescia*, 3 luglio 1867. *Tebaldini—Avanzi. Mon. Trib.*, IX, 101 — *Cass. To-*

rino, 27 dicembre 1867. *Istituto Belle Arti di Vercelli—Mercurino U. cc. Mon. Trib.*, IX, 152.

5. Quando la sentenza che ammise la prova testimoniale circoscrisse i limiti entro i quali la prova dovea aggirarsi, la parte che vuole controprovare non può estendere i suoi articoli a fatti estranei alla questione per cui la prova fu ammessa. — *Cass. Napoli, 14 gennaio 1868. Sacco—Romeo. Annali*, II, 257.

6. La legge non determinando una forma speciale pella proposizione della prova contraria testimoniale, devesi ricorrere alle norme generali e cioè al procedimento incidentale.

La prova contraria che la legge ammette di diritto non è che quella che si fornisce mediante testimoni; non si può proporre una prova contraria col mezzo di una perizia, alla quale è solo applicabile l'art. 269. — *Appello Milano, 6 febbraio 1868. Salici U. cc.—Comune Castiglione di Intelvi. Mon. Trib.*, IX, 450.

7. Se nell'interesse di una parte si esaminino i testimoni in prima istanza, non possono esaminarsi in seconda istanza nell'interesse dell'altra parte, perchè venendo questo nuovo esame ad assumere il carattere di controprova, troverebbesi un ostacolo alla di lei ammissione nel termine fatale di questo articolo. — *Appello Firenze, 22 maggio 1868. Doni—Passerini. Annali*, II, 508.

8. Non tutti i fatti dedotti a prova testimoniale, lo scopo dei quali sia di distruggere o modificare l'azione o l'eccezione, costituiscono la prova contraria di questo articolo, ma quelli soltanto che sono assolutamente contrari a quelli dedotti dall'altra parte e che presentano un'aperta incompatibilità con questi.

La prova contraria è di diritto. Se i fatti sono direttamente contrari non è necessario dedurli, ma basta che nel termine legale siano indicati all'altra parte i nomi dei testimoni. Se i fatti sono indirettamente contrari è d'uopo, a pena d'irricevibilità, dedurli nel termine di 15 dì da quello in cui l'ordinanza o la sentenza che ammise la prova è divenuta esecutiva.

Se infine i fatti sono diversi la prova può farsi in ogni tempo ed anche in appello. — *Appello Brescia, 23 giugno 1868. Martinengo Velagana—Scarsi. Annali*, III, 238.

9. La prova contraria, senza distinzione tra fatti del tutto nuovi e fatti semplicemente modificativi di quelli dedotti a prova principale, è ammissibile per ministero di legge e non per autorità di giudice, e perciò si deve proporre con semplice comparsa, senza che siavi bisogno di citazione a comparire dinanzi al presidente.

Il termine dei 15 giorni è bensì fatale, ma non perentorio, si può perciò prorogare per ordinanza di giudice sulla domanda, o per consenso delle parti. — *Appello Brescia, 1 luglio 1868. Breganti-Masini—Pubblico Ministero. Annali*, II, 408.

10. La controprova può riguardare non solo gli stessi fatti sui quali è stata ammessa la prova, ma anche fatti nuovi e diversi, purchè ne sia identico l'oggetto, colla sola differenza che nel primo caso non v'è bisogno come nel secondo, nè di permesso di giudice, nè di capitolato.

Chi non esperi tempestivamente la controprova in prima istanza non può sperimentarla in appello. — *Appello Lucca, 20 settembre 1868. Sargentini—utrinque. Annali*, II, 421.

11. La prova testimoniale contraria sopra fatti nuovi, basta sia dedotta per comparsa nel termine di legge senza che sia necessario ordinanza o sentenza di ammissione.

Toccà alla parte che pretenda non essere stata la controprova proposta validamente, o non costituire i fatti articolati prova contraria, di promuovere il relativo incidente a sensi dell'art. 181 per impedire che il giudice delegato proceda all'audizione dei testi. — *Appello Brescia*, 14 agosto 1869. *Mon. Trib.*, X, 1016. — *Appello Firenze*, 16 settembre 1870. *Mazzoni—Corazzi. Annali*, IV, 411.

12. La controprova compete di diritto e non v'è bisogno di domandarne l'ammissione quando fu diretta a distruggere la sussistenza dei fatti articolati nella prova principale, mirando a stabilire il contrario coll'accertamento di altri fatti differenti bensì, ma tali che non potendo stare assieme escludono per materiale incompatibilità la verità e sussistenza dei primi.

Laddove al contrario la controprova sia diretta a porre in essere fatti nuovi, i quali, dati anche per veri quelli della prova principale, possono escluderne o infirmarne la rilevanza ed il valore giuridico per modo che si possano conciliare (sebbene lo scopo ultimo del controdeducente rimanga sempre contrario allo scopo ultimo dell'avversario), allora la controprova deve essere domandata nella forma stessa in cui si domanda la prova principale, e colla deduzione specifica dei fatti nel termine di 15 giorni da quello in cui l'ordinanza o la sentenza divenne esecutiva. — *Appello Lucca*, 22 ottobre 1869. *Laurent—Delemont. Annali*, III, 355.

13. Il timore di subornazione dei testimoni che dall'avversario vengano indotti a deporre sopra fatti direttamente o indirettamente contrari è l'unico e vero motivo del termine limitato imposto all'introduzione di tale prova. — *Appello Brescia* 29 dicembre 1869. *Filippini ll. cc.—Chiodi. Bettini*, XXI, 1018.

14. La prova per testi si può ordinare quantunque chiesta senza una specifica deduzione dei fatti in separati capitoli. — *Appello Napoli*, 14 gennaio 1870. *Cacace—Chiesa di Meta. Gazz. del Proc.*, IV, n. 50.

15. Se i fatti da provarsi con testimoni sono chiaramente espressi negli atti, non osta all'ammissione della prova che non siano stati formulati in appositi articoli. — *Cass. Napoli*, 15 gennaio 1870. *Rossi—Cavacciari. Annali*, IV, 117.

16. Se la controprova versa su fatti nuovi deve esser dedotta per capitoli nel termine stabilito da questo articolo e nelle forme degli incidenti, e durante il giudizio incidentale non decorre il termine per far eseguire gli esami. — *Cass. Torino*, 28 aprile 1870. *Azzaroli—Boari. Annali*, IV, 246.

17. La disposizione di questo articolo va interpretata nel senso che quando si tratta di prova in materia direttamente contraria, può essa articolarsi per capitoli, ovvero somministrarsi senza deduzione di capitoli colla presentazione dei propri testimoni nell'occasione della prova principale; ma quando invece si tratta di prova contraria da somministrarsi con esami su fatti nuovi non si possono allora presentare i testimoni senza avere articolati i capitoli. — *Cass. Torino*, 7 maggio 1870. *De Giovannini—Genova Thaon di Revel. Mon. Trib.*, XI, 529.

18. La legge non esclude la riprova della riprova ogniquale volta versa su fatti nuovi. — *Cass. Torino*, 20 luglio 1870. *Valentini—Taschetti. Giurisprudenza*, VII, n. 38.

19. È prova contraria qualunque prova che tenda nella sua sostanza ad escludere la materia che forma l'oggetto della prova principale.

Così, dedotta a prova in via principale la remissione del debito, è ammissibile come prova contraria la deduzione con cui voglia stabilirsi la nullità della pretesa remissione del debito per l'infermità di mente del

remittente, purchè questa sia completa così da escludere ogni volontà e consenso. — *Appello Torino*, 30 gennaio 1871. *Richetta—Cureis. Giurisprudenza*, VIII, 261.

20. La prova direttamente contraria è quella per la quale si tende a far negare semplicemente circostanze dedotte dall'altro contendente, od a fare affermare l'opposto, per le quali negazioni od affermazioni si viene a distruggere intieramente la esistenza e la verità dei fatti quali furono dedotti.

Per fatti nuovi che debbono dedursi nel termine di 15 giorni, si intendono quelli che differiscono bensì dai fatti dedotti dallo avversario, ma recano per necessità di cose, a motivo di decisa materiale incompatibilità, l'assoluta esclusione della esistenza e verità dei fatti dedotti dalla parte contraria. — *Appello Genova*, 13 aprile 1871. *Rubatto, Bruzzone—Garroni, Anselmi. Annali*, V, 307.

21. La domanda incidentale per l'udizione dei testimoni su fatti nuovi ben può essere fatta al giudice delegato.

È valida ragione per ottenere la proroga del termine per la controprova la pendenza della controversia sulla udizione dei testimoni intorno ai fatti nuovi articolati. — *Cass. Napoli*, 18 aprile 1871. *Di Nunzio—Gioffredi. Gazz. del Proc.*, V, 219.

22. Il termine di 15 giorni stabilito per la deduzione della prova contraria sopra fatti nuovi non è perentorio. Detta prova non è inammissibile perciò solo che non fu proposta col rito incidentale. — *Appello Brescia*, 17 maggio 1871. *Ondei—Istituto Ospitaliere di Bergamo — Mon. Trib.*, XII, 1072. — *Contra: Appello Brescia*, 3 giugno 1868 e 29 dicemb. 1869.

23. Quando colla prova contraria si vuol giustificare fatti nuovi e diversi dai fatti su cui è versato l'esame testimoniale della parte avversa, fa d'uopo dedurli sotto pena di decadenza nel modo stabilito per gli incidenti fra i 15 giorni da quello onde l'ordinanza o la sentenza che ammise la prova divenne esecutiva.

La parte che dedusse con comparsa da procuratore a procuratore i fatti entro i 15 giorni credendoli erroneamente nuovi, è ammessa ciò non ostante a farne il soggetto della sua prova contraria che è di diritto; e le si può accordare una proroga per eseguirla se l'ha chiesta durante il termine per l'esame e vi concorrono giuste ragioni. — *Appello Ancona*, 27 maggio 1871. *Ditta Barducci—Comune di Ancona. Gazz. del Proc.*, V, 250.

24. I fatti nuovi di cui si fa cenno in questo articolo non sono solo i fatti sopravvenuti dopo la sentenza che ordinò la prova testimoniale, ma anche i fatti nuovamente allegati per combattere le deduzioni dell'avversario. — *Cass. Napoli*, 13 luglio 1871. *Clavica—Forosio. Gazz. del Proc.*, V, 413.

25. La prova contraria a sensi di questo articolo è quella che mira ad impugnare l'esistenza dei fatti articolati o ad affermare fatti nuovi incompatibili assolutamente con quelli affermati nei capitoli della prova diretta.

Non è quindi prova contraria, ma diversa, quella intesa a provar fatti che tolgano o diminuiscano il valore giuridico, la rilevanza dei fatti posti colla prova diretta, e la deduzione di questa prova può aver luogo quindi anche dopo il termine dei 15 giorni.

Non si ammette controprova alla controprova. — *Appello Venezia*, 6 marzo 1873. *De Reali—Barzaghi. Annali*, VIII, 272.

26. È canone di diritto, confermato da costante giurisprudenza, non

essere lecito ripetere la prova testimoniale sullo stesso argomento. — *Cass. Torino, 9 settembre 1873. Bruera—Ghirardi. Legge, XIV, 172.*

27. La riprova è procedibile anche se proposta nella forma degli incidenti. Quello che vi ha di assoluto è l'osservanza del termine di 15 giorni. — *Appello Venezia, 17 ottobre 1873. Perucchi—De Matera, Gior. dei Trib., II, n. 280.*

28. La prova contraria ammessa da questo articolo può farsi cumulativamente tanto sui fatti articolati dalla parte contraria, quanto su fatti dedotti dalla parte istante.

Qualora si esercitino ambidue questi mezzi, la parte che ha fatti sentire sui propri capitoli testimoni da essa presentati, può far esaminare i medesimi ed altri testimoni sui capitoli avversari, senza cadere in alcuna nullità. — *Appello Genova, 28 giugno 1874. Ghigliano—Dodero. Bettini, XXVI, 356.*

29. Nei riguardi della riprova vengono considerati come fatti nuovi quelli che non contraddicendo direttamente i fatti già articolati ed ammettendone la verità, tendono a distruggere o scemare l'efficacia giuridica della prova. — *Appello Venezia, 25 novembre 1874. Francescato—Zambon. Gior. dei Trib., IV, n. 26.*

30. La prova contraria, se tende a porre in essere fatti nuovi, deve essere dedotta nel modo con cui si dimanda la prova e nel termine di questo articolo. — *Appello. Firenze, 22 marzo 1875. Fabbri—Salvestrini. Annali, IX, 184.*

31. Anche per la prova contraria è d'uopo seguire il rito degli incidenti per l'ammissione dei relativi capitoli a termini dell'art. 206 codice di procedura civile.

Se la prova contraria versa sugli stessi fatti articolati dall'attore, il termine per eseguirla è quello dell'art. 232 come per la prova principale. Se la prova contraria versa invece su fatti nuovi, questi devono dedursi specificatamente per articoli nel termine prefisso dall'art. 229. — *Appello Venezia, 20 settembre 1875. Concorso Orti-Muselli—Nicolis ll. cc. (inedita).*

1. Non riportai la giurisprudenza nè tratto le questioni sulla ammissibilità della prova testimoniale toccando esse esclusivamente disposizioni che sono contenute nel codice civile.

2. « I fatti che formano l'oggetto della prova testimoniale devono innanzi tutto venire specificati in distinti articoli, acciocchè si possa giudicare dell'ammissibilità della prova; poichè anche qui l'inammissibilità può verificarsi per più ragioni, e principalmente per la natura dei fatti, e per l'inconcludenza dei medesimi.

Non è di rigore che gli articoli siano presentati in una sola comparsa e se ne possono dedurre altri fino all'udienza. — *Thomine, t. I, p. 430 - Chauveau in Carré, quest., 966 - Favard, t. V, p. 111 - Borsari, Comm., I, p. 334 - Saredo, Istit., n. 457 - Gargiulo, Comm., p. 606.*

3. « La prova contraria è di diritto. Ma si era discusso in qual termine dovesse dedursi, onde fosse ammissibile. Alcuni codici stabilirono che tale deduzione debba farsi, sotto pena di decadenza, nel termine ordinario per rispondere. In caso diverso, la prova contraria non può aver luogo che sugli articoli dedotti dall'altra parte; si potranno presentare testimoni per deporre in senso contrario sui fatti in essi specificati, ma non potranno proporsi nuovi fatti sui quali i testimoni abbiano a deporre per ribattere la prova dell'avversario.

« Sembrò tuttavia inopportuno costringere la parte che vuole controdedurre a ciò fare nel termine stabilito per rispondere, quando essa contrasti l'ammissibilità della prova testimoniale. È prematura la deduzione della prova contraria, quando non è ancor certo che debba seguire la prova prin-

principalmente dedotta, e quali siano i fatti che ne formeranno oggetto. Epperò il Codice sardo ha riconosciuto espressamente, che nel caso di opposizione alla prova, il detto termine non decorre che dalla notificazione della sentenza che pronuncia sull'incidente.

« Il progetto va più oltre. I termini per rispondere ad una cedola, qualunque sia l'istanza od il mezzo di difesa in essa proposto, non sono mai perentori; è soltanto allorchè l'istruzione della causa a ruolo sia rimasta ferma, che viene preclusa la via ad un nuovo atto di istruzione scritta. Ma se havvi circostanza in cui tutto si debba calcolare prima di stabilire un termine perentorio, è appunto quella che concerne la deduzione della prova contraria. Il procuratore può egli stesso, senza il concorso personale del cliente, apprezzare il valore giuridico del mezzo fatto valere dall'avversario, l'ammissibilità o non della prova testimoniale da questo proposta. Ma quando si tratta di opporre prova a prova, fatti a fatti, testimoni a testimoni, la cosa cambia d'aspetto. Non solo il procuratore deve rivolgersi al cliente per conoscere se questi sia in grado di tentare la prova contraria, ma il cliente stesso abbisogna di tempo per fare le indagini opportune, per non tentare una prova che non potesse poi somministrare. Occorre pertanto di non precipitare in tale materia, poichè allo scopo di una mal intesa celerità verrebbe spesso sacrificato il diritto di una delle parti.

« Però, senza distinguere fra il caso in cui siasi fatta opposizione alla prova principalmente dedotta e quello in cui non siasi fatta opposizione, il progetto nel riconoscere che la prova contraria è di diritto, stabilisce che, ove per essa si vogliano dedurre nuovi fatti, questi dovranno essere articolati nel termine di quindici giorni dal provvedimento o dalla notificazione della sentenza che ha ammessa la prova per testimoni. Non è tuttavia vietato di dedurla anche prima ». — *Relazione Pisanelli.*

4. Per l'ammissione della prova contraria su fatti nuovi od *indiretta* è d'uopo seguire il rito incidentale?

Abbiamo veduto come la giurisprudenza pratica sia divisa su questo punto.

Confesso però che non so trovare una spiegazione di questa difformità, giacchè io credo che le parole della legge siano così esplicite e così chiaro ne sia ben anco lo spirito da non lasciare alcun dubbio.

La prova contraria è di diritto. Dunque non *ministerium judicis*, ma *ministerium juris* essa si ammette; senza distinguere se versi su fatti nuovi o sui fatti stessi della prova principale.

La sola ed unica differenza che la legge ha creduto di stabilire tra il modo di proporre la prova diretta e quello per avanzare la prova indiretta sta, come apparisce chiaramente dal testo, in ciò che mentre la prima può dedursi per capitoli, oppure somministrarsi senza veruna deduzione di capitoli, operando senz'altro la presentazione dei propri testimoni attenendosi all'osservanza degli art. 233 e 234, la seconda invece deve sempre proporsi con capitoli specificati in una comparsa. E di ciò io trovo una ragione nel diritto che ha la parte che introducesse la prova principale di ben vagliare la portata della controprova per potere, ove non la creda ammissibile, promuovere un incidente per farla respingere ed esperire pur essa in tempo utile la propria riprova.

A che la legge avrebbe dichiarato che sempre la controprova è *di diritto* se poi per l'ammissione della controprova indiretta, fosse necessaria l'autorizzazione del giudice? Quella volta che di un incidente per l'ammissione della riprova indiretta vi fosse stato mestieri, sarebbe stato sufficiente che la legge concedesse la facoltà di dedurre la prova contraria diretta.

Il limite di tempo poi fissato dall'articolo per la deduzione dei capitoli, quello cioè dei 15 giorni, è anch'esso una prova dell'erroneità della giurisprudenza che censuro.

Questo termine dimostra che la legge intese di accordare il diritto di introdurre la prova contraria anche indiretta con un mezzo speciale e più semplice e spedito all'occasione che si sviluppa ed esaurisce la prova principale, volendo però che questo diritto, appunto perchè di somma importanza ed ampiezza, fosse esercitato in modo da non pregiudicare di troppo la con-

dizione dell'avversario, fosse fatto valere cioè nel termine di 15 giorni da quello in cui è divenuto esecutivo il provvedimento che ammise la prova principale, e mediante la produzione di una comparsa che contenesse i capitoli sui quali la riprova deve esperirsi.

Sia che si ritenga che disciplinando in tal modo la deduzione della prova contraria, la legge abbia voluto provvedere all'economia e celerità dei giudizi ed all'unità del processo probatorio, sia che si ammetta come solo motivo il sospetto di subornazione dei testi, è sempre vero che il fine voluto dal legislatore non potrebbe raggiungersi ove si volesse obbligatoria la proposizione d'un incidente per l'ammissione della controprova su fatti nuovi, poichè l'incidente stesso, non potendo impedire l'esaurimento della prova, verrebbe assai spesso ad essere risolto quando i testi della prova principale sono già stati assunti.

Se la tesi da me sostenuta avesse bisogno d'altri argomenti, l'art. 256 del Codice francese ne fornisce uno, a mio avviso, inoppugnabile:

« La preuve contraire (dice quest'articolo) sera de droit: la preuve du demandeur et la preuve contraire seront commencées et terminées dans les délais fixés par les articles suivants ».

Nessuno in Francia ha mai dubitato che la prova contraria comprendesse anche la prova su fatti nuovi diretti a dimostrare la falsità di quelli dedotti dall'avversario (Carré, *quest.*, 990). Eppure non solamente si ritenne che la dichiarazione della legge che la riprova è *di diritto*, significasse che in verun caso si ha l'obbligo di farla preventivamente ammettere dal giudice, ma i più sostennero che non fosse nemmeno necessaria la deduzione dei capitoli sui fatti nuovi. (Carré e Chauveau, *quest.*, 989; Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 497; Favard, t. 2, p. 345, n. 7; Dalloz, t. 12, p. 532, n. 12; Thomine, n. 300; Boncenne, t. 2, p. 124, n. 232). — Su questo punto però esisteva in Francia una questione gravemente dibattuta, e fu, a mio credere, per toglierla che il legislatore Sardo, all'art. 295, ed il nostro col presente, hanno imposta la specificazione dei capitoli.

A proposito del termine dei 15 giorni per proporre la riprova su fatti nuovi credo opportuno di osservare come non sia fondato l'appunto fatto dal Borsari all'illustre Pisanelli sul concetto che dalla sua relazione sul progetto del codice, apparirebbe, che la disposizione del capoverso dell'articolo presente costituisca una ampliamente invece che una limitazione, come il Borsari ritenne e io pure ritengo con lui.

Il Pisanelli stabilendo il termine di 15 giorni da quello in cui divennero esecutive la sentenza o l'ordinanza ammissiva la prova, introdusse infatti una ampliamente rispetto al Codice sardo di procedura civile, poichè questo codice prescrive che la prova contraria pure essendo di diritto debba proporsi nel termine di 15 giorni non da quello in cui la prova fu ammessa, o può eseguirsi, ma da quello in cui la prova fu dedotta.

Sta adunque che la disposizione del progetto introduceva una ampliamente non in senso assoluto, ma relativamente al codice precedente, appunto per le ragioni nella relazione esposte che cioè sarebbe prematura la deduzione della prova contraria, quando non è ancor certo che debba seguire la prova principalmente dedotta, e quali siano i fatti che ne formeranno l'oggetto, e che essendo cosa di molta importanza la deduzione della riprova indiretta, occorre di non precipitare nello stabilire un termine perentorio per non sacrificare il diritto di una delle parti allo scopo di una mal intesa celerità.

Da ultimo torna pressochè inutile il dichiarare che il termine prefisso da questo articolo per la deduzione della riprova deve imprescindibilmente osservarsi. La prova contraria può essere assai meglio esaurita nella fase della prova, quando il giudice ha ancor fisse nella memoria le risultanze di questa; e facendo della prova e della riprova due fasi distinte del giudizio più o meno remote l'una dall'altra, si verrebbe a scindere quello che deve essere un solo organismo del rito processuale. Di più la facoltà di proporre la prova contraria in qualunque stadio della lite potrebbe dare appiglio a procrastinare indefinitamente la decisione della controversia, specialmente per la ragione che non può interdarsi a chi dedusse la prova di introdurre la riprova

della riprova. Finalmente è indiscutibile che la legge stabilì termini brevi alla riprova, per ovviare alla facile subornazione dei testi; questo scopo sarebbe contrariato palesemente se si ammettesse la deducibilità della controprova in qualunque momento dell'istruttoria.

5. Ammessa la prova testimoniale dell'obbligazione, può il convenuto proporre la controprova della liberazione?

Stanno per la negativa il Bonnier ed il Boitard; sostiene invece la soluzione affermativa il Borsari nel *Commento al Codice sardo* (II, n. CCXXXII). Come vi dovrà esser bisogno di autorizzazione di giudice per provare con testimoni il pagamento quando non se ne avrebbe punto bisogno per provare che l'obbligazione non è mai esistita o non esiste nella estensione supposta dall'avversario? Come può concepirsi che l'avversario abbia facoltà di provare con testimoni, e che in me non sia quella di respingere la prova cogli stessi mezzi senza un'autorizzazione del giudice? Il fatto della esecuzione è troppo collegato con quello della domanda di adempimento che si fa in contrario per potere asserire che si tratta di un distinto e diverso ordine di fatti.

Se però la prova della obbligazione fosse ammissibile col mezzo dei testi perchè permessa dalla legge, in vista di un principio di prova scritta, o di un caso eccezionale, e non lo fosse invece perchè manchino queste condizioni speciali la prova della liberazione, va da sé che in faccia al principio superiore di diritto la legge di procedura deve cedere il campo.

Vedi anche Carré, *quest.*, 989 bis.

230. L'ordinanza o la sentenza che ammette la prova testimoniale deve contenere;

1. I fatti da provarsi;
2. La delegazione di un giudice per fare l'esame dei testimoni, se non sia ordinato che l'esame segua all'udienza.

1. La surrogazione del giudice delegato per l'esame dei testimoni deve farsi dal presidente o dal giudice delegato anche nel caso che la delegazione abbia avuto luogo per sentenza del tribunale, e spetta pure ai medesimi di accordare la proroga conveniente.

Nè è necessario che il provvedimento sulla richiesta delegazione e sulla proroga sia preceduto dalla citazione dell'altra parte, avendo essa facoltà di fare opposizione, purchè la faccia nel termine dell'art. 183. Infatti vi ha differenza fra il giudice delegato all'esecuzione della prova e il presidente o giudice delegato; mentre il primo non è che un mero esecutore dell'incarico datogli, il presidente o giudice delegato sono rivestiti dalla legge per rappresentare il corpo giudicante in tutte quelle attribuzioni che per la maggiore speditezza la legge stessa non ha creduto necessario di doversene occupare collettivamente. Ora come non occorre una apposita discussione fra le parti, perchè il tribunale provveda alla nomina del giudice e fissi il termine per l'esecuzione della prova, non occorre nemmeno quando il presidente debba surrogare il giudice già nominato dal tribunale e contemporaneamente prorogare il termine. — *Appello Cagliari*, 1 febbraio 1866. *Quesada—Amedeo. Annali*, I, 299.

2. È come non avvenuta quell'ordinanza che ammettendo una prova testimoniale non riferisce i fatti da provare, e quindi da essa non decorrono i trenta dì per eseguire la prova. — *Cass. Torino*, 1 febbraio 1872. *Ospedale di Lodi—Comune di Dovera. Mon. Trib.*, XIII, 127.

3. La delegazione di un giudice per ricevere gli esami dei testimoni deve farsi dal presidente se la ammissione della prova ebbe luogo per ordinanza del medesimo, e dal collegio giudicante se la prova fu ammessa con sentenza,

Art. 203-206 reg. giu
208, 210 c. p. c.

Il presidente può surrogare, ove d'uopo, il giudice delegato dal collegio, ma non supplire al difetto di delegazione della sentenza. — *Appello Genova. 15 aprile 1873. Aragosta—Serra. Gior. dei Trib., II, n. 260.*

1. È nulla la sentenza che omette di enunciare i fatti da provarsi, o li enuncia in modo imperfetto ed oscuro?

Nel primo caso la informe sentenza sarebbe viziata nella sostanza, e nulla senza rimedio. In ciò la giurisprudenza è concorde.

Nel secondo caso non potrà formarsi una teorica positiva *a priori*, non potendosi preannunciare quando il vizio di oscurità e confusione del dettato possa equipararsi a una vera omissione.

È poi assolutamente necessario che gli articoli siano riportati nel loro tenore in qualche parte della sentenza, non riferendosi cioè alle conclusioni delle parti. — Gargiulo, *Comm.*, p. 608 - Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CCXXXVII.

2. Sarebbe nulla la sentenza o l'ordinanza che, ammettendo un prova testimoniale, non contenesse i fatti in veruna parte, ma si riferisse all'atto introduttivo dell'incidente dove i fatti si trovano formulati in capitoli, dappoiché quest'atto può smarrirsi o alterarsi. La nullità però è sanata per la esecuzione volontaria data dalle parti al provvedimento del giudice. — Carré, *quest.*, 978 - Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 496.

3. Se l'enunciazione dei fatti sui quali versa la prova risulta incompleta nella sentenza o nell'ordinanza per semplice errore od inavvertenza, si può correggere la sentenza senza appellare o ricorrere per nullità. — Saredo, *Istit.*, 461 - Borsari, *Comm.*, I, p. 336, - Gargiulo, *Comm.* p. 608 - Carré, *quest.*, 979 - Favard, t. 2, p. 345, n. 5.

4. La seconda parte di questo articolo si ritiene non contenga una disposizione essenziale, la cui omissione od erroneità importi l'annullamento della sentenza. (Carré, 980 *bis*). Le parti possono supplirvi con istanze al tribunale: e Boitard (t. 1, p. 389, art. 255) crede che il presidente abbia competenza per fare tal nomina come l'avrebbe per surrogare un altro giudice per impedimento del primo nominato. — Borsari, *Comm. Cod. sardo*, III, n. CCXXXVIII.

5. Quando i testimoni risiedono in luogo lontano dal tribunale che ammise la prova, si potrà chiedere che siano sentiti dal giudice che è loro più vicino, che sarà delegato, giusta il disposto dell'art. 208 c. p. c. In tal caso, come si vedrà più innanzi, il procedimento d'esecuzione della prova viene a scindersi in tante parti distinte quante sono le località dove si assumono gli esami, ed a ciascuna saranno applicabili le disposizioni degli art. 233 e 234, quantunque in tutte, *nel loro complesso*, debba aversi riguardo all'art. 232, al termine nel quale tutti i testimoni devono essere assunti.

La domanda di delegazione del giudice del luogo dei testimoni dovrà, secondo a me sembra, accogliersi tanto più facilmente, inquantoché, altrimenti, dovendosi nella citazione dei testi lasciare il termine di comparizione stabilito dall'art. 147, il lasso di tempo concesso dall'art. 232 per eseguire la prova, sarebbe assolutamente irrisorio e la proroga del termine diventerebbe la regola. È ben vero che scindendosi per tal modo la prova, la parte sarebbe pregiudicata nel suo diritto di assistere personalmente allo esame, ma ogni diritto deve pure ritenersi esercicabile solo in quei limiti che risultano dalle disposizioni di legge.

Se poi della delegazione del giudice del luogo si vedesse il bisogno, dopo che fu già pronunciata la sentenza o l'ordinanza che provvedeva altrimenti, io non dubito che sia permesso di farne istanza davanti al giudice delegato in contraddittorio della controparte. Se questa si oppone alla domanda, ed il giudice delegato è costretto a rimettere la decisione della controversia incidentale al collegio, resta necessariamente sospesa l'efficacia del primo provvedimento e sospesa quindi la decorrenza del termine assegnato a compiere gli esami. Se fosse altrimenti ne conseguirebbe lo assurdo che la sentenza pronunciata sulla lite pella surrogazione del giudice ad assumere la prova, ove intanto fosse decorso il termine per gli esami, sarebbe priva

di effetto, seppure avesse trovata fondata e giusta la chiesta surrogazione, per essere omai perento il diritto alla prova.

Di tale sospensione del termine non è lecito al convenuto incidentale di muovere l'agno, poichè mentre la istanza per surrogazione trova appoggio negli art. 208 e 210 c. p. c., la causa sulla medesima ebbe origine propriamente dalla opposizione di lui.

231. L'autorità giudiziaria, il presidente, o il giudice delegato riconoscendone la necessità, può ordinare che l'esame dei testimoni segua sul luogo a cui si riferiscono le deposizioni.

232. Il termine per far gli esami è di giorni trenta, salvo che per ragioni speciali sia stabilito un altro termine.

Il termine decorre rispettivamente dalla scadenza di quello stabilito per far opposizione od appellare, e, quando siavi stato giudizio di opposizione o d'appello, dalla notificazione della sentenza proferita in questo giudizio.

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 dichiara di non voler appellare, il termine decorre dal giorno della notificazione dell'ordinanza o della sentenza che ammise gli esami, o dal giorno della dichiarazione anzidetta.

1. Il termine fissato da una sentenza per l'esame dei testimoni non decorre se non quando la medesima contenga la delegazione del giudice che deve ricevere li esami; ma se questa delegazione non venne fatta, o dovè riformarsi, il termine non decorre se non dal giorno della efficace delegazione. — *Appello Casale*, 16 luglio 1866. *Visca—Crucchetti. Annali*, I, 159.

2. Il termine per eseguire l'esame dei testi riguarda i giudizi con procedimento formale, non quelli col sommario. In questi ultimi tutto è rimesso in tal proposito al prudente arbitrio del giudice (art. 482, 484, 488 Codice sardo 1859).

Se nei giudizi sommari il tribunale si è limitato ad ammettere la prova testimoniale e nulla ha stabilito quanto al tempo entro cui eseguirla, la notificazione della sentenza non fa decorrere il termine per gli esami dei testimoni, ma occorre all'uopo un ulteriore provvedimento del tribunale che stabilisca questo termine. — *Cass. Torino*, 31 luglio 1866. *Ballarini—Torazzi. Annali*, I, 137.

3. Il termine per esaurire la prova testimoniale, trascorso il quale gli esami sono nulli, è quello stabilito nell'ordinanza del giudice delegato, non quello dei 30 giorni dalla notificazione della sentenza o dell'ordinanza che ammise gli esami.

Ad ogni modo la determinazione che il giudice delegato abbia fatto d'un giorno al di là del trentennio pella esecuzione della prova dovrebbe considerarsi come una proroga del termine che pure esso è autorizzato a concedere. E se dalla relativa ordinanza l'altra parte non reclamò nei 3 giorni non può ulteriormente dedurre la nullità. La nullità degli esami testimoniali, perchè eseguita fuori dei 30 giorni non deve proporsi all'udienza d'audizione, ma nella comparsa successiva agli esami. — *Appello Potenza*, 10 agosto 1866. *Mitidieri—Mazzara. Annali*, I, 175 — *Cass. Napoli*, 19 dicembre 1871. *Fusco—Paglia. Annali*, VI, 143.

4. La disposizione dell'art. 367 primo capoverso, pella quale l'ordinanza pronunciata in presenza dei procuratori, non deve al fine della sua esecutorietà essere notificata, riceve la sua applicazione anche nel caso di ordinanza ammissiva della prova testimoniale al fine di far decorrere il termine di 30 giorni per eseguirla, non ostante che nell'ultimo capoverso di questo articolo sia detto che un tal termine decorre dal dì della notificazione dell'ordinanza. — *Appello Parma*, 9 ottobre 1866. *Micheli—Pontirol Battisti. Mon. Trib.*, VII, 1015 — *Cass. Firenze*, 10 dicembre 1868. *Panichi—Minucci. Annali*, II, 274.

5. Anche nel caso in cui la prova testimoniale sia stata ammessa per consenso delle parti, il termine per procedere agli esami decorre soltanto dal dì della notificazione dell'ordinanza non potendo intendersi il disposto da questo articolo derogato dai termini generali in cui è espressa la dispensa dell'art. 367. — *Appello Perugia*, 18 ottobre 1866. *Polverini—Mucci. Annali*, I, 91 — *Appello Lucca*, 27 febbraio 1873. *Celebrini—Celebrini. Annali*, VII, 233.

6. Il termine di giorni 30 per gli esami dei testimoni è fatale. Esso decorre dal dì in cui l'ordinanza o sentenza, ammettenti la prova, furono notificati all'altra parte. — *Cass. Torino*, 21 dicembre 1866. *Ferrovia Umbro-Aretina—Sacuto ll. cc. Annali*, I, 221.

7. Il termine ad eseguire la prova per testimoni e la prova contraria sia esso ordinario o prorogato è comune ad entrambe. — *Appello Modena*, 28 dicembre 1866. *Cerchiari Ne' Saltini—Pedroni. Annali*, I, 73.

8. Il giudice delegato all'esaurimento d'una prova testimoniale, se vegga che il termine assegnato è trascorso, retamente si astiene dall'eseguirla. — *Appello Brescia*, 14 gennaio 1867. *Pastore—Olivari. Annali*, I, 407.

9. Se la parte, entro il termine utile, domanda di far sentire i suoi testimoni, se il giudice provvede in maniera che l'esame resti rinviato al dì là dei 30 giorni all'uopo dalla legge stabiliti, se il provvedimento del giudice non è contraddetto da nessuna delle parti e non è perciò revocato, non può e non deve applicarsi il rigore di questo articolo quando pure si trattasse di giudizi formali ed ordinari; la parte incolpabile non deve aver danno; così persuade l'economia della legge e più specialmente l'art. 249. — *Cass. Torino*, 27 agosto 1867. *Guzzeloni—Fava. Mon. Trib.*, VIII, 870 — *Appello Bologna*, 14 maggio 1871. *Calderoni—Calderoni. Annali*, V, 403.

10. Nel termine dei 30 giorni gli esami devono non solo cominciarci, ma anche compiersi. — *Appello Napoli*, 27 novembre 1867. *Cornacchia—De Palma. Gazz. del Proc.*, III, 45.

11. Il termine ad eseguire la prova testimoniale concordata dalle parti decorre dal dì della notificazione dell'ordinanza che la ammise. Se però i procuratori delle parti furono presenti alla sua emanazione, il termine decorre dalla data dell'ordinanza. — *Appello Firenze*, 9 dicembre 1867. *Svetoni—Svetoni. Annali*, I, 482 — *Appello Brescia*, 14 gennaio 1867. *Pastore—Olivari. Annali*, I, 406 — *Appello Milano*, 10 maggio 1867. *Novaria—Novaria. Mon. Trib.*, VIII, 472.

12. Se prima sia stata notificata la sentenza del tribunale d'appello e poscia quella del tribunale di primo grado che ammise i capitoli, è da quest'ultima notificazione che decorre il termine ad eseguire la prova.

E tanto più ciò procede, se la sentenza del tribunale d'appello, senza confermare o revocare la sentenza appellata, si limiti a dichiarare la deservizione dell'appello. — *Appello Torino*, 27 febbraio 1868. *Authoine—Cullaz e Primo. Annali*, II, 303.

13. Il termine di 30 giorni per far gli esami dei testimoni non è improrogabile ed a pena di decadenza [art. 46].

Il suddetto termine decorre dalla notifica e non dalla pubblicazione della sentenza. — *Appello Catanzaro*, 7 aprile 1868. *Candido—Impalà e Lamantea. Bettini*, XX, 287.

14. Se la parte ottenne ordinanza che fissa l'audizione dei testimoni in un giorno compreso nel termine legale, non è nulla la prova perchè il giudice nel giorno stabilito prorogò d'ufficio l'esame di alcuni testimoni oltre il termine legale. — *Appello Casale*, 25 luglio 1868. *Benedetto—Salussoglia. Annali*, II, 602 — *Appello Torino*, 20 dicembre 1869. *De Bernardi—De Grandi. Annali*, III, 577 — *Appello Torino*, 17 gennaio 1870. *Società Paterna—Galoppo. Giurisprudenza*, 1870, n. 15.

15. L'accettazione condizionata della rinuncia d'appello non basta a far decorrere il termine fissato nella sentenza per l'esame testimoniale, ma è forza perciò che la condizione sia eseguita o sia tolta di mezzo.

Solo dal giorno in cui la parte avversaria costituì il suo nuovo rappresentante in surrogazione a quello che avea cessato dal suo ufficio decorre efficacemente il termine assegnato dalla legge alla prova.

Questo termine può dal giudice per urgenza di servizio venir prorogato, annuente la parte interessata. In tal caso il consenso di questa tien luogo della domanda richiesta dall'art. 246. — *Cass. Torino*, 25 febbraio 1869. *Finanza—Comune di Nuge'du. Legge*, IX, 402.

16. La nullità dell'esame dei testimoni eseguito al di là dei 30 giorni si verifica quand'anche la parte abbia tempestivamente fatta istanza per l'udizione dei testi, ma il giudice delegato abbia stabilito un giorno al di là del termine legale, e la parte non abbia reclamato dalla relativa ordinanza. — *Cass. Napoli*, 13 maggio 1869. *Ciavolich—Nicolini. Annali*, III, 166.

17. Anche pel codice di procedura civile italiano vige la regola che dopo l'esaurimento della prova testimoniale, non è lecito indurre altri testimoni, nè sopra i fatti medesimi, nè sopra fatti contrari. — *Appello Firenze*, 5 luglio 1869. *Amorotti—Comune di Massa Marittima. Annali*, III, 317.

18. Quando la prova testimoniale è ammessa per essere esaurita all'atto dell'accesso giudiziale, il termine al di lei esaurimento non è regolato da questo articolo, ma dipende da quello che sia stato stabilito per l'esecuzione dell'accesso. — *Cass. Torino*, 16 luglio 1869. *Varese—Aliprandi. Annali*, III, 261.

19. Il termine di trenta giorni per gli esami testimoniali è legge per la parte che vuole l'esame, ma non è legge per il giudice che deve provvedervi; quindi, allorquando la parte fece il possibile perchè gli esami seguissero in tempo, è valida ed appoggiata a giusto motivo la monizione fissata dal giudice ad un giorno al di là del termine legale, per trovarsi egli impegnato in altri affari del suo ufficio. — *Appello Torino*, 20 dicembre 1869. *Debenedetto—Degrandi. Giurisprudenza*, VII, 200.

20. I termini per l'assunzione di una prova concessa da una sentenza non decorrono che dalla sua notificazione, quand'anche la sentenza stessa, in difetto per altro di domanda e contraddizione delle parti, avesse statuito che la prova dovesse farsi entro un dato termine dalla sua pubblicazione. — *Appello Napoli*, 11 marzo 1870. *Lanza—Lanzara. Gazz. del Proc.*, 13 aprile 1870.

21. Esaurita l'inchiesta affidata alla prova testimoniale la legge non ammette altrimenti alcuna delle parti a ritornare sulla inchiesta stessa per via di nuovi o anche degli stessi testimoni. — *Appello Firenze*, 6 maggio 1870. *Casalegno—Arduin. Annali*, IV, 49.

22. Quando la decadenza del termine per eseguire la prova fosse

incorsa per fatto del giudice, il diritto alla proroga non è punto pregiudicato essendo a reputarsi per analogia dell'art. 249 reintegrato il termine come fosse non ancora trascorso. — *Appello Napoli*, 22 luglio 1870. *Caracciolo del Sole*—*P. Maurizio della Croce*. *Gazz. del Proc.*, 1870, n. 29.

23. Non si decade dal diritto di fare la prova testimoniale per ciò solo che siasi lasciato trascorrere il termine di 30 giorni prefisso per farvi luogo. — *Appello Napoli*, 9 settembre 1870. *Cremonesi*—*Gagliardi*. *Mon. Trib.*, XII, *Temi Italica*, 1870, n. 21.

24. Seguiti nel termine legale gli esami in materia principale, può il giudice, finchè il termine legale non è trascorso, rinviare d'ufficio gli esami in materia contraria ad una udienza al di là del termine legale (1).

Non v'ha decadenza dagli esami per il trascorso del termine quando questo non dipende da negligenza della parte, ma dal fatto del giudice delegato che fissa gli esami ad un'udienza al di là del termine legale (2).

Tanto meno puossi invocare la decadenza da chi aderi al rinvio degli esami al di là del termine, sottoscrivendo senza riserva, o protesta il verbale contenente il rinvio. — *Appello Torino*, 20 ottobre 1870. *Giacchetti*—*Berra*. *Giurisprudenza*, VIII, 127.

(1-2) *Contra*: *Appello Napoli*, 27 novembre 1867 e *Cass. Napoli*, 13 maggio 1869. *Chiavolich*—*Nicolini*. *Gazz. del Proc.*, IV, 353, per la considerazione che il precetto di questo articolo deve intendersi d'ordine pubblico.

25. Il termine di giorni trenta per esaurire la prova testimoniale non è soltanto di rigore per la prova principale, ma anche per la prova contraria, sempre quando questa deve seguire sui capitoli dedotti per la prova principale. — *Appello Casale*, 5 ottobre 1871. *Belchio*—*Garino* *Il. cc. Betini*, XXIII, 728.

26. Quando la parte che ha ottenuto la prova testimoniale ha chiesto nel termine l'ordinanza per la destinazione del giorno della prova, non può decadere dal suo diritto per questo, perchè il giudice delegato abbia destinato per gli esami un giorno al di là del termine fissato dalla legge (1).

La destinazione d'un giorno al di là del termine legale contiene implicita la proroga del termine stesso (2).

Ad ogni modo, non potrebbe mai la decadenza dedursi dall'altra parte, la quale, notificata dell'ordinanza del giudice, non vi fece opposizione entro tre giorni. — *Cass. Napoli*, 19 dicembre 1871. *Fusco*—*Paglia*. *Annali*, VI, 143.

(1-2) *Appello Potenza*, 10 agosto 1866. *Mitidieri*—*Mazzara*. *Annali*, I, 175 — *Appello Torino*, 6 dicembre 1867. *Machij-Gratton*—*Noussen*. *Annali*, II, 281 — *Appello Casale*, 25 luglio 1868. *Benedetti-Salussoglia*. *Annali*, II, 602 — *Appello Torino*, 20 dicembre 1869. *Debernardi*—*De Grandi*. *Annali*, III, 576 — *Appello Bologna*, 14 maggio 1871. *Calderoni*—*Calderoni*. *Annali*, V, 403.

Contra: *Appello Napoli*, 27 novembre 1867. *Cornacchia*—*De Palma*. *Annali*, II, 601 — *Cass. Napoli*, 13 maggio 1869. *Chiavolich*—*Nicolini*. *Annali*, III, 166.

27. Il termine di giorni 30 per l'assunzione dell'esame dei testimoni è fatale e se vi sia appellazione decorre dal giorno della notificazione della sentenza d'appello anche qualora non sia stata notificata la sentenza appellata. Laonde la notificazione della sentenza di primo grado non à influenza alcuna sulla decorrenza del detto termine. — *Cass. Firenze*, 15 febbraio 1872. *Rogier*—*Società miniere di Monteponi*. *Mon. Giud.*, I, 444.

28. Finchè il termine per gli esami non è trascorso, ponno sempre

udirsi nuovi testi, purchè la notificazione delle generalità di questi avvenga 5 di prima dell'esame. — *Cass. Torino, 14 marzo 1872. Namias—Dozza. Gior. delle Leggi, III, 341* — *Appello Napoli, 6 dicembre 1870. Moccia—Borghese. Annali, V, 75.*

29. L'ordinanza del giudice delegato per gli esami, colla quale sopra due distinti capi di domanda della parte, l'una per la fissazione del giorno degli esami, e l'altra per la concessione d'una proroga, fissa un giorno oltre il termine ordinario, non può dirsi nulla, e decaduta la parte dal diritto di far seguire l'esame, perchè sia emanata senza il contraddittorio e citazione della parte avversaria e senza specificarne le ragioni, se non appare che la monizione oltre il termine sia stata fatta in dipendenza della concessa proroga, piuttostochè per esigenza di servizio d'ufficio.

In altri termini, se la fissazione del giorno degli esami oltre il termine ordinario è fatta in via di proroga sopra domanda della parte è nulla, se non precedette il consenso o la citazione avversaria; ma tale consenso o citazione non sono necessarie se la proroga è decretata per convenienze d'ufficio. — *Appello Torino, 23 marzo 1872. Perazzo—Comune Fontanetto di Po. Giurisprudenza, IX, 441.*

30. Per la morte d'una delle parti rimane sospeso il termine per procedere agli esami, e non ricomincia a decorrere se non dalla citazione degli eredi del defunto. E perciò, concessa con ordinanza una proroga che debba cominciare dalla scadenza del termine in corso, tale proroga decorre dalla scadenza del termine ordinario, ma il tempo che sia trascorso tra la morte della parte e la citazione degli eredi di essa non deve essere computato. — *Appello Torino, 1 aprile 1872. Vittone ll. cc.—Alesina ll. cc. Legge, XII, n. 45.*

31. Trattandosi di causa individua fra più consorti in lite, il termine per gli esami non decorre finchè la sentenza non è notificata a tutte le parti; ma se la causa non è individua, basta che la sentenza sia stata notificata alla parte che nel suo esclusivo interesse propose ed ottenne la prova testimoniale. — *Appello Torino, 6 maggio 1872. Baldi—Mao. Giurisprudenza, IX, 517* — *Appello Torino, 22 giugno 1867. Pacotto—Martino, Giurisprudenza, IV, 499* — *Appello Torino, 22 luglio 1867. Galetti—Bava. Giurisprudenza, IV, 553.*

32. Trascorso il termine dei 30 giorni senza che siasi dato principio agli esami testimoniali, la decadenza è incorsa, nè è più ammissibile alcuna istanza di proroga.

Il trascorso del detto termine porta decadenza senza che abbia a distinguersi tra il caso di esami iniziati e quello di esami non per anco iniziati.

Incorsa la decadenza degli esami in primo giudizio non può la prova stessa dedursi ancora in appello. — *Appello Torino, 3 febbraio 1873. Guggia—Guggia. Gior. dei Trib., III, n. 117.*

33. Non decorre termine probatorio finchè l'ordinanza o la sentenza ammissiva della prova testimoniale non sia completata colla delegazione del giudice per riceverla. — *Appello Genova, 15 aprile 1873. Aragosta—Serra. Gior. dei Trib., II, n. 260.*

34. L'osservanza dei termini è compito delle parti sotto pena di nullità, mentre la fissazione del giorno per l'audizione dei testimoni è opera del giudice.

Il provvedimento del giudice delegato con cui per l'audizione dei testimoni a prova, fissa un giorno al di là del termine dei 30 giorni, non importa implicita proroga del termine legale di cui può anche giovare la parte contraria, non essendo in facoltà del giudice delegato accordare una proroga del termine.

Conseguentemente la parte che ha fatto istanza per l'audizione dei testimoni a riprova durante questo termine fissato dal giudice, ma oltre quello dei 30 giorni, nullamente fa procedere alla riprova. — *Appello Catania, 7 ottobre 1873. Salamone—Sindaco di Nicosia. Gior. dei Trib., III, n. 14.*

35. Il termine per far gli esami in caso di appello dalla sentenza che ammise la prova, decorre dalla notificazione della sentenza d'appello, sebbene dopo introdotto l'appello sia questo stato abbandonato circa il capo della sentenza che ammise la prova e ristretto agli altri capi della stessa. — *Appello Torino, 25 novembre 1873. Finanze—Comp. Canale Cavour. Gior. dei Trib., III, n. 89.*

36. Il termine dei 30 giorni per fare gli esami, quando sia cominciato a decorrere, non può prorogarsi che mediante domanda di proroga fatta prima della scadenza.

La prorogazione del termine deve essere espressamente richiesta; non può supplirvi qualche incidente siccome nella specie quello per delegazione di un giudice in luogo e vece di altro giudice già delegato alla assunzione.

Il giudice che, spirato il termine della delegazione, esercita ulteriormente le sue attribuzioni, compie opera nulla anche in difetto di reclamo, e quindi la parte lesa può proporre la nullità senza restrizioni di termini. — *Appello Venezia, 4 dicembre 1873. Nodari—Avesani e Zignoni. Mon. Giud., II, 822.*

37. Può il giudice delegato, senza eccedere le proprie attribuzioni, fissare per l'esame dei testi un'udienza al di là del termine stabilito dalla sentenza o dalla legge, prorogando così implicitamente il termine stesso, quando la parte abbia tempestivamente prodotto il proprio ricorso.

In ogni ipotesi l'operato del giudice resterebbe convalidato se non si fosse sporto reclamo contro il suo provvedimento nel termine di giorni tre. — *Appello Venezia, 3 febbraio 1874. Rossi—Masotto (inedita).*

38. La proroga del termine per far seguire gli esami si distingue dalla proroga dell'esame; quella è un diritto delle parti e si concede dal giudice concorrendo le giuste cause previste dalla legge; questa consiste nella facoltà del giudice di rinviare per autorità propria ad altra udienza fuori del termine l'esame dei testi presentati all'udienza e non potutisi esaminare, e non si può assolutamente riferire a testi non presenti all'udienza di rinvio. — *Appello Torino, 7 febbraio 1874.*

39. La nullità degli esami per la decorrenza del termine non si intende rimessa o rinunciata dalla parte per aver assistito all'esaurimento della prova ed anco per aver ottenuta e compiuta per suo conto la controprova, quante volte essa ha sempre e costantemente accompagnato i suoi atti da analoga protesta. — *Cass. Firenze, 10 febbraio 1874. Zantedeschi—Rossi. Mon. Trib., XV, 471.*

40. Deve procedersi alla notificazione dell'ordinanza o della sentenza che ammette la prova testimoniale all'oggetto di far decorrere i 30 giorni per l'esecuzione della prova.

Quando però il soccombente dichiara di non voler appellare, il termine decorre non dalla notificazione, ma dal giorno della dichiarazione del soccombente. — *Cass. Firenze, 19 febbraio 1874. Comune di Scansano—Rubechi e C. Legge, XIV, 697.*

41. È nullo il patto sulla prorogazione del termine di legge alla esecuzione degli esami testimoniali.

L'aver dichiarato l'art. 246 che le deposizioni ricevute dopo la scadenza del termine sono nulle a senso dell'art. 46 equivale a dire che il termine è *perentorio* e perciò non prorogabile per volontà delle parti.

La legge, anche concorrendo per la proroga il consenso dei contendenti, esige che il magistrato giudichi se concorrano o no giuste ragioni per accordarla, ed è perciò evidente che niun valore ha potuto attribuire a qualsiasi patto o convenzione su tale oggetto, e che solo al prudente arbitrio del magistrato è voluto attribuire la facoltà di prorogare il termine.

Se la legge (art. 56) à rimesso alle parti il poter sanare col loro silenzio una decadenza già incorsa, non segue da ciò che esse possano in precedenza rinunciare a tale diritto coll'obbligarsi, ad onta della legge, di far gli esami anche dopo decorso il termine, giacchè prima che il termine legale sia trascorso niun diritto si è acquistato da alcuna delle parti a cui possa rinunziarsi. — *Cass. Firenze, 18 giugno 1874. Lomazzi—Boresi. Gior. dei Trib., III, n. 209.*

42. Non è applicabile la decadenza della prova testimoniale se la decorrenza del termine dei 30 giorni fosse implicitamente sospesa per motivi equipollenti a quelli che impedissero la decorrenza della perenzione o della prescrizione, nella specie la pendenza di un incidente per far variare il luogo dell'assunzione dei testimoni.

Il termine non decorre per chi trovasi nell'impossibilità di usarne. — *Cass. Firenze, 14 luglio 1874. Avesani—Nodari. Gior. dei Trib., III, n. 201.*

43. La notificazione di una sentenza che ammette una prova per testimoni fatta personalmente alla parte in cui favore fu ammessa non le si può dire utilmente eseguita per gli effetti della decadenza dal termine. — *Appello Napoli, 19 ottobre 1874. Gior. dei Trib. III, n. 323.*

44. Il termine per raccogliere gli esami testimoniali ammessi con sentenza munita di clausola d'esecuzione provvisoria, comincia a decorrere dall'intimazione di essa, comunque vi sia appello. — *Cass. Napoli, 28 ottobre 1874. Pisani—Casa S. degli Incurabili. Gior. dei Trib., IV, n. 25 — Trib. Comm. Napoli, 4 maggio 1870. Gagliardi—Cremonesi. Gazz. del Proc., IV, n. 25.*

Contra: *Appello Napoli, 14 settembre 1868 — Appello Trani, 1 aprile 1870.*

45. Il termine per gli esami testimoniali non può essere altrimenti inteso che per cominciarli e compierli, non bastando che la prova entro il medesimo venga soltanto aperta con provocarsi l'assegnazione della giornata per l'audizione dei testi. — *Appello Napoli, 9 novembre 1874. Viola—Majo. Gior. dei Trib., IV, n. 23.*

46. La parte che ha domandato e fatto udire i suoi testimoni per la prova, non può presentarne altri e farli udire dopo il termine assegnato alla riprova.

Nè l'art. 233, che permette che l'esame sia fatto ad intervalli, si oppone a questa massima, perchè quell'articolo prevede il caso che i testimoni da udire siano molti e che manchi assolutamente il tempo per compilare tutto di seguito il verbale di prova, ma non dà punto diritto di aggiungere nuovi testimoni alla lista da principio presentata. — *Cass. Napoli, 11 novembre 1874. Acierio—Corcione. Gior. dei Trib., IV, n. 9.*

47. La destinazione di un giorno al di là del termine legale per la esecuzione della prova testimoniale fatta dal giudice delegato, tempestivamente adito, contiene implicita la proroga del termine stesso.

Il termine di 30 giorni è di rigore e corre egualmente per la prova contraria, se diretta a distruggere la sussistenza dei fatti invocati dall'altra parte; e quando la controprova sia diretta a porre in essere fatti nuovi, questi devono dedursi nel modo in cui si domanda la prova e nel termine assegnato dall'art. 229.

La prefata proroga del termine può giovare all'una e all'altra parte quand'anche la parte contraria abbia tempestivamente adempiuto al suo debito; ma se fu negligente, e non si valse tempestivamente del diritto della controprova si ha come rinunciante, e non può più valersene in seguito. — *Appello Firenze, 22 marzo 1875. Fabbri—Salvestrini. Annali, IX, 184.*

48. Il termine per assumere la prova ammessa non decorre che dalla cessazione dei fatti che ne impedivano l'assunzione, e legittimo impedimento è all'assunzione la destinazione del giudice delegato.

La proroga accordata da una all'altra parte per l'assunzione delle prove, giova anche alla parte che accorda la dilazione, ed è incensurabile l'ordinanza del giudice delegato che, tenuto conto della proroga, fissa per l'assunzione della prova un giorno fuori del primo termine.

Tanto più devesi ritenere operativa per entrambe le parti la proroga accordata ad una di esse, quando la sentenza e la ordinanza successive che vi si riferiscono, contemplano le prove in genere, e non la singola prova offerta da una sola parte. — *Appello Venezia, 22 aprile 1875. Avesani—Chiusole. Mon. Giud., IV, n. 16.*

49. Quando l'assunzione della prova testimoniale invece di essere fatta all'udienza viene delegata ad un giudice, il termine dei trenta giorni non decorre finchè non sia avvenuta quella delegazione.

Ove sia il tribunale d'appello che ammette i testimoni dopo che il merito della causa ha già percorso il primo stadio, in questo caso il termine per gli esami non decorre se non dopo la notificazione della fatta delegazione per parte del tribunale di primo grado. — *Cass. Firenze, 26 aprile 1875. Ranucci—Serny ll. cc. Gior. dei Trib., IV, n. 124.*

50. Il termine per fare gli esami testimoniali, rimane sospeso per la interruzione del procedimento, e fintantochè questo non sia regolarizzato.

Quindi, nel caso che, emanata sentenza che ammette una prova testimoniale, ne abbia appellato l'erede della parte contro cui la prova fu ammessa, se in appello la sentenza fu confermata con rimessione delle parti avanti i primi giudici per l'esecuzione, il termine per fare gli esami non decorre dalla notificazione della sentenza d'appello, ma dal giorno in cui il detto erede si costituì procuratore avanti il tribunale di prima istanza, o fu legalmente contumace. — *Cass. Torino, 14 maggio 1875. Martina—Bogetto e Berteu. Mon. Trib., XVI, 724.*

1. L'art. 232 contempla tre categorie di termini: quello puro e semplice dei 30 giorni; quello che viene stabilito dal magistrato e può essere minore o maggiore; quello che vi si aggiunge in virtù della proroga. Se perciò il magistrato, ricevuta in tempo l'istanza per fissazione del giorno per l'esecuzione della prova, determina un giorno che esce dal legale, non viola la legge. — *Saredo, Istit. n. 463 - Borsari, Comm. I. p. 340.*

2. La decorrenza ordinaria del termine sarebbe interrotta qualora, per la morte, la cessazione dall'ufficio, la sospensione e la interdizione d'uno dei procuratori venisse a mancare uno degli elementi integrali del giudizio. — *Saredo, Istit., n. 463 - Borsari e Mattei all'art. 232.*

3. Se la prova testimoniale venne ammessa con sentenza provvisoriamente eseguibile, il termine per compierla decorre a pena di nullità dalla notificazione della sentenza?

Quantunque mi trovi di fronte una decisione della suprema Corte di Napoli (vedi sent. n. 44), non dubito punto che alla questione presente debbasi dare una risposta negativa. L'esecuzione provvisoria della sentenza ottenuta in uno dei casi tassativamente indicati dalla legge, non è già un obbligo per la parte che l'ha chiesta, ma bensì semplicemente un diritto, al quale ella deve perciò potere liberamente rinunciare.

A questo principio, del quale nessuno vorrà certo negare la verità, non si può, senza offendere la ragione, credere che il legislatore abbia inteso di fare eccezione pel caso della esecuzione d'una sentenza incidentale. Come colui che ha ottenuto una sentenza provvisoriamente eseguibile può notificarla ed attendere che essa passi in giudicato per darvi esecuzione, così l'attore incidentale ha facoltà di dar corso alla prova testimoniale che fosse stata ammessa con sentenza esecutiva non ostante appello, ovvero di porsi al sicuro aspettando a far assumere la prova dopo decorso il termine per appellare dal giudicato, o dopo che il medesimo sia stato confermato in seconda istanza.

Come potrebbe egli infatti essere obbligato a sobbarcarsi alla spesa della esecuzione della prova, quando esiste il pericolo che il giudice d'appello, riformando la sentenza del primo giudice, rigetti la prova e renda di conseguenza nullo tutto quanto si è fatto? Non contrasta forse al buon senso che ciò che è indiscutibilmente un diritto, abbiassi ad eseguire necessariamente, ed a proprio rischio?

In contrario si osserva che disponendo l'articolo che « quando debba procedersi all'esame in virtù di sentenza esecutiva non ostante opposizione od appello, il termine decorre dal giorno della notificazione della sentenza che ammise la prova », la decadenza dal diritto di eseguire la prova dopo scorso il termine dalla notifica della sentenza, è una conseguenza necessaria, per quanto prescrive l'art. 246.

Io credo però che le parole della legge sovracitate siano ben lungi dall'avere quel significato che loro si vorrebbe attribuire.

Il legislatore ha preveduto il caso che si voglia assumere una prova in pendenza del giudizio d'appello, in base alla facoltà accordata dalla sentenza e dovendo stabilire il momento dal quale debba cominciare a decorrere il termine, lo determinò nella notificazione della sentenza. Con ciò non ha inteso di rendere obbligatoria l'esecuzione della sentenza, ma soltanto di stabilire che se la prova si mandi ad effetto lo si abbia a fare nel termine di legge a datare dalla intimazione della sentenza. In altre parole si è regolato l'esercizio del diritto, secondo le norme generali fissate alla assunzione della prova testimoniale, ma non lo si è in veruna guisa imposto.

4. Decorre il termine per compiere la prova, ove la sentenza o l'ordinanza che l'ha ammessa non contenga la delegazione del giudice che deve ricevere gli esami?

La giurisprudenza è pressochè concorde nella soluzione negativa, nell'ammettere cioè che la mancanza di designazione del giudice renda impossibile il decorso del termine (vedi sent. n. 1, 33, 48), ed io non dubito punto che così giudicando si è fatta una retta applicazione della legge.

Infatti non si può ritenere che il termine, certamente non molto lungo, dalla legge prefisso all'esaurimento dell'esame, cominci il suo corso finchè la sentenza o l'ordinanza che fecero luogo alla prova siano incomplete, di guisa che alla parte che vuol far assumere i testimoni, occorra di fare qualche atto prima di provvedersi per la fissazione del giorno in cui ha da seguire l'esame.

Il termine non può decorrere contro chi non può agire, e l'azione in questo caso, consistendo nel richiedere l'ordinanza del giudice per la destinazione del giorno dell'esame, è fuor di dubbio che se il giudice non fu nominato, il termine non incomincia. (Vedi anche Chauveau in Carré, *quest.*, 990 *quater*).

Del resto sono già tante le pratiche che nei trenta giorni si devono compiere, che una di più se ne volesse introdurre oltre quelle tassativamente imposte dalla legge (art. 233 e 234), renderebbe soverchiamente rigorosa la disposizione di questo articolo e di conseguenza oltremodo odiosa la nullità comminata alla inosservanza della medesima.

Ma, attenendosi anche alla sola lettera della legge, si noti che l'articolo 230 stabilisce che l'ordinanza o la sentenza che ammette la prova testimoniale *deve* contenere la delegazione di un giudice per fare l'esame, quando questo non ha da seguire all'udienza. Perciò la notificazione dell'ordinanza o sentenza che, giusta l'art. 232, serve di incominciamento al termine per l'esecuzione della prova, non può riferirsi che a provvedimenti od a decisioni che siano state pronunciate a termine di legge, contengano cioè la nomina del giudice delegato agli esami.

5. Se l'ordinanza che ammise la prova fu pronunciata in presenza dei procuratori, non deve essere notificata perchè decorra il termine di trenta giorni per l'assunzione dei testi. Così pensano anche Borsari (*Comm.*, I, p. 339), Saredo (*Istit.* n. 463), Gargiulo (*Comm.* p. 612), Mattei (*Annotaz.*).

La pronunciazione dell'ordinanza in presenza dei procuratori è dalla legge riconosciuta siccome un mezzo di notificazione; non può quindi dubitarsi che il primo allinea dell'art. 367 sia applicabile anche alla ordinanza ammissiva la prova testimoniale.

Il legislatore ha usato la parola generica *notificazione*, sebbene il giorno dal quale comincia a decorrere il termine possa essere e sia per lo più quello della pronunciazione dell'ordinanza, allo scopo di comprendere con unica disposizione generica anche l'altro caso in cui occorra per la notificazione la materiale consegna di copia a ministero d'uscieri, per non essere l'ordinanza stata emanata in presenza di ambidue i procuratori per qualsivoglia motivo.

Che tale sia la interpretazione da darsi all'articolo, per evitare antinomie, contro le quali sta ogni presunzione, apparisce anche dalla considerazione che una prescrizione eguale pel caso d'accordo delle parti sull'ammissione della prova, era sancita dall'art. 297 del Codice sardo; eppure l'articolo 295 del codice stesso si riportava espressamente all'art. 168 che stabiliva doversi ritenere per notificato al procuratore il provvedimento pronunciato in sua presenza.

Da ultimo si osservi che l'art. 206 del reg. gen. giud. vuole che in fine dell'ordinanza si indichi se fu pubblicata presenti o no i procuratori, la quale disposizione non avrebbe scopo se da questo fatto non dipendesse la notificazione o meno del provvedimento.

6. È pressochè fuori di contestazione che il giudice delegato possa, senza che l'esame corra pericolo di essere dichiarato nullo, fissare nell'ordinanza di cui all'art. 233 un giorno al di là del termine legale. Le esigenze del servizio possono alle volte obbligare il giudice a far ciò, ed in tal caso, sebbene non abbia espresse ragioni speciali, deve presumersi che egli ne abbia avute. D'altronde, allorquando una delle parti è stata diligente a chiedere in tempo utile la designazione del giorno per l'assunzione dei testimoni, essa non può essere responsabile pel fatto del giudice. La decadenza e nullità comminata dall'art. 246, essendo necessariamente una pena che segue la negligenza, non può colpire la parte che non è in colpa.

Ad una conclusione diversa è, a mio credere, impossibile giungere se ben si rifletta alla ragione per la quale il legislatore ha introdotto il termine breve e perentorio per eseguire la prova testimoniale.

Le altre prove una volta ammesse possono esaurirsi ad istanza di quella fra le parti alla quale preme di più la definizione della controversia, ma nella prova testimoniale, l'esaurimento di essa è rimesso interamente alla parte che l'ha proposta, alla medesima incombendo di far citare quei testimoni che crede più edotti dei fatti sui quali verte la prova. Di qui la conseguenza che se un termine non fosse stato prefisso alla assunzione dello esame, la definizione della lite sarebbe stata lasciata interamente in arbitrio di uno dei contendenti, contro ogni principio di moralità e di giustizia.

Nel caso in esame, codesto pericolo non v'è, poichè in ogni modo il giorno destinato dal giudice per l'esame surrognerà l'ultimo di del termine, passato il quale la decadenza è incorsa.

Concorda Borsari, *Comm.*, I, p. 340.

7. Vedi art. 230 nota n. 5 e art. 447 pel procedimento davanti i pretori.

Art. 249 c. p. c.

233. Sull'istanza verbale o scritta della parte che vuole far eseguire l'esame, o di un suo mandatario, il giudice stabilisce il luogo, il giorno e l'ora in cui i testimoni devono comparire.

L'ordinanza è notificata al procuratore dell'altra parte almeno giorni dieci prima di quello stabilito per l'esame, sotto pena di nullità.

L'esame dei testimoni può farsi ad intervalli, purché nel termine stabilito.

1. La notificazione dell'ordinanza al procuratore è di tutta necessità nè basterebbe fosse fatta alla parte. — *Cass. Torino*, 11 febbraio 1857. *Sterpone—utrinque (Borsari, Comm.)*.

2. Il provvedimento che fissa il giorno per l'esecuzione d'una prova essendo un'ordinanza deve essere preso sull'istanza di una parte in contraddittorio dell'altra.

Se fosse reso con semplice decreto sarebbe nullo a termini dell'articolo 56. — *Appello Firenze*, 16 aprile 1867. *Toggio—Soliva. Annali*, II, 18.

3. I dieci giorni per la notificazione dell'ordinanza di prova prima di quello stabilito per l'esame devono essere liberi ed interi. — *Appello Catanzaro*, 30 settembre 1867. *Sfara—Slairi. Bettini*, XIX, 585 — *Cass. Napoli*, 16 febbraio 1875. *Spada—Novelli. Gior. dei Trib.*, IV, n. 80.

4. Le parole adoperate da questo articolo, cioè che l'ordinanza prescrivente il dì dell'udizione dei testimoni sia notificata almeno 10 giorni prima di quello stabilito per l'esame, non altro esprimono se non il dovere di notificare l'ordinanza almeno nel decimo giorno anteriore all'esame.

L'esclusione del dì della notificazione è prescritto dall'art. 43 del codice di procedura civile, pel caso in cui si deve computare un numero di giorni dalla notificazione in avanti, non quando il computo deve essere fatto dal dì dell'esame indietro. — *Appello delle Calabrie*, 12 febbraio 1869. *Talamo—Tavano. Legge*, IX, 423.

5. In caso di proroga basta che la notificazione dell'ordinanza che stabilisce il giorno per l'esame segua 10 giorni prima della scadenza del termine stabilito dalla proroga stessa. — *Appello Torino*, 3 agosto 1869. *Barcellini—Papetti. Annali*, III, 556.

6. È nulla la notificazione dell'ordinanza per monizione d'esami, se manca nella copia notificata l'indicazione del giorno fissato per gli esami. — *Appello Torino*, 20 dicembre 1869. *Debernardi—Degrandi. Giurisprudenza*, VII, 200.

7. Quando sull'istanza di una parte il giudice delegato abbia fissato il giorno dell'esame testimoniale non può in seguito, dietro nuova istanza della medesima, variarlo senza il contraddittorio dell'altra parte.

Allorché contro l'ordinanza che fissa nuovo giorno per l'esame sia stato proposto nel debito termine il reclamo, non può il giudice delegato, primaché sia stato dalla corte o dal tribunale stabilito sul medesimo, procedere validamente ad interrogare i testimoni. — *Appello Bologna*, 12 marzo 1870. *Govoni—Finelli. Annali*, IV, 350.

8. La notificazione di cui a questo articolo deve essere fatta al procuratore ed è inefficace se fatta alla parte.

Sebbene nel termine prescritto non siasi fatta la notificazione, non vi ha decadenza dal diritto di far seguire gli esami se posteriormente venga il termine per gli esami prorogato, essendosene in tempo utile proposta la domanda. — *Appello Torino*, 25 novembre 1873. *Finanza—Comp. Canale Cavour. Gior. dei Trib.*, III, n. 89.

9. La tardiva notificazione dell'ordinanza che fissa il giorno della assunzione dei testi, e delle generalità dei testimoni, non importa assoluta decadenza dal diritto della prova, ma può la parte domandare, e il giudice ordinare d'ufficio, che sia soprasseduto agli esami, e stabilire per questi altro giorno, finché rimangano liberi i termini suindicati, purché però il nuovo giorno degli esami sia fissato dentro il trentennio stabilito dall'art. 232.

Allorché la parte non abbia domandato la fissazione di altro giorno nè il giudice la abbia stabilita d'ufficio, non è impedito alla parte stessa di chiedere invece una proroga del termine per eseguire gli esami, allorché concorrano giuste cause. — *Appello Firenze, 11 dicembre 1874. Comune di Sambuca—Agostini. Annali, IX, 22.*

10. Vedi art. 249 sent. n. 2 e 232 sent. n. 2.

1. Il provvedimento che fissa il giorno per l'esecuzione della prova testimoniale deve essere preso in contraddittorio delle due parti?

Vedemmo come la Corte d'appello di Firenze colla sentenza 16 aprile 1867 (n. 2) abbia risolto in senso affermativo tale questione, mentre dal giudicato del 12 marzo 1870 (n. 7), sembra che la Corte di Bologna propenda per la soluzione negativa.

La questione è assai ardua ed importante quantunque nuova, e vale la pena che noi esaminiamo i motivi della sentenza dell'appello di Firenze tanto più che in pratica, il provvedimento accennato in questo articolo, di solito consiste in un semplice decreto emanato dal giudice sull'istanza verbale o scritta di una sola delle parti, e quindi se l'opinione della Corte fosse attendibile sarebbe d'uopo di riformare l'uso ormai radicato per non incorrere nella sanzione di nullità comminata dall'art. 56 del c. p. c.

La Corte di Firenze osserva, che il provvedimento che fissa il giorno per l'esecuzione della prova è qualificato *ordinanza*, e che, sempre dove si parla di un simile provvedimento nel codice di procedura civile, si prescrive che esso sia emanato in seguito alla citazione di tutte le parti interessate davanti al giudice delegato.

Ed infatti l'art. 217, ultimo capoverso, stabilisce che la sentenza o la ordinanza, che ammette l'interrogatorio, ordina la comparizione *delle parti* davanti al giudice delegato per stabilire l'udienza o il giorno dell'interrogatorio.

L'art. 222 contiene una disposizione identica riguardo al giuramento.

L'art. 259, in modo ancora più significativo, prescrive che « dopo la nomina dei periti il giudice delegato, sull'istanza di una delle parti, *premessa la citazione dell'altra e dei periti*, riceve il giuramento di questi e stabilisce il luogo, il giorno e l'ora in cui essi cominceranno le loro operazioni ».

Aggiunge poi la sentenza che essendo per l'art. 209 ammesso in genere il reclamo dai provvedimenti dati dal giudice delegato per l'esecuzione della prova, così anche questo deve intendersi soggetto a reclamo e come tale deve essere un *ordinanza* e non un *decreto*.

Senonchè è da osservare anzitutto che mentre negli articoli sovracitati si accenna al contraddittorio, l'art. 233 dice soltanto che « sull'istanza *verbale o scritta della parte* che vuole far eseguire l'esame il giudice, ecc. ecc. ». Dalla lettera della legge adunque sembrerebbe che si avesse a prescindere dalla citazione della parte avversaria, giacchè questa citazione non è prescritta come lo è tassativamente negli altri articoli, non solo, ma si dà facoltà alla parte che à interesse all'assunzione dei testi di fare l'istanza al giudice delegato anche *verbalmente*.

Se occorresse la citazione di tutte le parti è troppo chiaro che sarebbe fuor di luogo la facoltà di fare l'istanza verbalmente, dappoichè la citazione costituirebbe da sè un ricorso scritto sul quale il giudice dovrebbe emanare il suo provvedimento. Tant'è vero che all'art. 259 ove si prescrive la citazione della parte e dei periti si parla di *istanza* e non di *istanza verbale*.

Ma ciò non è tutto. La comparizione di tutte le parti davanti al giudice delegato per la fissazione del giorno per l'esecuzione della prova ha una ragione speciale negli altri mezzi di prova che non esiste punto nella prova testimoniale.

Trattandosi infatti di interrogatorio e di giuramento non è già la parte che debba citare l'altra davanti al giudice delegato, ma è lo stesso giudice, nella sentenza o nell'ordinanza che ammette sì l'uno che l'altro, il quale ordina la comparizione delle parti.

In questi due casi si prescinde dall'istanza della parte; dunque quanto per essi si stabilisce negli art. 217 e 222 non può trovare applicazione al caso nostro. Si noti poi che la comparizione d'ambe le parti sarebbe indispensabile trattandosi di interrogatorio o di giuramento, essendo lo stesso convenuto incidentale quegli che deve prestarsi in persona all'esaurimento del mezzo di prova, mentre invece è abbastanza provveduto all'interesse della parte contraria a quella che vuol fare assumere i testimoni colla notificazione che per l'art. 233 deve farsi al di essa procuratore del provvedimento che fissa il giorno dell'assunzione dei testi.

Nel primo caso è opportuno sentire l'avversario perchè egli è principalmente interessato a far destinare una giornata di suo comodo per l'esaurimento della prova, nel secondo invece il suo interesse non esiste poichè più che ad altro il giudice deve, nel fissare il giorno, aver riguardo alla distanza ed al numero dei testimoni ed ancora alle proprie occupazioni.

Passando poi all'art. 259, che riguarda la prova dei periti, per escludere l'analogia di questo articolo con quello che ci occupa, mi basterà osservare che la presenza di tutte le parti è richiesta in quel caso dal fatto che nella stessa udienza in cui si fissa il giorno per la perizia il giudice riceve il giuramento dei periti, al quale hanno diritto di essere presenti tutte le parti.

Del resto è tanto vero che la disposizione dell'art. 233 non è analoga alle altre sovraccennate che, tolto il caso del giuramento, pel quale esiste una ragione speciale troppo evidente, negli altri due non è prescritta la notificazione del provvedimento come lo è nell'art. 233.

Si oppone, è vero, che questo articolo parla di *ordinanza* che è appunto per l'art. 50 « un provvedimento fatto in corso di causa dal presidente o giudice delegato sopra istanza di una parte, con citazione dell'altra o di ufficio » ma gli argomenti da me addotti provano, a mio avviso, abbastanza chiaramente che il legislatore à errato qui, come in altri luoghi, nel dare il nome al provvedimento del giudice, e che non di una *ordinanza* deve parlarsi in questo caso, ma bensì di un semplice *decreto*.

D'opinione conforme è il Carré, poichè parlando al n. CCXVII del suo *Trattato* del provvedimento che fissa il giorno per l'assunzione dei testimoni, così si esprime.

« Il faut donc qu'après la signification du jugement, et avant l'expiration du délai prescrit pour commencer l'enquête, celle des parties qui veut faire entendre ses témoins, ou toutes les deux, s'il y a contre-enquête, se présentent séparément par le ministère de leurs avoués devant le juge-commissaire, pour obtenir l'ordonnance dont il s'agit.

« Cette ordonnance doit être demandée par requête; elle peut l'être également par simple réquisition verbale ».

Ed alla domanda: « Comment chacune des parties obtient elle l'ordonnance ? » il Carré risponde: « En présentant une requête, au bas de laquelle le juge rend cette ordonnance ».

Non è forse questo il modo nel quale l'art. 50 del nostro Cod. di proc. civ. prescrive si emettano dal giudice i decreti?

2. Sarebbe nulla la notificazione di quest'ordinanza fatta direttamente alla parte. — Saredo, *Istit. n. 464* - Borsari, *Comm.* - Mattei, *Annotaz.*

3. Potrebbe il giudice rifiutare di designare il giorno per l'esame, quando l'istanza gli sia fatta in un tempo in cui non sia più possibile la notificazione dell'ordinanza al procuratore dell'altra parte nel termine stabilito da questo articolo?

Quantunque il giudice sappia che l'esame è intaccabile per nullità, pure egli deve prestarsi, a mio avviso, alla destinazione del giorno. Infatti la nullità non potrebbe essere rilevata che ad istanza di parte, e col suo rifiuto il giudice verrebbe a dichiararla d'ufficio. Di più, se l'esame è nullo quando non siasi notificata l'ordinanza, che ne fissa il giorno, nel termine voluto da questo articolo, pure è rinnovabile, giusta l'art. 249 c. p. c., a spese di chi fu causa della nullità, ed è giurisprudenza concorde che per far luogo al nuovo esame è d'uopo che il primo sia dichiarato nullo con sentenza.

4. La parte che non à citato i propri testimoni pel giorno stabilito dal giudice o vuole citarne dei nuovi, potrà richiedere dal giudice stesso una

nuova ordinanza che fissi altro giorno per l'esame, purchè non si sorpassi il termine imposto dall'art. 232 o dalla sentenza che ammise la prova. — Borsari, *Comm.*, I, p. 350 b - Gargiulo, *Comm.*, p. 614 - Carré e Chauveau, *quest.*, 1011 e *sent. ivi* - Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 541 - Favard, t. 2, p. 351, n. 7 - Thomine, n. 307.

5. Vedi art. 234 nota n. 3.

234. I procuratori devono notificarsi reciprocamente giorni cinque prima di quello dell'esame dei testimoni, l'indicazione del nome e cognome, della condizione e residenza dei medesimi, sotto pena di nullità.

La nullità non ha luogo quando l'omissione o l'inesattezza di alcuna delle indicazioni suddette non sia tale da produrre incertezza assoluta intorno alle persone dei testimoni.

1. Finchè non è decorso il termine stabilito dalla legge per l'esaurimento della prova testimoniale, possono dall'una e dall'altra parte indursi nuovi testimoni per essere uditi sui capitoli ammessi; e ciò quand'anche i testimoni prima indotti da ambe le parti, siano stati tutti esaminati.

Non v'ha disposizione di legge che prescriva doversi i testi della prova esaminare prima di quelli della controprova. — *Cass. Torino*, 9 gennaio 1867. *Scotini—Ribacchi. Annali*, I, 157 — *Cass. Napoli*, 8 febbraio 1870. *Villani—Guardati. Gazz. del Proc.*, IV, n. 2.

2. In materia di prova testimoniale, uditi i testimoni presentati nel termine di legge, non può farsi luogo all'esame di altri nuovamente introdotti sui capitoli stessi già ammessi, sebbene il termine stabilito non sia per anco decorso. — *Appello Napoli*, 18 marzo 1867. *Villani—Guardati. Annali*, I, 360.

3. Il termine di cinque giorni per notificare i nomi dei testimoni si calcola dal giorno in cui deve cominciare l'esame e non già da quello della assunzione di ciascun testimonio. — *Appello Parma*, 29 dicembre 1868. *Dozza—Namias. Annali*, II, 483.

Contra: *Appello Bologna*, 19 settembre 1870. *Monosi—Mazzei. Annali*, IV, 522.

4. La parte non è obbligata a citare nello stesso tempo e nel medesimo giorno tutti i testimoni, e, finchè non sia scaduto il termine per la prova, può chiedere una seconda ordinanza per citare nuovi testimoni purchè l'ordinanza stessa e i nomi dei testimoni siano notificati nel termine di legge. — *Cass. Napoli*, 6 novembre 1869. *Villani—Guardati. Legge*, X, 545.

5. L'omessa indicazione della residenza dei testimoni non produce nullità della nota se le altre indicazioni ivi espresse non lasciano dubbio sulla persona dei testimoni. — *Appello Torino*, 17 gennaio 1870. *Società La Paterna—Galoppo. Bettini*, XXII, 11.

6. È sempre in facoltà delle parti di presentare nuovi testimoni finchè non è trascorso il termine prefisso o prorogato per fare gli esami.

Dopo la presentazione e notificazione della lista dei testimoni sulla quale si è aperto l'esame è sempre lecita la notificazione d'altre liste, purchè entro il termine fissato o prorogato, ed osservato anche il termine di cinque giorni di cui a questo articolo. — *Appello Bologna*, 19 settembre 1870. *Monosi—Mazzei. Giurisprudenza*, VII, 218 — *Cass. Torino*, 9 gennaio 1867. *Scotini—Ribacchi. Giurisprudenza* IV, 52 — *Appello Messina*, 15 aprile 1875. *Sgroi—Falciglia. Giorn. dei Trib.*, IV, n. 170 — *Appello*

Torino, 6 maggio 1867. *Cambiano—Ceretti. Giurisprudenza*, IV, 500 — *Appello Torino*, 31 dicembre 1867. *Fenouillet—Denchasaz. Giurisprudenza*, V, 225 — *Appello Torino*, 13 giugno 1867. *Tinelli—Bronero. Giurisprudenza*, IV, 480.

7. La notificazione delle generalità dei testimoni fatta meno di 5 giorni prima di quello destinato pel loro esame, ciò solo importa che l'esame deve diferirsi finchè non rimanga intiero quel termine di 5 giorni.

Allora soltanto si avrebbe decadenza dal diritto di farli esaminare, quando concessi i 5 giorni si varcherebbe il termine stabilito per l'esaurimento della prova. — *Cass. Torino*, 14 marzo 1872. *Namias—Dozza. Annali*, VI, 134.

8. Quando i testimoni da citarsi risiedano in luoghi diversi ed in questi luoghi devono essere esaminati, la nota di essi deve essere notificata alla parte avversaria non già cinque giorni innanzi in generale e per tutti, sibbene cinque giorni innanzi a quello che sia stato determinato da ciascuno dei giudici incaricati all'esame per ciascuno dei singoli testimoni che risiedono nei diversi luoghi. — *Cass. Napoli*, 20 giugno 1872. *Nogerot—Gusman. Legge*, XII, n. 51.

9. Il termine stabilito da questo articolo per notificare i nomi e la qualità dei testimoni è di rigore, è termine uniforme e comune ad ambe le parti, tanto nell'ordine della prova che della controprova, la cui decorrenza è ragguagliata non dall'esame di ciascun testimonio, ma dal giorno in cui si apre l'esame. — *Cass. Firenze*, 30 dicembre 1872. *Morosoli—Maestrelli. Annali*, VII, 33.

10. Non può impedirsi l'esame d'un testimone per essere stata nella nota comunicata omessa od errata una di lui qualità, quando tale omissione od errore non ingeneri assoluta incertezza nella sua persona. — *Appello Torino*, 2 maggio 1873. *Faldella—Castigliano. Annali*, VII, 617.

11. La parte ammissa ad esperire la prova testimoniale non è obbligata a citare contemporaneamente in uno stesso giorno tutti quanti i testimoni che si propone di far esaminare; è sempre in sua facoltà, durante il termine dei 30 giorni, di invocare una seconda ordinanza per citarne dei nuovi, semprechè questa ordinanza e l'indicazione del nome e della qualità dei testimoni medesimi sieno notificate all'altra parte nel termine e modo prescritto dagli art. 232, 233. — *Appello Lucca*, 23 maggio 1873. *Federighi—Federighi. Annali*, III, 533.

12. La notificazione di cui all'art. 234 deve essere fatta al procuratore ed è inefficace se fatta alle parti.

Sebbene nel termine prescritto da detto articolo non siasi fatta la notificazione prescritta, non vi ha però decadenza dal diritto di far seguire gli esami se posteriormente venga il termine per gli esami prorogato, essendosene in tempo utile proposta la domanda. — *Appello Torino*, 25 novembre 1873. *Finanze—Comp. Canale Cavour. Gior. dei Trib.* III, n. 89.

13. Nel termine dei 5 giorni pella comunicazione della lista dei testimoni è escluso il giorno fissato per l'assunzione della prova, ma è compreso il giorno della notificazione. — *Appello Venezia*, 20 marzo 1874. *Bertoluzzi, Ellero—Bonometto. Gior. dei Trib.*, III, n. 128.

14. Se la parte, a cui istanza si procede alla prova testimoniale, nel giorno dell'assunzione dei testi chiede proroga per l'esame di uno fra quelli che non si presentò, e la parte avversaria accondiscende alla proroga per l'esame del testimonio mancante, non può la parte producente introdurre testimoni nuovi quand'anche li faccia notificare cinque giorni prima di quello a cui fu rinviato l'esame. — *Appello Venezia*, 9 giugno 1874. *De Ponte—De Ponte. Mon. Giud.* III, 472.

15. Quand'anche non sia decorso il termine legale per far gli esami non è lecito alla parte produrre una nuova lista di testimoni da udirsi entro il termine stesso, dopo che sia già compiuto l'esame dei testimoni compresi nella lista notificata al procuratore avversario a sensi dell'art. 234.

La facoltà concessa al giudice di fare ad intervalli separati l'esame testimoniale non lo autorizza ad ammettere altri testimoni dopo che già sia cominciato l'esame di quelli che fanno parte della lista regolarmente notificata. *Cass. Firenze, 9 luglio, 1874. Federighi—Federighi. Gior. dei Trib., VII, n. 263. — Cass. Napoli, 14 novembre 1874. Acierio—Còrcione. Annali, IX, 18.*

16. Il termine di 5 giorni deve essere intero e libero, e perciò non vi è compreso nè il giorno in cui cominciano gli esami, nè quello della notificazione. — *Cass. Firenze, 10 dicembre 1874. Bortolazzi, Ellero—Bonometto. Annali, IX, 49.*

1. Le omissioni od inesattezze nella lista dei testimoni non producono nullità se non quando importano assoluta incertezza sulla persona dei testimoni. Però delle quattro qualificazioni prescritte da questo articolo, due, *nome e cognome*, sono a considerarsi essenziali, e la *ommissione totale* porterebbe nullità. Non così quanto alle altre due che possono dirsi più veramente *qualità*, che meglio distinguendo una persona, non sono però che secondarie e accidentali.

Tuttavia se il testimonio comparisce e identifica la sua persona dichiarando il suo nome e cognome, la nullità rimane sanata. — Borsari, *Comm.*, I, p. 341 - Saredo, *Istit.*, n. 465 - Gargiulo, *Comm.*, p. 616 - Chauveau in Carré, *quest.*, 1023.

2. Le indicazioni dei testimoni devono notificarsi 5 giorni prima di quello stabilito per cominciare l'esame o prima della audizione di ciascun testimonio?

La questione non è nuova. È sorta sull'art. 261 del codice francese che diceva « *trois jours au moins avant l'audition* » e fu risolta dalla dottrina e giurisprudenza più accreditata nel senso che bastava che la notificazione precedesse di tre giorni l'esame di ciascun testimonio.

Il Codice sardo del 1854 all'art. 282 stabiliva che la notificazione dovesse farsi « cinque giorni prima di quello stabilito per l'esame » e la giurisprudenza ritenne che con questa frase il legislatore volesse dire « cinque giorni prima del principio dell'esame ». (*Appello Torino, 15 giugno 1857 e Appello Casale, 9 dicembre 1857. Bettini, IX, 352 e 858.*)

Non lascia luogo a dubbio l'espressione usata dall'art. 301 del Codice sardo del 1859, poichè esso disse esplicitamente « cinque giorni prima di quello dell'esame di ciascun testimonio ».

Il nuovo Codice non ripeté le parole del precedente, ma fece ritorno invece alla frase del Codice sardo del 1854. Perciò è a ritenersi che il legislatore scostandosi dal sistema chiaramente seguito dal Codice del 1859 abbia voluto adottare quello già cresimato da una giurisprudenza e dottrina conformi intorno al Codice del 1854 e prescrivere la notificazione cinque giorni prima dell'esame del primo testimonio.

Oltre a queste ragioni desunte dal confronto delle legislazioni, altre concorrono in favore di tale opinione. La frase « esame dei testimoni » più naturalmente esprime un concetto solo, ossia un esame complessivo, invece che quello di cadaun testimonio. Di più lo scopo della disposizione di questo articolo non è soltanto quello che la parte conosca in tempo utile i testimoni per potere eccepirli se lo creda necessario, ma ancora l'altro di impedire le sorprese dell'un collitigante a danno dell'altro col produrre testimoni dopo sentiti quelli dell'avversario e in tempo che il medesimo non possa fare altrettanto.

Da ultimo, risultando evidente dalle parole dell'articolo « i procuratori devono notificarsi reciprocamente » che il termine è assegnato tanto pei

testimoni di prova come per quelli di riprova era conseguenza necessaria che il limite estremo del termine stesso fosse fissato in modo certo ed uniforme per ambe le parti.

Di tale avviso è anche il Saredo (*Istit. n. 465*). Il Borsari (*Comm. p. 350*) riconosce anch'egli che l'articolo presente nella sua espressione denota una presentazione contemporanea; una mutua comunicazione di testimoni, ritiene però che esso non abbia nulla di perentorio, di esclusivo, di fatale, e non sia vietata quindi una indicazione successiva purchè la notifica avvenga sempre cinque giorni avanti l'esame.

Se però l'esame debba seguire davanti a giudici distinti, non può mettersi in dubbio che la nota dei testimoni debba notificarsi cinque giorni prima di quello fissato da ciascun giudice per l'esame davanti a sè. (Vedi sent. n. 8).

3. Come si calcolano i dieci giorni prefissi alla notificazione dell'ordinanza, e così i cinque giorni stabiliti per quella della lista dei testimoni?

Saredo (*Istit. n. 465*) e Gargiulo (*Comm., p. 614*), ritengono di conformità alla maggior parte degli autori e tribunali di Francia (vedi Carré e Chauveau, *quest.*, 1019), che i 10 ed i 5 giorni debbano essere interamente liberi, e perciò non debba in essi essere compreso nè quello della notificazione, nè quello dell'esame.

Borsari nel suo *Comm.* a pag. 341, alla questione attuale così risponde: « Troverete tutti i proceduristi francesi nel sistema dei *trois jours francs*, ma col loro articolo 1035 è facile venire a tale conclusione. Noi coll'art. 43 escluderemo il giorno della notificazione ». E siccome per esplicito tenore dell'articolo presente il giorno dell'esame deve essere escluso, così mi sembra che anche questo illustre autore stia pel sistema dei francesi.

Malgrado l'autorità incontestabile di codesti insigni scrittori, e le opinioni contrarie delle Corti supreme di Firenze e Napoli, mi permetto di esporre un avviso diverso per le seguenti ragioni:

Anzitutto vediamo se la dizione dei nostri art. 233 e 234 corrisponda esattamente a quella dell'art. 261 del Codice francese. Ecco il testo di quest'ultimo articolo: « La partie sera assignée, pour être présente à l'enquête, au domicile de son avoué, si elle en a constitué, si non à son domicile; le tout trois jours au moins avant l'audition. Les noms, professions et demeures des témoins à produire contre elle lui seront notifiés; le tout à peine de nullité comme ci dessus ».

Secondo il Codice francese adunque si tratta non già della notificazione dell'ordinanza, ma della citazione, il cui termine deve essere quello di tre giorni, non computato, per espressa disposizione di legge, quello di comparizione, ossia quello dell'esame. E questa è differenza, a mio parere, non lieve.

Ma esaminiamo l'espressione dei nostri due articoli, e mettiamoli in relazione coll'art. 43 c. p. c.

Dispone l'art. 43 che « nel computo dei termini misurati a giorni o a periodi maggiori non si comprende il giorno della comparizione ». Di qui la conseguenza che il giorno di comparizione è compreso nel termine della citazione.

Invece, giusta gli art. 233 e 234 il giorno di comparizione, quello dell'esame, è certamente escluso dal termine, poichè si prescrive la notificazione dell'atto 10 o 5 giorni *prima di quello dell'esame*. Questi due articoli stabiliscono adunque una eccezione alla regola sancita dall'art. 43, ragione per cui *a priori* possiamo asserire che essi contengono una disposizione speciale, la quale deroga la norma generale sul computo dei termini, che non può essere quindi invocata nel caso che ci occupa.

Ma l'art. 43 non deve essere richiamato anche perchè vi si oppone la parola stessa degli altri due articoli.

Difatti in ambedue è detto che l'atto è *notificato* giorni dieci o cinque prima di quello stabilito per l'esame.

È quindi il legislatore medesimo, il quale, disponendo che la notificazione avvenga dieci o cinque giorni prima, comprende nel termine il giorno della notificazione. Se i dieci o cinque giorni avessero a concedersi liberi e

interi l'atto non dovrebbe già essere notificato dieci o cinque giorni prima dell'esame, ma undici o sei di innanzi a questo.

Il nostro legislatore à seguito bensì in massima anche nel caso concreto il principio generale dell'art. 43 che uno dei due giorni che limitano il termine non deve essere calcolato, ma in luogo di omettere quello della notificazione à trascurato quello della comparizione, e ciò pel motivo che quest'ultimo essendo già certo e fissato, il computo del termine doveva essere fatto dal dì dell'esame indietro.

235. Quando a norma dell'art. 232 sia assegnato per gli esami un termine minore dell'ordinario, si stabilisce nell'ordinanza, o nella sentenza, un termine più breve, entro il quale devono farsi le notificazioni richieste dai due articoli precedenti.

Il termine dei cinque e quello dei dieci giorni può accorciarsi, non mai prolungarsi. — Borsari, *Comm.*, I, p. 342 - Gargiulo, *Comm.*, p. 617.

236. Non possono essere sentiti come testimoni i parenti e gli affini in linea retta di una delle parti, o il coniuge, ancorchè separato, salvo nelle quistioni di stato o di separazione personale tra coniugi; e quando siano sentiti non si ha riguardo alla loro deposizione.

I minori d'anni quattordici possono essere sentiti senza giuramento, e per semplice schiarimento.

1. Il sindaco che sta in giudizio a difendere la giustizia di una deliberazione presa dalla Giunta o dal Consiglio municipale, non può indurre per testimoni gli individui che componevano la Giunta o il Consiglio del quale egli è rappresentante. — *Cass. Torino*, 9 gennaio 1867. *Comune di Borgonuovo—Semenzi. Annali*, I, 191.

2. Non è escluso dal far testimonianza a pretesto di un interesse proprio o personale nei fatti capitolati colui il quale non è parte in causa e venne assolto dall'osservanza del giudizio inossogli in ordine alla responsabilità sua in quei fatti.

Spetterebbe però sempre all'autorità giudiziaria apprezzare come di ragione e giustizia la deposizione di lui. — *Cass. Torino*, 9 febbraio 1872. *Demonticelli—Oloni. Bettini*, XXIV, 93.

3. La capacità dei testimoni e i motivi di legge che possono renderne sospetta la deposizione fanno parte del rito esecutivo della prova testimoniale, epperò devono essere regolati dalla legge processuale del tempo in cui ha luogo l'esecuzione della prova. — *Cass. Firenze*, 3 marzo 1873. *Graziotti—Chiodi. Legge*, XIII, 748.

1. La disposizione di questo articolo è applicabile alla parentela naturale?

La legge non fa alcuna distinzione fra parentela legittima ed illegittima, e d'altronde, come egregiamente insegna il Thomine (n. 314), il divieto non deriva solamente dalle istituzioni civili, ma dalla natura medesima. *Conformi*: Saredo, *Istit. n.* 466 - Gargiulo, *Comm.*, p. 619 - Pigeau, *Comm. t. I*, p. 521 - Thomine, *loc. cit.* - Carré, *quest.*, 1056 - *Cass. di Francia* 6 aprile 1809; Dalloz, *t.* 27, p. 93.

Convieni però che la parentela illegittima sia riconosciuta. (Saredo e Gargiulo, nonché Chauveau in Carré, *quest.*, 1056).

2. Le persone escluse dalla legge non possono essere sentite come testimoni, neppure se le parti interessate a rigettarle tacessero o rinunciassero al diritto di farle escludere. Ciò risulta evidentemente dal tenore dell'articolo presente ed è ammesso da pressochè tutti gli autori. (Gargiulo e Saredo *loc. cit.* - Carré e Chauveau, *quest.*, 1055 - Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 521 - Favard, n. 11 - Dalloz, t. 24, p. 54, n. 2 e 3 - Thomine, n. 313 e 314 - Boitard, t. 1, p. 413, art. 268).

237. Le parti sono sempre in diritto di proporre i motivi che possono rendere sospetta la deposizione del testimone: questi motivi devono essere dedotti a prova in modo specifico.

Quando i motivi di sospetto non siano fondati sopra uno scritto, l'autorità giudiziaria non può ammetterne la prova per mezzo di testimoni, se non concorrano circostanze gravi, precise, e concordanti.

Se il motivo di sospetto sia proposto prima che sia compiuto l'esame del testimone cui si riferisce, il giudice può chiedere al medesimo gli opportuni schiarimenti.

In ogni caso il testimone allegato a sospetto deve essere esaminato, salvo all'autorità giudiziaria di apprezzare, come di ragione, la deposizione di lui.

1. La questione successiva alla deposizione di un testimone sulla importanza e valutazione della stessa, anche accompagnata dalla dichiarazione della parte già proponente quella prova di rinziarvi, non può confondersi colla questione sulla ammissibilità o credibilità del testimone e non distrugge punto il fatto della proposta della parte importante ammissione che il testimone era degno di fede.

Non osta alla fede dovuta ad un testimone il fatto che egli siasi interposto nell'affare di commissione d'una delle parti, quando non consti nè sia obbiettato aver egli un interesse nell'esito della lite. — *Cass. Firenze*, 21 maggio 1866. *Loreana—Heinemann. Legge*, VI, 524.

2. La prova della ripulsa per testimoni deve elevarsi con apposito incidente.

Se i motivi di sospetto contro i testimoni non siano specificati, e per di più fondati sopra uno scritto, eccetto che concorrano circostanze gravi precise e concordanti, la prova orale è inammissibile.

Non sono motivi di ripulsa l'amicizia, la confidenza e le relazioni d'affari fra commercianti, l'affinità coll'avvocato o col magistrato. — *Appello Catanzaro*, 26 giugno 1871. *Cotronco—Giusto. Bettini*, XXIII, 497.

1. Il nostro legislatore ha introdotto nella materia delle cause che possono rendere sospette le deposizioni dei testimoni alcuni miglioramenti notevoli ed importanti, dei quali il Pisanelli nella sua *Relazione* dà ragione con argomenti di somma gravità che io stimo opportuno di riferire:

« Quanto alle cause di suspicione legale, i vigenti codici cercarono di desumerle dai vincoli di parentela collaterale, da quelli di dipendenza che assoggettano il testimone all'influenza di uno degli interessati, da un presunto sentimento di gratitudine, da un interesse diretto o indiretto, reale o presunto che il testimone può avere nella controversia, da condanne penali che gettano un grave dubbio sull'onestà del medesimo, o dal trovarsi vincolato nelle sue deposizioni da un fatto precedente.

« Ora si può domandare: è opportuno che il legislatore dichiari le cause che possono rendere sospetta la deposizione di un testimone? Le cause dichiarate dalla legge sono esse tassative e tali da escluderne altre? »

« La prova testimoniale non vincola l'autorità giudiziaria quando essa abbia motivi di crederla meno sincera. Tali motivi nell'animo del giudice possono sorgere da molteplici circostanze, non solo dai rapporti sopraccennati, ma da ben altre relazioni che riesce impossibile al legislatore di dichiarare; non solo dalle qualità dei testimoni, ma anche dal modo che si espressero nelle loro dichiarazioni, dalle risposte evasive che avessero date su certi fatti, dalla malevolenza che nelle risposte medesime avessero dimostrato verso una delle parti e dalle contraddizioni in cui fossero caduti.

« Ma quale è poi la causa della suspizione stabilita dalla legge? La causa di sospetto, come è noto, non esclude il testimone; egli deve essere sentito nelle sue deposizioni, ma resta in facoltà del magistrato chiamato ad esaminare i risultamenti del procedimento probatorio, di rigettare quella testimonianza o di avervi soltanto quel riguardo che crederà di ragione. Ciò non significa altro in sostanza, se non che tutto si riduce all'estimazione del giudice medesimo. Se non che, il valore della prova testimoniale, come fu sopra accennato, dipende sempre dal criterio assoluto del giudice, il quale non è tenuto a dare alle deposizioni dei testimoni un valore maggiore di quello, che le persone dei dichiaranti nelle circostanze del caso si possono meritare. L'effetto della suspizione legale è per tanto nullo, imperocchè, altro non fa che riconoscere al giudice una facoltà di apprezzamento, che pur gli compete riguardo alle altre testimonianze.

« Giova inoltre ritenere che le cause di suspizione legale trovansi connesse al sistema delle prove legali che si riscontra nell'antica giurisprudenza. In tale sistema la legge e la dottrina si sforzavano a segnare al giudice norme fisse e certe, secondo le quali dovesse apprezzare la maggiore o minor fede di un testimone. Onde, forse per l'interpretazione più o meno esatta delle leggi romane, ovvero per qualche testo della sacra scrittura, si ritenne per regola che la deposizione di un solo testimone, qualunque fosse la sua condizione, non bastasse mai per dar vita alla convinzione del giudice; *testis unus, testis nullus*. E per contro si ritenne che la deposizione di due testimoni bastasse a formare in ogni caso quella convinzione: e taluni procedendo più avanti sostennero che le deposizioni conformi di due testimoni vincolassero sempre il giudizio del magistrato.

« Stabilito il principio che un testimone non conta, e che le deposizioni di due testimoni costituiscono una vera prova, fa d'uopo di riconoscerne le conseguenze. Se la deposizione conforme di due testimoni deve servire di base alla convinzione del giudice, occorre anzitutto di respingere con nota di sfiducia i testimoni sui quali possa cadere un motivo di sospetto, di attenuare legalmente il valore probante delle loro dichiarazioni.

« Ammessa come vera una falsa idea, la naturale sottigliezza del diritto se ne impadronisce tosto per foggiarne un metodo artificiale, che nella materia in parola riuscì assai bizzarro. Seguendo la regola aritmetica, che un solo testimone non conta, e che due sono più che sufficienti, il testimone sospetto viene frazionato in parti. La sua deposizione fu valutata per un ottavo, un quarto, una metà, per tre quarti di una testimonianza non sospetta; la deposizione così ridotta di valore aveva quindi bisogno delle frazioni di un'altra per completarsi, per divenire una testimonianza intiera.

« Ma da questo sistema aritmetico derivò una conseguenza ancor più strana riguardo alla testimonianza delle donne, e si ritenne che la deposizione della donna meritasse minor fede di quella del maschio, e traducendo in cifra questo concetto irrazionale, si calcolò che la testimonianza di una donna potesse equivalere alla metà o ad un terzo della testimonianza di un uomo.

« A tali assurdi risultamenti condusse il falso principio di voler prestabilire norme certe alle convinzioni del giudice, di voler imporre al suo criterio che la deposizione di un solo testimone, qualunque fosse la sua imparzialità e l'autorità morale della sua testimonianza, non era mai atta a fondare la convinzione, e che la deposizione di due testimoni costituiva sempre una causa sufficiente ed anche obbligatoria di credibilità.

« Il progetto respingendo assolutamente un tale sistema non stabilisce alcuna causa di suspizione legale contro i testimoni, ma si limita a riconoscere nelle parti il diritto di proporre in modo specifico i motivi che possono rendere sospetta la deposizione di un testimone, affinché il magistrato ne tenga quel conto che crederà di ragione ».

2. Quando possono proporsi i motivi di sospetto?

Se il motivo è fondato sopra uno scritto potrà dedursi anche dopo compiuto l'esame. Se non può invece essere sorretto che da prova testimoniale, è opinione dei più che sia limitata la facoltà di avanzarlo durante lo esame del teste, contro il quale si pretende sollevarlo. Però nel caso di sospetto sopraggiunto dopo compiuto l'esame ne è ammissibile la introduzione anche tardiva, sebbene non possa suffragarsi con prova scritta. — Borsari, *Comm.* I, p. 344 - Gargiulo, *Comm.* p. 624. — Saredo (*Istit.* n. 471) non accenna a siffatta distinzione.

La prova testimoniale della suspizione dovrà certo proporsi col rito degli incidenti, e naturalmente basterà che i motivi di sospetto si enuncino nel verbale d'esame, salvo di fornirne la prova prima che si chiuda l'istruzione della causa, come disponeva espressamente l'art. 298 del Codice sardo 1854.

3. La parte che ha indotto il testimone è ammessa ad opporre motivi di sospetto contro il medesimo?

Si certamente, quando la causa del sospetto sia sopravvenuta dopo la induzione del teste. — Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CCLXV - Thomine, t. 1, p. 468 - Langlade, t. 2, p. 367 - Pigeau, *Comm.* p. 539 - Chauveau in Carré, p. 1061.

238. I testimoni, se non consentano di presentarsi volontariamente, sono citati nel modo stabilito dall'art. 133, con indicazione della causa per cui devono comparire, senza bisogno di alcun'altra formalità.

Nella citazione del testimone debbono osservarsi i termini stabiliti nell'art. 147.

1. Alla citazione dei testimoni non è applicabile certamente l'art. 141 codice proc. civ.; non lo è nemmeno l'art. 142 per quanto è disposto dall'ultima parte dell'art. 208. — Borsari, *Comm.*, I, p. 345 - Gargiulo, *Comm.*, p. 626.

2. La citazione dei testi è soggetta a tutte le nullità previste dall'articolo 145, e la dichiarazione di nullità può tornare così a sgravio della responsabilità del teste irregolarmente citato e non comparso, come a pregiudizio della parte istante nel caso che non le resti il tempo per rinnovare la citazione al testimone entro il termine di legge.

Conformi: Borsari, *Comm.*, I, p. 245 - Gargiulo, *Comm.*, p. 627.

239. Il testimone citato che non può comparire deve far noto al giudice procedente il motivo dell'impedimento. In questo caso la citazione si ripete per altro giorno, salvo ciò che è stabilito nell'art. 215.

Se il testimone non comparisca, o ricusi di giurare o di deporre, senza addurre ragioni legittime, è condannato dal giudice procedente al rimborso delle spese cagionate da lui e in una pena pecuniaria non maggiore di lire cinquanta, oltre il risarcimento dei danni.

In questi casi si rinnova la citazione o si rimette l'esame

Art. 1151 seg., 1224
c. c.; 209 c. p. c.; 288
reg. giud.

ad altro giorno a spese del testimone; e s'egli non comparisca, o persista nel rifiuto di deporre o di giurare, è condannato al rimborso delle nuove spese e in una pena pecuniaria non minore del doppio della prima, e non eccedente lire cento.

Il giudice può inoltre ordinare che il testimone renitente sia condotto all'esame dalla forza pubblica, e condannare quello che persista nel rifiuto nella pena del carcere estendibile a giorni trenta.

Per ottenere una seconda proroga per gli esami non è necessaria la prova di un caso di forza maggiore che renda fisicamente impossibile al teste di presentarsi al giorno fissato per l'esame, ma basta la prova di una forza morale, come il caso in cui il teste non potesse ubbidire alla citazione senza un gravissimo suo danno.

Non è necessario che la prova di un tale impedimento sia autentica, ma basta somministri sufficiente convinzione di verità. — *Appello Torino, 27 aprile 1872. Pocobelli—Peluffo. Giurisprudenza, IX, 483.*

1. L'eccezione all'obbligo di deporre riguarda i confessori, gli avvocati i procuratori, i notai, i medici, i chirurghi, le levatrici, i farmacisti, i quali potranno recusare di palesare fatti che costituiscono un segreto del loro ministero od ufficio. — Borsari, *Comm.*, I, p. 346 - Gargiulo, *Comm.*, p. 630 - Saredo, *Istit.*, n. 473 - Chauveau in Carré, *quest.*, 1037 - Favard, t. 2, p. 364 - Legraverend, t. 1, p. 252 - Berriat, *Degli esami*, p. 205, nota 37 - Pigeau, t. 1, p. 208, n. 323 - Merlin, *Rep.* - Thomine, n. 311.

2. Chi voglia valersi della deposizione di persona colpita da mandato di cattura per processo o condanna penale, o soggetta ad arresto per debiti, dovrà, per farla comparire, ottenere un salvacondotto. — Così opinano: Gargiulo, *Comm.*, p. 630 - Carré e Chauveau, *quest.*, 1042 - Favard, t. 2, p. 364 - Thomine, n. 311.

3. È naturale che se il giudice in uno dei casi previsti da questo articolo rimetta l'esame ad una udienza al di là del termine legale, s'intende abbia implicitamente prorogato il termine stesso. Vedi anche Carré, *quest.* 1044.

4. « Per l'applicazione delle pene sancite dall'art. 239 cod. proc. civ. si osserveranno le norme seguenti:

« Se il testimone non comparisce alla prima o alla seconda citazione, il giudice procedente, sulla presentazione della relazione dell'usciera e della eseguita notificazione, e dopo che sia trascorsa almeno un'ora da quella fissata per la comparizione del testimone, gli infligge la pena incorsa. Se il testimone comparso a seguito della prima o seconda citazione, o condotto dalla forza pubblica, ricusi di giurare o di deporre, senza addurre legittime ragioni, il giudice procedente lo ammonisce ad obbedire alla legge, e quando persista nel rifiuto, applica immediatamente la pena.

« In ambo i suddetti casi il giudice può sospendere la pronunciazione della condanna finché sia compiuto l'esame degli altri testimoni presenti ». — Art. 283 *reg. gen. giud.*

« Si stende in apposito registro processo verbale, e di seguito a questo la sentenza o l'ordinanza. La spesa del registro è a carico del cancelliere.

« Copia della sentenza o dell'ordinanza che abbia inflitta una pena pecuniaria è dal cancelliere trasmessa all'esattore. — Art. 285 *reg. gen. giud.*

240. Quando il testimone non comparso si presenti in seguito e giustifichi un impedimento legittimo, il giudice può revocare la condanna di lui, e lo esamina, se non sia ancora scaduto il termine utile per l'esame.

241. I testimoni sono esaminati separatamente l'uno dall'altro.

Quando i testimoni non possono essere sentiti tutti nello stesso giorno, il giudice procedente proroga l'esame ad altro giorno. In questo caso non occorre altra citazione né ai testimoni né alle parti, ancorché queste non si siano presentate.

1. Per l'audizione dei testimoni che non avvenga all'udienza, non è necessario il contraddittorio delle parti.

Non comparendo quindi nel giorno fissato per l'esame la parte che presenta i testimoni, il giudice deve sentirli egualmente e viola la legge se per questo solo motivo, sulla istanza della controparte, licenzia i testimoni senza esaminarli.

In tal caso è lecito alla parte instare per una nuova monizione, né a suo danno è potuto pel fatto del giudice decorrere contro di lei il termine perentorio per far seguire la prova.

Non può sostenersi che mancando la parte mancassero anche gli atti della causa per cui fosse impossibile al giudice di esaminare i testi, se il verbale accenna all'assenza della parte come unica causa del licenziamento dei testi, o sia in esso indicata l'ordinanza che ordinò gli esami con tutti i riscontri necessari all'uopo, talché si possa ritenere che il giudice, malgrado l'assenza della parte, avesse sott'occhio gli atti di lite. — *Appello Torino, 9 luglio 1870. Giordano—Bergia. Giurisprudenza, VII, 39.*

2. La proroga degli esami fatta dal giudice per la facoltà concessagli da questo articolo, non deve confondersi colla proroga del termine per far seguire gli esami.

Il giudice può prorogare l'esame anche oltre il termine stabilito, ma in questo caso, ove non siasi chiesta ed accordata la proroga, la parte non potrà far sentire altri testimoni, tranne quelli presentati nel giorno in cui l'esame venne prorogato. — *Appello Torino, 7 febbraio 1874. Comune di Mazze—Delgrosso. Bettini, XXVI, 310.*

1. La presenza delle parti non è necessaria all'esame dei testimoni; tanto è ciò vero che l'art. 247 ne ordina la firma appiedi del verbale solo « se siano presenti », e l'ultima parte dell'articolo 241 prevede appunto il caso in cui le parti non si siano presentate, eppure siasi fatto luogo all'audizione dei testi. Di più dagli art. 239 e 240 si deduce che dal momento in cui venne fissato il giorno ed il luogo dell'esame, i testimoni sono in diretto rapporto col giudice procedente, ciò che è poi naturale giacché, oltre agli altri inconvenienti che potrebbero verificarsi in caso diverso, si avrebbe questo assai grave che cioè non sarebbe possibile procedere agli esami in diversi luoghi e per mezzo di giudici differenti, quando si confondono o si avvicinano di soverchio le epoche fissate per i singoli esami.

D'altronde l'art. 314 del Codice sardo 1859 dichiarava espressamente che i testimoni saranno sentiti siano o no presenti le parti, e nessuna ragione trovasi nei lavori preparatori del codice attuale per ritenere che tale dichiarazione siasi omessa collo scopo di rendere obbligatorio lo intervento delle parti all'esame. — *Conforme: Saredo, Istit., n. 475.*

2. Il processo per l'esame non è nullo se i testimoni non furono separatamente esaminati, sia perché la nullità non è dalla legge dichiarata, come per la ragione che nell'art. 247 non è nemmeno imposto di tener nota nel verbale della osservanza di tale formalità. — *Conformi: Borsari, Comm., I, p. 346 - Saredo, Istit., n. 475 - Gargiulo, Comm., p. 532.*

3. Ripeto qui quanto dissi all'art. 239, che cioè credo fermamente che il giudice, quando non sia possibile rinviare la continuazione dell'esame ad altro giorno entro il termine di legge, potrà, prorogando implicitamente il termine stesso, rimetterla ad una udienza fuori del termine. L'articolo presente non contiene veruna limitazione.

242. Il testimone, prima di essere esaminato, deve prestare il giuramento a norma dell'art. 226.

Il testimone, prestato il giuramento, e prima di deporre deve dichiarare:

1. Il suo nome, cognome, la sua condizione, età e residenza;
2. Se sia parente o affine di una delle parti, e in quale grado, o se sia addetto al servizio di essa;
3. Se abbia interesse nella causa

L'ammonizione ai testimoni a norma dell'art. 226 può farsi così a tutti insieme prima di esaminare il primo come singolarmente a ciascuno. — *Appello Bologna, 12 settembre 1870. Monosi—Mazzei. Bettini, XXII, 639.*

1. Che sia nulla la deposizione del testimone non giurata non può essere messo in dubbio, quantunque alla disposizione di questo articolo la legge non aggiunga la sanzione della nullità dell'esame, la quale era pure espressamente dichiarata nel codice francese (art. 262). — Borsari, *Comm.* I, p. 348 - Saredo, *Istit.*, n. 475 - Gargiulo, *Comm.* p. 636 - Mattei, *Annotaz.*

2. Il giuramento dovrà però, a pena di nullità, prestarsi dal teste nella forma precisa stabilita dall'art. 226? È ammissibile il giuramento sul proprio onore o sulla propria coscienza?

È noto che l'art. 262 del codice francese prescrive solamente che « le témoin fera serment de dire vérité », ma non determina in alcun modo la forma del giuramento. Di qui la disputa gravissima insorta tra i commentatori francesi.

Secondo Carré, il giuramento è un *atto religioso* che consiste nel chiamare Dio in testimonio della sincerità della dichiarazione, ha un carattere sacro e deve perciò essere prestato secondo il rito della religione del giurante.

Il suo diligente annotatore, il Chauveau, soggiunge invece: « Il giuramento francese è questo: Giurate voi di dire, ecc.? Sì, lo giuro. Questo giuramento è un *atto civile* indipendente da ogni cerimonia religiosa; se fosse altrimenti, colui che osasse dichiararsi ateo non potrebbe essere ammesso al giuramento. Tutte le volte, adunque, che un individuo chiamato a giurare risponde alla domanda fattagli « *io lo giuro* » il giuramento è valido, senza che il giudice o il funzionario che lo ricevono abbiano il diritto di discendere nella coscienza del giurante per sapere se egli è *cattolico, protestante, ebreo*, ecc.

Se però il teste domanda di giurare nella forma voluta dalla religione da lui professata, il magistrato deve secondarlo.

L'opinione di Carré è seguita da Pigeau (*Comm.*, t. 1, p. 290), Berriat, (*Des Prest de Serment*, note 6, n. 3), Merlin, (*Rép. v. Serment*, § 3), Boncenne (t. 1, p. 133). Favard (t. 2, p. 363, n. 2) la condanna invece come contraria alla libertà dei culti.

Chauveau cita parecchi giudicati a favore o contro la sua tesi, e tra gli altri alcuni della Cassazione di Francia a lui favorevoli.

La questione sorse tra noi anche più grave per la formalità essenzialmente religiosa stabilita pel giuramento dall'art. 226. Tuttavia i tribunali non ebbero occasione di pronunciarsi in materia che relativamente al giuramento dei testi chiamati a deporre in sede penale, ammettendo la Cassazione di Napoli (decisione 29 luglio 1872. *Mon. Trib.*, XIV, 305) respingendo invece la Cassazione di Torino (decisioni 29 gennaio 1873, 12 marzo 1874 e 24 agosto 1875. *Mon. Trib.*, XIV, 294; XV, 715; XVI, 1066) e quella di Firenze (decisione 29 dicembre 1875. *Mon. Trib.*, XVII, 251) il giuramento *sul proprio onore e sulla propria coscienza*. Non pochi furono gli scritti pubblicati nei principali periodici legali sull'importante tema, e tra i più notevoli citerò quello dell'avv. Mosca (*Gior. dei Trib.*, II, n. 75 e seg.) del Sighele (*Mon. Trib.*, XIV, 305) del Miraglia (*Legge*, 1872, n. 75-76) dell'Errera (*Eco dei Trib.* XXIV, n. 2540).

Io stimo inutile di trattare codesta questione e di rompere una lancia, come vorrei, a favore della libertà di coscienza, che richiede non si sforzi a giurare sulla divinità colui che dichiara di non credervi, che non si imponga ad un cittadino una opinione religiosa contraria alla propria coscienza, poichè non passerà molto tempo, io spero, che una legge speciale verrà a togliere al giuramento il carattere religioso che gli fu attribuito fino a qui.

Difatti nella seduta della Camera dei Deputati del giorno 19 novembre 1875 l'onorevole Macchi, rinnovando una proposta già approvata in altra Legislatura, presentò un progetto di legge per modificare l'art. 299 del codice di procedura penale nel modo seguente: « Il giuramento sarà prestato dai testimoni o periti, stando in piedi, alla presenza dei giudici, previa seria ammonizione che ad essi dal presidente o dal pretore sarà fatta sulla importanza di un tal atto, e sulle pene stabilite contro i colpevoli di falsa testimonianza o perizia e di reticenza negli articoli 365, 366, 367, 369 del codice penale.

« Ai testimoni o periti che dovessero essere sentiti senza giuramento si farà l'ammonizione prescritta dal primo alinea dell'art. 172 ».

Il ministro Vigliani non solamente applaudì alla proposta dell'onorevole Macchi, ma, ritenuta la necessità di secolarizzare la forma del giuramento giudiziario, avvertì che non si poteva limitarsi a modificare il solo giuramento in materia penale, ma conveniva abbracciare eziandio quello in materia civile. Di qui l'origine di un nuovo e più ampio progetto di riforma formulato dalla Commissione nominata ad esaminare quello dell'onorevole Macchi, e presentato alla Camera nella tornata del 27 novembre 1875. Per questo progetto gli art. 226 e 242 del codice di procedura civile sarebbero abrogati e sostituiti dai seguenti:

Art. 226. « Il giuramento si presta in persona dalla parte chiamata a giurare

« Il presidente o il giudice delegato deve premettere una seria ammonizione che rammenti l'importanza dell'atto e l'obbligo di dichiarare la verità.

« La parte comincia a prestare il giuramento pronuziando la parola *giuro*, e continua leggendo o ripetendo a voce chiara le parole della formula in cui giura.

Art. 242. « Il testimone, prima di essere esaminato, deve prestare il giuramento, a norma dell'art. 226, di dire tutta la verità, null'altro che la verità ».

3. Dal tenore di questo articolo e dall'obbligo imposto dal precedente di esaminare i testimoni *separatamente*, credo sia da dedurre che non è conforme alla legge il giuramento prestato dai testi in massa o in comune e che all'invece il giuramento deve prestarsi *singularmente* da ciascun testimone prima di incominciare la propria deposizione. — *Conforme*: Borsari, *Comm.*, I, p. 347.

Ciò non toglie però che l'ammonizione sulla importanza del giuramento possa farsi a tutti i testimoni insieme.

243. Il testimone deve rispondere a voce senza che possa leggere risposte preparate in iscritto. Il giudice procedente può permettergli di ricorrere a note o memorie, quando lo richiedano la qualità del testimone o la natura della causa.

Il giudice può d'ufficio, e deve sull'istanza delle parti, fare le interrogazioni opportune per meglio chiarire la verità. Può anche, dopo che i testimoni hanno deposto, porli in confronto tra loro.

È vietato alle parti e ai loro procuratori di interrogare il testimone o d'interromperlo. Essi debbono per quest'oggetto rivolgersi al giudice procedente, sotto pena di un'ammenda estendibile a lire venticinque, e anche dell'espulsione dal luogo dell'esame.

Art. 283, 285, 307 r. giud.

1. Fissati i confini nei quali debbono circoscriversi la prova e la riprova dei testimoni, non è dato alle parti valicarli con inchieste vaghe e indeterminate. — *Cass. Napoli, 14 gennaio 1868. Sacco—Romeo. Bettini, XX, 25.*

2. Delegato l'esame di più testimoni, ed avverandosi l'opportunità del confronto fra loro, questo deve operarsi dal magistrato delegante. Non viola la legge il giudice che malgrado l'istanza d'una delle parti non si vale della facoltà di porre a confronto fra loro i testi esaminati. — *Cass. Napoli, 17 marzo 1868. Federici—Damiani. Bettini, XX, 278.*

3. Il testimonio che à già deposto non può citarsi nuovamente per essere riesaminato. — *Appello Genova, 20 giugno 1874. Carpegna—Ruffo. Bettini, XXVI, 553 — Cass. Firenze, 2 marzo 1871. Annali, I, 50.*

4. La domanda che i testimoni siano posti a confronto è di diritto, non è un potere insindacabile del giudice delegato.

Le parti ponno reclamare al tribunale tanto per l'ammissione quanto pel diniego del confronto.

Il confronto non si deve trascurare quando da esso si possa ripromettersi un maggiore avvicinamento del teste al fatto articolato, ma non deve accordarsi quando le deposizioni divergenti possono dirsi effetto di vario apprezzamento dei testi, e specialmente quando già la parte contro cui deposero fece loro dirigere interrogazioni durante l'esame, sia sui punti di divergenza che sui fatti che li denunciava a sospetto. — *Appello Milano, 2 maggio 1871. Gazzola—Ferrari. Mon. Trib., XII, 451.*

5. Negli esami testimoniali le parti hanno diritto di instare per il confronto dei testimoni. E la provvidenza del giudice procedente affermativa o negativa è sempre soggetta a reclamo. — *Appello Torino, 21 aprile 1873. Guattieri—Canale Cavour. Gior. dei Trib., II, n. 259.*

1. Quali interrogazioni può o deve il giudice fare al testimonio? La sentenza o l'ordinanza che ammisero la prova indicano i fatti su cui la deposizione dei testimoni deve cadere. Di qui la conseguenza che non possono ammettersi quelle interrogazioni che hanno per iscopo di ottenere dichiarazioni estranee ai fatti sui quali verte l'esame e specificatamente articolati.

Il giudice deve dunque limitarsi a far chiarire i fatti deposti, interpellando ad esempio il testimonio sulle ragioni delle sue dichiarazioni, sulle circostanze di luogo e di tempo e su tutte le altre che possono rendere la deposizione più precisa ed utile per l'una o l'altra delle parti senza distinzione nè parzialità.

Contuttociò il giudice non può impedire al testimonio di mettere ciò che vuole nella propria deposizione, sotto pretesto d'inutilità. Così opinano: Gargiulo, *Comm.*, p. 638 - Mattei, *Annotaz.* - Borsari, *Comm.*, I, p. 336 - Carré, *quest.*, 1070 e Rodier.

Chauveau crede invece che quando un fatto, senz'essere stato precisamente inserito nella sentenza, ha tale rapporto colla deposizione del teste che si palesa evidente l'utilità di parlarne per spiegarla e chiarirla, deve ritenersi che il giudice possa dirigere interrogazioni anche su tale fatto, salvo alla parte di contestare all'udienza la pertinenza delle chieste informazioni.

Sebbene nel codice attuale alla frase « a schiarimento della fatta deposizione » usata dal legislatore sardo e dal francese, sia stata sostituita l'altra che appare più estensiva « per meglio chiarire la verità », pure non riterrei che le interrogazioni potessero estendersi oltre i fatti formulati nei capitoli di prova, poichè altrimenti sarebbe pregiudicato il diritto delle parti, che previamente conoscendo le nuove circostanze sulle quali i testi avrebbero dovuto sentirsi, avrebbero potuto provvedersi nel termine di legge colla deduzione della prova contraria.

Lo scopo di chiarire la verità deve perciò intendersi ristretto alla deposizione già fatta dal teste, ai fatti sui quali fu ammessa la prova.

2. Il giudice ha solo *facoltà* e non *obbligo* di porre a confronto i testimoni e può quindi respingere l'istanza che gli venisse fatta a tale scopo da una delle parti. — *Conformi*: Gargiulo, *Comm.*, p. 638 - Mattei, *Annotaz.*

244. La deposizione si scrive nel processo verbale in persona prima, e si legge al testimone finito il suo esame, chiedendogli se persista in essa.

Il testimone può farvi le variazioni e aggiunte che creda, le quali sono scritte in fine della deposizione.

245. Finito l'esame del testimone, si deve chiedergli se vuole un'indennità, e, in caso affermativo, il giudice ne fa la tassa in margine della deposizione e ne ordina il pagamento. Questo provvedimento tien luogo di sentenza spedita in forma esecutiva contro la parte che ha presentato il testimone.

Art. 209, 556 c. p. c.; 3
reg. giud.

1. Il provvedimento che stabilisce l'indennità dovuta al testimone è soggetto a reclamo a termini dell'art. 209 cod. proc. civ. — Borsari, *Comm.*, I, p. 349 - Gargiulo, *Comm.*, p. 642.

2. L'indennità dovuta ai testimoni sarà determinata dal giudice procedente, avuto riguardo al loro stato e professione, non che ad altre circostanze.

Il *maximum* di tale indennità sarà di lire sei per ogni giornata occupata dal testimone per recarsi in luogo e per fare la sua deposizione, ed il *minimum* di lire una, oltre le spese di trasferta per andata e ritorno in ragione di centesimi quindici per ogni chilometro percorso.

Per le cause di competenza dei pretori, di qualunque natura e valore siano, non si potrà accordare un'indennità maggiore di lire tre, nè minore di centesimi cinquanta, oltre le spese di andata e ritorno nel modo sovra stabilito. — Art. 394 *Tariffa civile*.

246. Quando durante il termine per l'esame una delle parti ne domandi la proroga, il giudice procedente, concorrendovi giuste ragioni, può accordarla; e, nel caso di contestazione, rimette le parti a udienza fissa.

Art. 47 e 232 c. p. c

Le deposizioni ricevute dopo la scadenza del termine stabilito o prorogato sono nulle.

1. Il termine per l'esame testimoniale può essere, occorrendo, prorogato dalla autorità giudiziaria anche più d'una volta, e ogni singola proroga può essere data per un periodo di tempo maggiore di quello fissato dall'art. 232 come ordinario. — *Appello Brescia*, 11 dicembre 1867. Piazzoni—Arrigoni. *Mon. Trib.*, IX, 473.

2. Il termine per gli esami è prorogabile quand'anche all'inchiesta non siasi dato cominciamento, e purchè lo stesso non sia per anco decorso.

Dalla non comparizione del procuratore di una delle parti citate in dipendenza della domanda di proroga può suppersi che opposizione non voglia farsi a detta domanda.

Le ragioni per ottenere la proroga degli esami devono apprezzarsi rigorosamente. — *Appello Genova*, 6 giugno 1868. Bongiovanni—Lacchiri-Onetti. *Bettini*, XX, 503.

3. La difficoltà di conoscere la dimora attuale dei testimoni da citarsi è giusta ragione per accordare una proroga del termine stabilito, e non ancora scaduto, per fare gli esami.

La proroga del termine può domandarsi anche dentro i cinque giorni precedenti a quello fissato per l'esecuzione della prova, e non è necessario che i testimoni, per l'esame dei quali si chiede la proroga, siano stati anteriormente indotti e notificati all'altra parte.

Il pretore delegato tassativamente all'esame dei testimoni dimoranti nella sua giurisdizione, non ha facoltà di prorogare il termine per l'esame dei testimoni dimoranti in altra pretura, ed in questo caso la domanda di proroga è regolarmente proposta nella forma degli incidenti avanti al presidente del tribunale civile che ammise la prova. — *Appello Perugia*, 6 luglio 1868. *Luzi e Birindelli—Impresa Spagnoli-Comelli. Annali*, II, 544.

4. Anche nel caso in cui si tratti di ricevere l'esame dei testimoni domiciliati all'estero, non può il giudice accordare più d'una proroga. — *Cass. Napoli*, 3 dicembre 1868. *Scoccia—Di Domenico, Bettini*, XX, 956.

5. Gli art. 46 e 47 del codice di procedura civile contengono una disposizione generale ed applicabile non solo all'istruttoria della causa, ma anche ai procedimenti probatori e singolarmente al procedimento ed ai termini stabiliti per l'eseguimento delle prove testimoniali e delle perizie.

I termini quindi stabiliti nei procedimenti probatori sono prorogabili. Le domande si fanno nei modi degli art. 246, 263. La proroga non può essere che una sola, tranne il caso di forza maggiore e dichiarata nel provvedimento, e salvo pure il consenso espresso non dei procuratori, ma direttamente delle parti. — *Cass. Torino*, 4 dicembre 1868. *Ponte—Centurione. Mon. Trib.*, IX, 1184.

6. Il termine per l'esame testimoniale può essere, occorrendo, prorogato dall'autorità giudiziaria più d'una volta e anche ogni singola proroga può essere data per un periodo di tempo maggiore di quello fissato come termine ordinario dall'art. 232. — *Appello Brescia*, 11 dicembre 1867. *Piazzoni—Arrigoni. Mon. Trib.*, IX, 473.

7. L'istanza di proroga del termine per l'esame dei testimoni deve essere proposta in contraddittorio della controparte; in caso contrario è nullo il decreto presidenziale che accorda la proroga, nè la nullità è sanata dal fatto che la controparte non abbia reclamato nel termine dei tre giorni (art. 38, 183). — *Appello Brescia*, 23 dicembre 1868. *Maffei—Zoppola. Mon. Trib.*, X, 1119 — *Appello Casale*, 30 luglio 1872. *De Piroli—Mazza. Giurisprudenza*, IX, 507.

Contra: *Appello Milano*, 27 aprile 1869. *Gerse—Bigatti. Mon. Trib.*, X, 619 — *Appello Brescia*, 12 luglio 1871. *Pezzoli—Olivari. Mon. Trib.*, XII, 990.

8. Il giudice che procede all'esecuzione della prova può sempre rinviarla anche al di là del termine legale, se la proroga è motivata dalle esigenze del servizio. — *Cass. Torino*, 25 febbraio 1869. *Finanza—Comune di Nugheddu. Mon. Trib.*, X, 303 — *Cass. Torino*, 17 gennaio 1870. *Società Paterna—Galoppo. Bettini*, XXII, 11.

9. Quando sopra un'ordinanza di proroga di esami non siasi reclamato nei tre giorni, non si può più esaminare se la medesima avesse potuto rendersi sulla semplice domanda della parte richiedente oppure citata la controparte. Nè giova all'uopo appigliarsi ad un incidente di nullità innanzi al presidente.

L'ordinanza che accorda la proroga deve reclamarsi nei tre giorni perchè il giudice emettendola non eccede le sue attribuzioni benchè non sia stata citata la controparte. — *Appello Milano*, 14 aprile 1869. *Bollardi—Istituto Ospitaliere di Milano. Mon. Trib.*, X, 575. — *Cass. Napoli*, 27 febbraio 1868. *Gazz. del Proc.*

10. Il giudice del tribunale delegato all'assunzione di un interroga-

torio può validamente concedere proroghe all'assunzione di prove testimoniali per le quali fosse stato delegato un giudice diverso residente in altro luogo. — *Appello Milano, 27 aprile 1869. Geiger—Bigatti. Mon. Trib., X, 618.*

11. Se nel corso degli esami testimoniali delegati a un pretore sia domandata una proroga e questa venga contrastata, il pretore deve rimettere le parti al tribunale delegante. Giusta causa per concedere una proroga può ravvisarsi nella mancata promessa dei testimoni di presentarsi volontariamente.

La proroga del termine per l'esecuzione della prova testimoniale si estende anche alla prova direttamente contraria. — *Appello Casale, 11 giugno 1869. Soldani—Geranzani. Annali, III, 409.*

12. Per poter domandare una proroga all'esame dei testimoni, si richiede: 1. Che l'istanza sia proposta prima della scadenza del termine; 2. Che sia impossibile alla parte d'eseguire regolarmente l'esame nello spazio residuo di tempo; 3. Che la parte istante non sia imputabile di colposa negligenza.

La domanda di proroga deve presentarsi allo stesso giudice già procedente alla prova [ancorchè delegato], il quale col consenso delle parti può accoglierla, o diversamente rinviare le parti stesse a udienza fissa.

Ma se il giudice, tuttochè delegato, non à per anco incominciato a procedere nell'esame, la domanda di proroga deve esibirsi al presidente del tribunale che ordinò la prova, e nel caso di contestazione, deve su di essa pronunciare il tribunale medesimo. — *Cass. Torino, 18 giugno 1869. Medici—Birindelli. Annali, III, 341.*

13. Dopo l'esaurimento della prova testimoniale non è lecito indurre altri testimoni nè sopra i fatti medesimi, nè sopra i fatti contrari. — *App. Firenze, 5 luglio 1869. Amorotti—Comune di Massa. Annali, III, 317 -- Cass. Torino, 9 settembre 1873. Bruera—Ditta Ghirardi. Mon. Trib., XIV, 1010.*

14. Si hanno per circostanze vevoli a concedere una proroga agli esami l'essere il ricorrente di rozza condizione, il non avere ricevuto dal suo procuratore gli atti di lite in tempo debito, la sua lontananza dalla sede del tribunale, o dal luogo nel quale gli esami si devono eseguire. — *Appello Torino, 3 agosto 1869. Barcellini—Papetti. Annali, III, 556.*

15. Se il giudice delegato all'assunzione d'una prova concede, sopra semplice ricorso di una parte, inaudita la parte contraria, una proroga all'assunzione dei testimoni, si può reclamare dal suo decreto nel termine stabilito dall'art. 183.

Se la parte contraria non reclama entro questo termine non può eccepire di irregolarità il provvedimento e tanto meno opporre la decadenza dal diritto di far eseguire la prova. — *Appello Milano, 18 ottobre 1869. Ditta Beccari—Giulini. Legge, X, 344.*

16. La sola condizione imposta dalla legge a che si possa in rito, ammettere una domanda di proroga del termine a compilare la prova, è che la domanda stessa venga fatta prima che il suddetto termine sia spirato.

Quanto alla forma non è richiesta la citazione. L'art. 37 cod. proc. civile, riguarda solamente le domande colle quali vengono a libellarsi le azioni che si deducono in giudizio, laddove le altre istanze che si fanno in corso di causa, o si fanno per comparsa, in quanto ai mezzi istruttori da disporsi, o si fanno oralmente sui verbali stessi dei mezzi istruttori già disposti.

Quando la decadenza fosse incorsa per fatto del giudice, il diritto alla proroga non è punto pregiudicato, essendo a reputarsi per analogia

dell'art. 249 reintegrato il termine come non fosse ancora trascorso. — *Appello Napoli*, 23 luglio 1870. *Caracciolo del Sole—Della Croce. Gazz. del Proc.*, 1870, n. 29.

17. Non v'è decadenza dagli esami per il trascorso del termine, quando questo non dipenda da negligenza della parte, ma dal fatto del giudice delegato che fissò l'esame ad un'udienza al di là del termine legale.

Tanto meno puossi invocare la decadenza da chi aderì al rinvio degli esami sottoscrivendo senza protesta il verbale contenente il rinvio al di là del termine legale. Quando le parti sono d'accordo intorno alla proroga e firmano l'atto che la concede, non può dirsi nulla la concessione di proroga, perchè non fu preceduta da formale istanza. — *Appello Torino*, 20 ottobre 1870. *Giacchetti—Berra. Giurisprudenza*, VIII, 128.

18. La legge autorizza la concessione di una proroga per far seguire gli esami quando vi concorrano giuste ragioni.

Se la domanda di proroga, che deve essere proposta al giudice delegato, sia proposta al tribunale, quando le parti siano comparse in causa ed abbiasi deliberato sul merito della domanda medesima, resta sanata ogni irregolarità derivante dal non essersi osservate le forme prescritte per la risoluzione degli incidenti.

Le giuste ragioni per le quali si può accordare una proroga devono riferirsi non a chi fa citare i testimoni, ma alla persona dei testimoni medesimi. — *Appello Torino*, 2 giugno 1871. *Cordero e Rolla—Olivetti ll. cc. Legge*, XI, 932.

19. Il giudice delegato all'esame dei testimoni non può, sotto pena di nullità, sopra semplice ricorso della parte che vuole far eseguire la prova, accordare una proroga del termine relativo, se non sentita o debitamente citata la parte contraria. — *Appello Brescia*, 12 luglio 1871. *Pizzoli—Olivari. Bettini*, XXIII, 545.

20. Si ha una giusta causa di prorogare il termine per gli esami testimoniali se i testimoni non si presentano al giorno fissato non ostante la loro promessa verbale di presentarsi senz'uopo di citazione.

Il fatto di tale promessa verbale può ritenersi per costante ove appaisca verosimile atteso l'interesse che aveva la parte di fare l'esame e la comparizione volontaria di uno dei testimoni sebbene non citato. — *Appello Casale*, 30 luglio 1872. *De Paoli—Mazza. Giurisprudenza*, IX, 507. — *Appello Casale*, 11 giugno 1869. *Soldani—Geranzani. Giurisprudenza*, VII, 15.

Contra: *Appello Torino*, 13 giugno 1867. *Tinetti—Brunero. Giurisprudenza*, IV, 480.

21. Il pretore a cui è stato delegato l'esaurimento della prova testimoniale può prorogarne il termine. — *Cass. Napoli*, 4 settembre 1872. *Valente—Compagno. Annali*, VI, 299.

22. Quando l'appellato abbia fatto istanza per proroga nel termine per gli esami, ma abbia ommesso di fare ai non comparsi la regolare notifica dell'ordinanza del consigliere delegato per l'esame dei testimoni che rimette le parti dinanzi la Corte per la risoluzione dell'incidente, l'istanza di proroga deve riguardarsi siccome non avvenuta. — *Appello Milano*, 19 gennaio 1873. *Arbib—Sindacato Fall. Arbib. Legge*, XIII, n. 19.

23. La nullità di una prova testimoniale per essere stata eseguita fuori del termine legale non può dedursi da quella delle parti che senza proteste o riserve intervenne personalmente agli esami.

Tanto meno questa nullità può essere pronunciata d'ufficio dal tribunale. — *Appello Napoli*, 3 marzo 1873. *Avigliano—Sabatino. Annali*, VII, 279.

24. Il disposto dell'art. 47 cod. proc. civ. che proibisce una seconda proroga non è applicabile quando in un giudizio il termine per far seguire la prova testimoniale era stato prorogato non a richiesta delle parti, ma dallo stesso giudice delegato per gravi motivi d'ufficio. — *Appello Torino*, 2 maggio 1873. *Faldella—Castigliano. Bettini*, XXV, 334.

25. Il disposto dell'art. 47 che proibisce una seconda proroga del termine è applicabile anche nei procedimenti riflettenti l'assunzione della prova testimoniale.

L'art. 246 non contiene una disposizione speciale derogatoria, bensì e soltanto accenna alle condizioni per le quali il giudice è autorizzato ad accordare la proroga per l'eseguimento della prova e lascia intatta la norma generale dell'art. 47. — *Appello Milano*, 18 novembre 1873. *Lattuada—Rossini, Legge*, XIV, 384.

26. Dal combinato disposto degli articoli 46 e 246, chiaramente si scorge che se non ostante la perentorietà del termine può farsi luogo eccezionalmente a proroga, non è già per un accordo o convenzione dei litiganti che questa riceve la sanzione della legge, ma è solo per autorità del magistrato cui la legge conferisce la facoltà di accordarla sulla domanda di una delle parti proposta durante il termine, concorrendovi giuste ragioni. Nè l'intervento del decreto del magistrato e il concorso di giuste ragioni è richiesto solamente nel caso in cui siavi dissenso o contestazione; neppure il giudice procedente ha facoltà di accordare la proroga, ma deve invece rimettere le parti ad udienza fissa perchè la controversia sia risolta in loro contraddittorio. — *Cass. Firenze*, 15 giugno 1874. *Lomazzi—Boresti. Gior. delle Leggi*, VI, n. 3.

27. Quando, espletata la prova, non resti termine sufficiente per procedere all'esame in riprova, il procedente ha diritto ad ottenere la proroga.

Non osta ad ottenere la proroga che il verbale di esame si sia chiuso dal giudice procedente senza alcuna riserva per parte di chi aveva interesse alla riprova.

Quando sia delegato il pretore a ricevere la prova, la proroga può essere concessa dal medesimo. — *Appello Perugia*, 7 luglio 1874. *Emili e Ramoli—Parasassi. Bettini*, XXVI, 557.

28. Questo articolo non contiene una disposizione speciale derogatoria a quella dell'art. 47, ma accenna soltanto alle condizioni per le quali il giudice è facoltizzato ad accordare la proroga per l'assunzione della prova, pur lasciando intatta la norma generale del detto art. 47. — *Appello Milano*, 22 settembre 1874. *Mon. Trib.*, XVI, 371.

29. La seconda proroga dell'esame testimoniale concessa dal giudice delegato è nulla se invece che dalla parte fu assentita soltanto dal suo procuratore legale non munito di speciale mandato. E questa nullità può dedursi quantunque entro i tre giorni non si sia avanzato reclamo contro il provvedimento del giudice delegato. — *Cass. Firenze*, 20 marzo 1875. *Milano—Del Giudice. Annali*, IX, 145.

30. Vedi art. 232 sent. n. 3, 7, 9, 13, 14, 15, 16, 19, 22, 24, 26, 29, 30, 32, 34, 36, 37, 38, 41, 47, 48.

1. Come si propone la domanda di proroga dell'esame? Se l'istanza non sia fatta nel corso dell'esame, presente la controparte, davanti al giudice delegato all'assunzione dei testimoni, dovrà necessariamente proporsi mediante comparsa a termini dell'art. 162, sollevando l'incidente relativo. Sarebbe nullo il provvedimento del giudice che accordasse la proroga senza il contraddittorio di tutte le parti, ed a termini dell'art. 200, secondo capoverso, potrebbesi contro il medesimo reclamare anche dopo i tre giorni con

giudizio di nullità. Così ritiene anche lo Scotti (*Mon. Trib.*, XI, 173). È invece d'avviso contrario il Gargiulo (*Comm.*, p. 644).

2. Quando può avanzarsi l'istanza medesima?

Durante il termine per l'esame, dichiara l'articolo. Dunque in qualunque giorno del termine, foss'anche l'ultimo, siasi o no cominciato l'esame, e sebbene mancasse nel dì dell'istanza il tempo sufficiente per la pratica richiesta dall'art. 233.

3. Davanti a qual giudice si deve domandare la proroga, e quali sono i poteri del giudice stesso?

L'incidente deve proporsi al giudice che procede all'esame, sia esso un giudice del tribunale che ammise la prova, od un giudice d'altro tribunale delegato all'esame, o finalmente un pretore. Se però l'istanza si facesse prima che il giudice o il pretore delegato abbiano incominciato a procedere all'esame, allora crederei, secondo quanto ebbe a giudicare la Corte suprema di Torino (vedi sent. n. 12), che la medesima dovesse proporsi davanti il giudice degli incidenti dell'autorità delegante. Difatti il giudice o pretore delegato ma non ancora procedente all'esame non si troverebbe in quelle condizioni che sono necessarie per potere convenientemente apprezzare le ragioni esposte da chi domanda la proroga del termine, ed è logico che ad esso, che non ha per anco esercitato alcun atto della giurisdizione delegata, sia preferito il presidente o giudice degli incidenti dell'autorità investita della causa.

In ogni modo dall'espressione di quest'articolo si fa chiaro che il giudice non è obbligato a prorogare il termine, malgrado l'accordo delle parti, ma deve sempre vagliare le ragioni che appoggiano l'istanza e può ben anche respingerla.

In caso di contestazione, è evidente che il giudice delegato deve rimettere le parti non già davanti il proprio collegio, ma bensì davanti l'autorità delegante. (Carré e Chauveau, *quest.*, 1096; Favard, t. 2, p. 351, n. 11; Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 532; Boitard, *art.* 280).

4. Può il giudice assentire alla proroga chiesta da una parte se l'altra, citata, non sia comparsa davanti a lui?

Per far luogo alla proroga è condizione indispensabile l'accordo di tutte le parti, come lo è per la risoluzione di qualunque incidente, a termini dell'art. 181. E poi massima costante che la non comparizione davanti al presidente equivale ad opposizione alla domanda incidentale. A questa regola non può, a mio avviso, farsi eccezione riguardo all'incidente di proroga.

E inoltre a ritenersi che una seconda proroga non possa concedersi se non per forza maggiore o per accordo delle parti in persona, giusta il disposto dell'art. 47. (Borsari, *Comm.* I, p. 351; Gargiulo, *Comm.*, p. 645).

5. Si discusse a lungo in Francia sulla questione se fosse giusto motivo per chiedere la proroga del termine la necessità di far sentire nuovi testimoni, e la maggior parte degli scrittori e dei tribunali vennero nell'opinione affermativa. (Carré, *quest.* 1093, ed autori e decisioni da esso citate).

Tra noi, Borsari (*Comm.* I, p. 350), Gargiulo (*Comm.*, p. 644), Saredo (*Istit.* n. 478) pure riconoscendo che la nota dei testimoni deve, a tenore dell'art. 234, comunicarsi cinque giorni prima dell'incominciamento dell'esame, non escludono che si possano citare altri testi, notificandone i nomi nel termine di cinque giorni, con lista suppletiva, e ritengono che possa instarsi per una proroga non solo onde avere tempo per eseguire la citazione di nuovi testi, ma eziandio per far risentire testimoni già esaminati. (Vedi Carré, *quest.*, 1075 e 1093).

6. Può la durata della proroga eccedere il termine ordinario?

Stimano che no Borsari (*Comm.* I, p. 350) e Gargiulo (*Comm.*, p. 645). Saredo (*Istit.* n. 478) non crede invece che tale limitazione alla facoltà del giudice trovi un fondamento nella legge. A dir vero l'art. 246 non prescrive l'osservanza del termine ordinario, ed anzi l'art. 232 autorizza il giudice a stabilire un termine per l'esame più lungo di 30 giorni, *quando vi siano ragioni speciali*.

Il motivo che consigliò il giudice ad aderire alla proroga può richiedere eziandio che il nuovo termine superi l'ordinario: è quindi mestieri di lasciare all'arbitrio del giudice la fissazione del termine stesso.

7. E ovvio così che non sarebbe neppur d'uopo di dichiararlo, che in pendenza della contestazione sulla domanda di proroga, il termine per esaurire l'esame rimane sospeso. Quando la parte ha fatto istanza per ottenere la proroga prima che spiri il termine utile, non si può esigere certo da essa che faccia giudicare la sua domanda in un tempo determinato. I suoi diritti sono conservati, qualunque sia il tempo che passerà fino alla sentenza sull'incidente. — *Conformi*: Chauveau e Carré, *quest.*, 1095.

247. Il processo verbale dell'esame deve contenere:

Art. 211 c. p. c.
seg. reg. giud.

1. L'indicazione dell'anno, mese, giorno, e dell'ora in cui l'esame ebbe luogo, delle rimissioni ad altri giorni e ore, e della proroga che si fosse concessa;

2. Il nome, cognome, la residenza, o dimora delle parti e dei testimoni, e la menzione della loro comparizione o della loro assenza;

3. La menzione del giuramento prestato;

4. La menzione delle risposte di ciascun testimone;

5. Le eccezioni di sospetto state proposte;

6. La dichiarazione se le interrogazioni siansi fatte d'ufficio o ad istanza delle parti;

7. La menzione se il testimone abbia chiesto indennità, e in quale somma gli sia stata accordata;

8. La menzione della lettura al testimone delle sue deposizioni, e delle variazioni ed aggiunte che vi abbia fatte;

9. La sottoscrizione di ciascun testimone, o la menzione che egli non poté o non volle sottoscrivere;

10. La sottoscrizione delle parti e dei loro procuratori, se presenti;

11. La sottoscrizione del giudice e del cancelliere.

Vi è nullità se non siansi osservate le disposizioni dei numeri 9 e 11.

Vi è altresì nullità, se l'omissione o l'inesattezza delle indicazioni accennate negli altri numeri produca assoluta incertezza circa il tempo in cui seguirono gli esami, o il loro oggetto, o le persone dei testimoni o delle parti, o l'adempimento delle formalità stabilite e il cui difetto porti nullità, salvo sempre in ogni caso di omissione o di errore l'applicazione delle pene disciplinari al cancelliere.

1. Gli esami non sono assolutamente nulli che nel solo caso in cui non siansi osservate le disposizioni dei n. 9 e 11 di questo articolo; e quanto alle disposizioni di cui negli altri numeri solo allorchè l'inosservanza produca incertezza assoluta circa gli oggetti, le circostanze e le persone. — *Appello Torino*, 26 luglio 1867. *Ferraro—Bagnardi. Bettini*, XIX, 447.

2. Alla regolarità del processo verbale degli esami di più testimoni basta che il medesimo porti in fine la sottoscrizione del giudice e del cancelliere, non esigendo la legge che questa sottoscrizione sia apposta anche in fine di ciascun esame. — *Appello Milano*, 9 dicembre 1873. *Mon. Trib.*, XVI, 99.

3. Vedi art. 241, sent. n. 4.

1. Siccome le parti hanno diritto di sapere in quale forma il teste ha prestato giuramento, così nel verbale dovrà precisamente indicarsi il modo col quale esso ha giurato e non sarà sufficiente l'enunciare che il teste fu sottoposto al giuramento *nelle forme di legge*.

Potrebbe opporsi che non richiedendo il n. 3 del presente articolo se non *la menzione del giuramento prestato*, parrebbe che una generica indicazione dovesse bastare al voto della legge; ma tale ristretto significato della voce *menzione* non è ammissibile, poichè essa ritorna anche al n. 5 dell'articolo, riguardo alla deposizione dei testi, eppure non può seriamente contestarsi che il verbale debba contenere per esteso le dichiarazioni dei testimoni. — *Conformi*: Borsari, *Comm.*, I, p. 356; Gargiulo, *Comm.* p. 649.

2. Non è di certo troppo chiara la espressione dell'ultimo alinea di questo articolo, che cioè « vi è altresì nullità se l'omissione o l'inesattezza delle indicazioni accennate negli altri numeri (oltre il 9 e l'11) produca assoluta incertezza circa..... l'adempimento delle formalità stabilite e il cui difetto porti nullità ». Giustamente l'illustre Borsari la censura perchè troppo vaga e generica ed aggiunge che nessuna formalità egli ravvisa necessaria da essere registrata nel verbale, perchè la inosservanza di essa produca nullità, all'infuori della *menzione del giuramento prestato*.

Ma può dirsi poi che la mancanza di tale menzione renda nullo tutto il verbale? Ciò non può essere. Se il verbale non accenna alla prestazione del giuramento da parte di un testimone, sarà nulla la deposizione di quel teste, perchè deve ritenersi fino ad iscrizione in falso del verbale, che il giuramento non siasi prestato, ma il processo verbale starà. La nullità della *deposizione* non si può estendere al *verbale*: lo dichiara eziandio espressamente l'art. 250. Si ha nullità del verbale solamente quando la omissione o l'inesattezza d'uno degli elementi elencati in questo articolo lo renda difettoso nella sua forma essenziale, come fedele resoconto dell'esame, come *atto di procedura*, per modo che non si sappia in qual giorno, perchè, in qual causa, con quali testimoni siasi fatta la prova. Di qui la conseguenza che la generica frase sopra menzionata non dovrebbe aver mai applicazione.

Tanto meno poi si potrebbe sostenere la nullità del verbale nel caso in cui vi sia nel medesimo una menzione relativa al giuramento, la quale, mentre assicura che un giuramento fu prestato, sia poi fatta così incompletamente da lasciar dubbio sul modo in cui fu fatto. — *Conformi*: Borsari, *Comm.*, I, p. 356; Gargiulo, *Comm.*, p. 648.

Borsari e Gargiulo poi ammettono che se il verbale contenesse un vizio negli elementi che debbono costituirlo come *atto di procedura*, nelle sue parti essenziali, e che per tal vizio sia comminata la nullità, questa abbraccia l'intero verbale e non può limitarsi ad una parte del medesimo.

3. Vedi art. 241 nota n. 1.

248. Quando l'autorità giudiziaria abbia ordinato che l'esame si faccia all'udienza, il presidente stabilisce il giorno in cui i testimoni saranno sentiti.

I testimoni sono interrogati dal presidente.

I giudici, chiesta la parola al presidente, possono interrogare i testimoni sulle circostanze intorno alle quali desiderino schiarimenti maggiori.

Le parti possono rivolgersi al presidente, affinchè faccia le interrogazioni che credano di loro interesse.

Il processo verbale dell'esame è sottoscritto dal presidente e dal cancelliere.

Si osservano nel resto le norme stabilite negli articoli precedenti.

249. Quando l'esame sia in tutto o in parte dichiarato nullo

per colpa del giudice, del cancelliere, del procuratore o dell'uscieri, è rinnovato in tutto o in parte a spese di chi ha dato luogo alla nullità.

Il termine per il nuovo esame è stabilito dalla sentenza che pronunciò la nullità, e decorre dal giorno in cui la sentenza stessa è notificata. Non si possono esaminare altri testimoni. Se alcuno dei testimoni già sentiti non possa essere riesaminato l'autorità giudiziaria tiene quel conto, che di ragione, dell'esame già eseguito.

1. Perchè sia validamente rinnovato un esame testimoniale dichiarato nullo per colpa del giudice, conviene che una sentenza abbia ordinato il nuovo esame, che abbia stabilito il termine per eseguirlo, e che abbia nominato il giudice che deve raccogliarlo.

La parte non può farlo rinnovare di sua autorità privata. — *Appello Potenza*, 7 giugno 1869. *Calderano—Annechino. Annali*, III, 371.

2. La prova testimoniale è nell'esclusiva facoltà delle parti, nè può essere mai decretata d'ufficio dal giudice.

Una volta esaurito l'esame dei testi e chiuso il processo verbale, il mezzo di prova qual'è venuto a risultare è acquisito alla parte, nè è in facoltà del giudice di assoggettare a nuovo esame i testimoni già esaminati, nemmeno per il fine di avere ulteriori schiarimenti. Solo nel caso in cui l'esame di un testimonio sia dichiarato nullo per sentenza, può il medesimo essere rinnovato. — *Cass. Firenze*, 2 marzo 1871. *Bertucci—Alessi. Annali*, V, 50 — *Appello Genova*, 20 giugno 1874. *Carpegna—Raffo. Gior. dei Trib.*, III, n. 237.

3. L'art. 249 col permettere la rinnovazione dell'esame, nel caso che la nullità provenga da colpa del giudice, cancelliere, usciere, o procuratore, non fa distinzione alcuna tra verbale di esame nullo per proprio difetto, ed esame nullo per conseguenza della nullità di altri atti anteriori, nè tale distinzione sta nello spirito della legge che vuole soltanto salvare l'interesse della parte da ogni pregiudizio che sia derivato da colpa o negligenza di quelle persone.

Conseguentemente la sola mancanza del termine dei 10 giorni voluto dall'art. 233, perchè la controparte abbia tempo di provvedersi per assistere all'esame, ed anche per produrre entro i 5 giorni la lista dei testimoni di riprova, non produce la perenzione del diritto della prova, nè impedisce che venga destinata altra giornata coi debiti termini legali per assumere gli esami.

Ad ovviare alla perenzione del diritto che sussegue alla scadenza del termine originario, o prorogato, per fare la prova che non fosse stata assunta, pel caso ben diverso che sia stata assunta nel termine, ma in modo nullo e per colpa delle suddette persone, questo articolo provvede espressamente col prescrivere che la sentenza medesima la quale dichiara la nullità abbia a stabilire anche il termine, entro il quale l'esame nullo debba rifarsi, e che questo termine comincia a decorrere dalla notificazione della sentenza, e ciò senza riguardo a distinzione alcuna se il termine originario sia tuttora in corso o sia già scaduto. — *Cass. Firenze*, 1 febbraio 1875. *Caselli—Bellotti-Bon. Gior. dei Trib.*, IV, n. 79.

1. Allorquando l'esame sia nullo per difetto incorso nel processo verbale o negli atti anteriori ad esso, senza eccezione veruna, può essere rinnovato,

dopo dichiaratane la nullità con sentenza, a spese del giudice, del cancelliere, del procuratore o dell'uscieri che hanno dato luogo alla nullità. Purché l'esame sia stato assunto, qualunque sia la causa della nullità, la parte ha diritto di rifarlo e salvarsi dal pregiudizio che le deriverebbe dalla negligenza delle persone summentovate, foss'anche del suo procuratore, di colui che la rappresenta in giudizio. Egli è per questo che io asseriva nel commento all'art. 233 (vedi nota n. 3) che il giudice delegato all'esame deve assumerlo e fissare all'uopo l'udienza, quand'anche si avvegga che per la prossima scadenza del termine non resterebbero i 10 o i 5 giorni necessari alle notifiche che devono precedere l'esame. Difatti rifiutandosi alla domandata fissazione d'udienza egli impedirebbe alla parte di sentire i testimoni nel termine di legge e la farebbe incorrere perciò nella perenzione della prova, che è ben diversa dalla nullità, e conseguenza della quale si è la perdita del diritto di eseguirlo.

Di fronte alla chiara dizione di questo articolo non può esser posto in dubbio che, tranne la nullità comminata per l'esame assunto fuori di termine, che è insanabile, per tutte le altre il legislatore s'è mostrato indulgente e longanime, le ha perdonate alla parte, mettendone però le conseguenze a carico di coloro ai quali devonsi attribuire.

E così si può dire che le rigorose norme prescritte dalla legge per la esecuzione della prova testimoniale, colpiscono gli ufficiali che la dirigono, tendono ad eccitarne la diligenza e la sollecitudine, ma non riguardano le parti, non ne pregiudicano in verun modo gli interessi.

Cotesta indulgenza plenaria delle nullità dell'esame testimoniale, trovavasi prima che nel codice attuale, disposta nei due Codici sardi e nel Codice parmense, in modo conforme al nostro. Il codice francese stabiliva invece che la rinnovazione dell'esame avesse luogo soltanto quando la nullità fosse imputabile al giudice, e dovesse farsi a di lui spese; mentre la nullità derivante dal fatto del procuratore o dell'uscieri era irreparabile, salvo il ricorso contro di essi per la rifazione delle spese e anche dei danni e interessi in caso di manifesta negligenza, ad arbitrio del giudice.

Due ragioni adduce il Boitard come fondamento di cotesta distinzione. La prima consisterebbe in ciò che mentre il legislatore può far ricadere in tale materia, come in ogni altra, la colpa del procuratore o dell'uscieri sopra la parte che l'ha nominato, salvo ad essa di rivalersi contro di lui, all'incontro è impossibile di imputare alla parte la colpa del giudice che essa non ha eletto, ma le fu imposto.

La seconda sta nella possibilità di collusione tra il procuratore o l'uscieri e la parte, all'effetto di commettere delle nullità che permettessero, ricominciandosi l'esame, di esercitare sui testimoni dei tentativi di subornazione e corruzione (all'art. 293).

Questa seconda osservazione, dice il Boncenne (*Cap. XVII, p. 250*), « risponde a tutto e giustifica la saggezza della legge ». (*Locré, p. 621*).

Quantunque sia vero che le nullità comminate ad ogni passo in questa sezione perdonano in buona parte la loro efficacia per la sanatoria che ne fa l'articolo presente, pur non v'ha dubbio che gli argomenti summentovati non sono sufficienti a motivare la distinzione stabilita dalla legge francese. È stranissima la diffidenza di questa legge nel procuratore, e suppone inoltre un caso pressoché impossibile ad avverrarsi, che i testimoni che resistettero alla seduzione durante i primi tentativi, cedano dappoi e non rivelino invece al giudice le arti adoperate per farli mentire. Il secondo motivo urta poi in un ostacolo molto serio, poichè, ammessa in ipotesi la giustizia di far pagare danni ed interessi alle volte enormi al procuratore che nel cumulo dei suoi affari dimenticò la scadenza di un termine, può ben darsi che egli sia sprovvisto di beni di fortuna e non posspegga di che rimborsare il cliente.

Di più, per sapere se i danni ed interessi sono dovuti, è d'uopo stabilire che la causa si sarebbe vinta col mezzo della prova che fu irreparabilmente annullata, ed è codesta una indagine non molto facile.

2. Secondo il nostro articolo, la responsabilità del giudice è distinta da quella del cancelliere, diversamente da quanto disponevano l'art. 292 della procedura francese, pel quale il solo giudice rispondeva della nullità, e l'ar-

ticolo 316. del Codice sardo 1854, che, conforme nel resto all'attuale, non enumera però il cancelliere tra gli ufficiali colpevoli delle nullità.

È tuttavia evidente la difficoltà che si incontra nello scernere la mancanza del giudice da quella del cancelliere, operando essi quasi sempre di conserva nella assunzione delle deposizioni dei testimoni o nella redazione dei verbali relativi. Secondo Gargiulo (*Comm. p.* 655) e Borsari (*Comm.*, I, p. 359), il cancelliere sarebbe il solo responsabile della materiale redazione del verbale, non però della sostanza del medesimo.

3. Borsari e Gargiulo (*loc. cit.*), nonché Saredo (*Istit. n.* 481) ritengono che l'ufficiale che à causato la nullità debba rispondere oltre che delle spese anche dei danni se la parte provi di averne risentiti (articolo 59 c. p. c.).

In qualunque caso, il nuovo esame non dovrà assumersi dal giudice che ne causò la nullità, poichè per la responsabilità da lui incorsa piglia in certo modo la veste di parte.

4. Il convenuto che non ha dedotta la controprova può proporla rinnovandosi l'esame dei testimoni della prova?

Borsari e Gargiulo, seguendo la dottrina già insegnata da Pigeau (*t.* 1, p. 281) e da Carré e Chauveau (*quest.* 1134), rispondono in senso negativo, poichè il convenuto deve attribuire a propria colpa il non aver fatta assumere la prova contraria in tempo utile, e d'altronde non subisce alcun danno restando esso nella posizione stessa in cui si trovava indipendentemente dalla rinnovazione dell'esame.

Questo principio, che in massima è vero, mi sembra però inapplicabile in certi casi, se si vuole osservare quella parità di trattamento dei litiganti che è pur tanta parte d'una buona amministrazione della giustizia. Suppongasì, ad esempio, che la nullità dell'esame dipenda dall'essere stato il provvedimento, che stabiliva il giorno dell'esame, notificato alla controparte in termine minore di quello prescritto dall'art. 233, in ipotesi, due giorni o tre prima dell'esame.

Verificandosi questo caso, la controparte non avrebbe avuto il tempo necessario per produrre entro i cinque giorni la lista dei testimoni di riprova e sarebbe stata per conseguenza nell'assoluta impossibilità di eseguire la prova contraria diretta. E quindi giusto che il diritto alla riprova ad essa spettante per legge, che non potè essere da lei legittimamente esercitato, non abbia a soffrire alcun pregiudizio e riviva allorchando l'attore sia stato rimesso in tempo a fare la sua prova. Lo stesso è a dirsi sempre che il fatto della non assunzione della riprova dipenda non già da negligenza di chi doveva dedurla, ma da quella colpa istessa che fu causa della nullità della prova.

250. La nullità della deposizione di uno o di più testimoni non importa la nullità delle altre.

Art. 162, 241, 241, 2
c. p. c.; 153 ord. giud.

1. Compiuto l'esame, la parte più diligente comunicherà copia dei processi verbali al procuratore della controparte, mediante deposito dei medesimi nella Cancelleria e notificazione del deposito stesso con comparsa, giusta il disposto dall'art. 162 c. p. c.

Si fece questione se si possa comunicare il verbale dell'esame assunto a propria istanza senza accompagnarlo da quello assunto ad istanza dell'avversario.

Thomine, *n.* 337, Demiau, *p.* 215, Boncenne, *p.* 249, Favard, *t.* 2, p. 369, Lepage, *p.* 200, Carré, *quest.*, 1124, Dalloz, *t.* 12, p. 567, *n.* 1 e 2, e Boitard, *t.* 1, p. 418, insegnano che la comunicazione deve comprendere ambidue i verbali. Delaporte, *t.* 1, p. 282, Pigeau, *art.* 286, e Chauveau in Carré, *quest.* 1124, ritengono invece il contrario. Osservano i primi che l'esame testimoniale è uno, ed è composto così dalla prova diretta come dalla contraria; ed i giudici non possono decidere con conoscenza di causa sopra un frammento dell'esame, poichè sarebbe lo stesso come se di un titolo si producessero solamente i patti favorevoli. D'altra parte poi col comunicare il verbale dell'avversario non se ne sanano i vizi, facendosi cosa imposta dalla legge.

Osservano gli altri che se la prova assunta dalla controparte è favorevole si potrà tralasciare di valersene, ed in caso contrario non può una parte essere obbligata a produrre un titolo a suo danno, per la massima che *nemo tenetur edere contra se*.

L'opinione dei primi e più forti in numero è seguita tra noi da Borsari (*Comm.*, I, p. 261) e da Gargiulo (*Comm.*, p. 658), e la ritengo preferibile anch'io.

Art. 553 seg. c. p. c.

251. Chi abbia fondato motivo di temere che sia per mancare uno o più testimoni necessari a far valere un diritto o una eccezione, può chiedere che i medesimi siano esaminati a futura memoria.

Se vi sia giudizio pendente, la domanda è proposta al presidente nella forma dell'art. 185.

Se non vi sia giudizio pendente, la domanda è proposta per atto di citazione, in via sommaria, della parte contraria davanti l'autorità giudiziaria competente per la causa di merito.

Il presidente o l'autorità giudiziaria, riconosciuta l'urgenza, ammette il chiesto esame, se la prova testimoniale non sia vietata assolutamente dalla legge.

L'ordinanza o la sentenza sono esecutive non ostante reclamo, opposizione, o appello.

L'esame a futura memoria non ha altro effetto che di conservare la prova. Questa sarà efficace allora soltanto che venga ammessa definitivamente. Essa non pregiudica ad alcuno dei mezzi che competono all'altra parte per opporsi all'ammissione definitiva della prova, nè alla deduzione di prove contrarie, e non impedisce alla parte istante di presentare altri testimoni.

Sino a che la prova non sia stata ammessa definitivamente, il processo verbale non può prodursi in giudizio, e il cancelliere non può rilasciarne copia, sotto le pene stabilite nell'art. 55.

1. L'età settuagenaria dei testimoni è circostanza per la quale si può chiedere il loro esame a futura memoria.

La questione della necessità o meno della prova va rimandata al giudizio definitivo. — *Appello Torino*, 19 aprile 1869. *Giurisprudenza*, VI.

2. Per ammettere gli esami a futura memoria basta un fondato timore che vengano a mancare uno o più testimoni.

L'urgenza di cui è parola nel capoverso terzo dell'articolo non è già un secondo esame che la legge richieda, bensì la conseguenza del detto fondato timore. — *Cass. Torino*, 23 marzo 1870. *Rusconi-Pallavicini. Giurisprudenza*, VII, n. 17.

3. Per far luogo all'ammissione dell'esame a futura memoria la legge richiede due estremi: l'uno che in diritto la prova non sia vietata assolutamente dalla legge; l'altro che in fatto si abbia fondato motivo di temere la mancanza del testimonio.

Esistendo quindi il dubbio se la prova sarà o meno ammissibile in definitivo, ciò che può implicare un giudizio di merito, l'esame a futura memoria può accordarsi. — *Appello Napoli*, 15 gennaio 1873. *Trezza-Salerno. Gior. dei Trib.*, II, n. 74.

1. Intorno all'esame dei testimoni a *futura memoria*, così esprimevasi il Pisanelli nella sua *Relazione*:

« Fra le istituzioni trasmesse dal diritto canonico alla giurisprudenza civile, è notabile quella dell'esame dei testimoni a *futura memoria*. Gli abusi e gli inconvenienti gravissimi cui diede luogo sollevarono tanti reclami, per modo che l'*ordinanza* del 1667 aboliva in Francia l'esame a futura memoria, vale a dire, sopra fatti che non formavano ancora materia di una controversia giudiziaria. Il codice di procedura francese ne riprodusse implicitamente il concetto, che fu pure accolto dal codice di procedura delle due Sicilie.

« Il progetto non ammette, ad esempio dei detti codici, l'esame a futura memoria. Ma provvedendo al caso in cui esista fondato motivo di temere che siano per mancare uno o più testimoni necessari alla difesa del diritto o dell'eccezione proposta in giudizio, deroga alla regola generale sopra enunciata, secondo la quale è richiesta nel dissenso delle parti una sentenza per l'ammissione della prova. Stabilisce pertanto che la parte interessata potrà chiedere, e il presidente ordinare che i testimoni siano esaminati in via d'urgenza.

« L'età inoltrata del testimone da esaminarsi, l'infermità che ne minacciasse la vita, la scomparsa prossima del medesimo potrebbero costituire un pericolo gravissimo per la difesa efficace di una delle parti, ove si dovesse procedere nelle vie ordinarie, attendendo il pronunziato dell'autorità giudiziaria ».

Preso in esame l'art. 251 del progetto dalla Commissione speciale, uno dei suoi membri propose che si dovesse provvedere all'esame *ad futuram* anche quando non penda la lite, poichè non vi possono essere ragioni per costringere chi abbia un diritto o a vederlo compromesso o a precipitare un giudizio. Questa proposta fu accolta con 9 voti sopra 13, e la Commissione deliberò conseguentemente di regolare l'ammissione votata colle disposizioni degli art. 909 al 913 del codice di procedura civile del 1859, salva coordinazione, ciò che fu appunto fatto, con alcune modificazioni, nell'articolo 251 attuale.

2. Il *fondato motivo* non può essere quel pericolo inseparabile dalla condizione umana, il pericolo di morire che a tutti sovrasta. L'età gravissima, una infermità che minaccia il termine della vita, saranno senza dubbio *giusto motivo di temere* la scomparsa prossima del testimone e la perdita del mezzo di prova. Non saranno da escludersi altre cause ma devono ritenersi assai poche e rare. — Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CCXCVI.

L'*urgenza* che il giudice deve riconoscere per ammettere l'esame è evidentemente una conseguenza necessaria del *timore* della perdita del mezzo di prova, e costituisce con esso il primo estremo dalla legge richiesto per autorizzare l'esame anticipato.

Se poi l'esame voglia assumersi in vista di una lite futura è indispensabile un secondo estremo, la connessione della prova colla causa da istituire, una giustificazione sebbene imperfetta dei rapporti che la prova medesima può avere coll'azione. In altre parole converrà sia in qualche modo dimostrato lo scopo della prova, l'interesse che si ha nel farla esaurire.

3. Dovendosi la competenza dell'autorità chiamata a decidere sull'ammissibilità dello esame a futura memoria, quando non sia istituita la lite, dedurre dalla natura dell'azione a sostegno della quale si prepara l'esame, sembra logico che l'azione debba dichiararsi e formularsi almeno in via generica per dedurne la competenza.

Contuttociò il Borsari nel suo *Comm. al Cod. Sardo* (III, n. CCXCVII), insegna molto giustamente che l'attore non sarà vincolato nel futuro e principale giudizio dalla formula della sua pretesa messa innanzi nel giudizio incidentale, come d'altronde la competenza potrebbe spostarsi col cangiamento di domicilio del convenuto, trattandosi di azione personale.

4. L'atto col quale si propone la prova a futura memoria conferrà gli articoli specifici dei fatti da provare, nonchè il nome, cognome e residenza dei testi che si vogliono esaminare, dovendosi su queste due designazioni fondare la domanda dell'esame, per quanto più sopra si è detto. L'art. 209

del Codice sardo 1859 ne faceva espresso comando; e sebbene questo non si trovi nell'articolo presente, ne è troppo evidente la necessità perchè non abbia a ritenersi come implicitamente ripetuto.

5. Se la istanza per assunzione di testimoni a futura memoria è formulata in giudizio pendente e formale, si dovrà proporre col rito degli incidenti, e cioè con comparsa e citazione a comparire davanti il presidente affinché la testimonianza sia ammessa da lui con ordinanza nell'accordo delle parti o, in caso di disaccordo, dal tribunale con sentenza.

6. L'art. 611 del Codice sardo 1859 disponeva che « l'autorità giudiziaria ove riconosca fondati i motivi addotti, e la prova testimoniale non sia proibita la legge, autorizzerà il chiesto esame e deputerà un giudice per riceverlo, fissando il giorno e l'ora in cui dovrà seguire.

« L'esame sarà fatto, osservate le disposizioni contenute nel libro IV, art. XII dell'esame dei testimoni per quanto vi possano trovare applicazione ».

Il nostro articolo invece è affatto muto intorno alla formalità dell'esame a futura memoria. Tuttavia non v'è dubbio che sono al medesimo applicabili le disposizioni degli articoli 236, 238, 239, 240 riguardo alla persona ed alla citazione dei testimoni, quelle degli art. 241, 242, 243, 244, 245 sul modo con cui l'esame devesi compiere, e finalmente quelle dell'art. 247 intorno al contenuto del processo verbale.

Potrebbe dubitarsi dell'applicabilità dell'art. 237 che tratta dei motivi di sospetto; però non dovrebbe essere impedito alla parte convenuta di far registrare a verbale le proprie eccezioni per farle valere nel giudizio di fondo.

Invece dovendosi nell'atto con cui si chiede l'esame a futura memoria indicare i nomi dei testimoni, che dovranno essere sentiti, sarà inutile la notificazione della comparsa di cui all'art. 234.

Fin qui non v'ha nemmeno luogo a questione. Ma la questione sorge sull'applicabilità dell'art. 232, sul termine entro il quale deve compiersi l'esame. L'illustre Borsari, nel *Comm. al Cod. Sardo* (III, n. CCCIV), ritiene che la sentenza che ammette l'esame debba fissare il termine generale per eseguirlo, e che perciò la parte sarà decaduta dal diritto di far assumere la testimonianza se abbia lasciato indarno trascorrere il termine suddetto.

Su tale argomento sono però da farsi le seguenti considerazioni. Anzitutto quando si tratti d'esame a futura memoria in vista di una causa ancor da iniziare, il ristretto termine prescritto dall'art. 232 non avrebbe scopo, perchè il ritardo nell'assunzione della prova non torna a danno di alcuno. Ove poi l'esame si riferisca all'istruzione di causa digià incoata, lo stesso interesse della parte istante ci è arra che i testimoni saranno sentiti nel più breve termine possibile. Di più, siccome l'esame a futura memoria non si ammetterà che nelle cause di lunga durata, la disposizione dell'art. 232 non porterebbe anche in questa ipotesi verun profitto.

Se è vero dunque che *cessante ratione legis cessat et lex ipsa*, non potrebbe, a mio parere, ritenersi adottabile nel caso concreto il termine perentorio sopradetto.

§ IV.

Della perizia.

Art. 428 c. p. c.; 203
reg. giud.

252. L'ordinanza o la sentenza, che ammette la perizia, ne enuncia l'oggetto, stabilisce il termine entro il quale dev'essere presentata la relazione, e delega un giudice per ricevere il giuramento del perito.

1. Quando il giudice per avere maggiori elementi di decisione abbia ordinato d'ufficio una perizia, giudica rettamente la sentenza che decide

esser inutile esaminare le domande delle parti sulla nomina dei periti, spettando in tal caso codesta nomina al giudice. — *Cass. Torino*, 31 luglio 1869. *Comune d'Oddolengo Grande—Calzamuggi. Legge*, IX, 931.

2. La nomina di un perito per una liquidazione di partite componenti uno o più debiti non è motivo di nullità solo perchè la parte non l'abbia domandata; essendo dalla legge rimesso al prudente arbitrio del giudice il valersi di periti anche *ex officio*. — *Cass. Firenze*, 29 novembre 1869. *Trinci—Nicolaj. Legge*, X, 73.

3. Trattandosi dell'accertamento di fatti transeunti e di urgenza, è ammissibile la perizia ordinata dal pretore su richiesta della parte col mezzo di perito nominato d'ufficio, anche senza il contraddittorio dell'altra parte. — *Appello Torino*, 1 luglio 1870. *Viganò—Bertero e Rimini. Giurisprudenza*, VII, 542.

4. Quando l'ordinanza di nomina d'un perito, nel fissare il termine entro il quale esso debba presentare la relazione, non prefigga il punto dal quale debba decorrere il termine stesso, questo decorre dalla prestazione del giuramento del perito. — *Appello Torino*, 17 marzo 1871. *Dallosa—Comunità di Trana. Giurisprudenza*, VIII, 295.

5. La perizia non essendo l'oggetto di un diritto, ma un mezzo d'istruzione, non può essere portata in giudizio come domanda principale, ma solo come domanda accessoria.

Questa regola vale tanto in materia civile, quanto in materia commerciale.

Il disposto dall'art. 185 codice commerciale che accorda al compratore in certe condizioni una perizia in prevenzione di causa, costituisce una facoltà eccezionale accordata al giudice, che non può essere estesa ad altri casi. — *Appello Milano*, 11 giugno 1872. *Sessa—Cusso. Gazz. dei Trib.*, XXIV, 477.

6. Quando siavi urgenza di accertare fatti e lo stato di cose per loro natura transeunti, e che non ammettono ritardo, è ammissibile la perizia in via preliminare ordinata nonostante non siasi ancora discusso il merito. Il merito della controversia non rimane vulnerato per l'ammissione di tale perizia. — *Appello Torino*, 2 settembre 1872. *Guastalla—Pila ll. cc. Giurisprudenza*, IX, 638 — *Appello Torino*, 16 agosto 1872. *Gonella—Forneri. Giurisprudenza*, IX, 638.

1. L'autorità giudiziaria può ammettere una perizia anche senza istanza di parte, d'ufficio. — *Carré, n. CCLII - Borsari, Comm.*, I, p. 363 - *Gargiulo, Comm.*, p. 669 - *Saredo, Istit.*, n. 490.

2. Non sarà nullo il provvedimento che ammette una perizia senza fissare il termine nel quale i periti dovranno presentare il loro elaborato, ma basterà che lo si faccia completare. — *Saredo, Istit.*, n. 493. Vedi art. 229.

253. La perizia è fatta da uno o da tre periti, secondo che sia stabilito dalle parti, o ordinato dall'autorità giudiziaria.

Se le parti non si siano precedentemente accordate sulla nomina dei periti, questa si fa con l'ordinanza o con la sentenza che ammette la perizia.

La firma del procuratore nella ordinanza che nomina d'ufficio un perito non vincola la parte, la quale può sempre appellarla. — *Cass. Torino*, 5 dicembre 1867. *Bert—Fard. Legge*, VIII, 174.

1. « Secondo alcuni dei vigenti codici la perizia deve farsi di regola da tre periti, e soltanto per eccezione viene ammesso che possa eseguirsi da un solo. Il progetto dichiara che la perizia sarà fatta da uno o da tre periti, secondo che verrà stabilito dall'accordo delle parti, o dall'autorità giudiziaria ordinata. Se basti alla garanzia del diritto controverso l'operazione individuale di un solo perito, o si richieda quella complessiva di più persone esperte, può meglio apprezzarsi in ciascun caso dal consenso delle parti o dal prudente criterio del magistrato.

« La nomina dei periti si farà d'ufficio collo stesso provvedimento che ordina la perizia, se le parti non si sono precedentemente accordate circa la scelta dei medesimi.

« Venne per tal modo respinto quel sistema che era prevalso in alcune legislazioni o consuetudini forensi, per cui ciascuna delle parti nominava un perito sul quale poteva contare, e ciascun perito era così chiamato a sostenere l'interesse del suo mandante. I due periti si riunivano, non per illuminarsi colle rispettive osservazioni, ma piuttosto per far constare dell'opposizione del loro avviso. Quindi la necessità di un terzo perito nominato dall'autorità giudiziaria, il quale operava nuovamente coi primi nominati; e soltanto allora la relazione della perizia poteva essere conclusa a pluralità di voti ». — *Relazione Pisanelli*.

2. Anche il numero dei periti è lasciato in arbitrio delle parti, e solo quando esse non si accordino, è stabilito dal giudice. Ritengo quindi che possano benissimo le parti convenire soltanto sul numero dei periti pur discordando sulle persone da nominare, e che in tal caso al giudice non resti se non che di procedere alla designazione dei periti.

3. È ammesso dai più che anche dopo che il giudice ha proceduto alla nomina dei periti, le parti possono nominare consensualmente un solo perito in vece dei tre nominati dall'autorità giudiziaria, e ciò fino al momento in cui i periti abbiano incominciato le loro operazioni. — Borsari, *Comm.*, I, p. 365 - Gargiulo, *Comm.*, p. 672 - Saredo, *Istit.*, n. 493 - Mattei, *Annotaz.* - Carré, *quest.*, 1169.

Dalloz (*t.* 14, p. 329, n. 9) è di opinione contraria. — Boncenne (*n.* 374), Thomine (*t.* 1, p. 509) e Chauveau (in Carré, *quest.* 1169), ritengono invece che il cangiamento possa farsi anche dopo incominciate le operazioni peritali. — Lepage (*quest.* 207) e Delaporte (*t.* 1), sono finalmente d'avviso che l'arbitrio delle parti possa esercitarsi soltanto fino a che fu emessa dal giudice l'ordinanza che fissa il giorno del giuramento dei periti.

4. La scelta dei periti per accordo delle parti potrà farsi o con una dichiarazione alla cancelleria emessa dalle parti coll'assistenza dei loro procuratori, oppure con una dichiarazione dei soli procuratori, poichè in materia di perizia i procuratori hanno facoltà molto late, non trovandosene espressa restrizione nella legge. — Borsari, *Comm.*, I, p. 365 - Saredo, *Istit.* n. 493.

Art. 116 seg. c. p. c.

254. Non possono essere d'ufficio nominati periti coloro, che, a termini dell'articolo 236, non possono essere sentiti come testimoni.

Possono essere recusati solamente i periti nominati d'ufficio, eccetto che i motivi di ricusazione siano sopravvenuti dopo la nomina fatta dalle parti.

I motivi di ricusazione dei periti sono gli stessi che i motivi di ricusazione dei giudici.

1. La sola circostanza che i periti abbiano tenuto alloggio e trattamento in compagnia del procuratore d'una delle parti contendenti non è sufficiente ad indurre legale sospetto sulla rettitudine dei periti medesimi, — *Cass. Napoli*, 1 dicembre 1870. *Sabelli-Sabelli. Legge*, XI, 96.

1. È soltanto la nomina dei periti fatta d'ufficio dal giudice che la legge intende di regolare colle norme dell'art. 236, quindi le parti possono far cadere la scelta dei periti che nominassero d'accordo, anche sulle persone dal detto articolo escluse da far testimonianza.

2. Se il motivo di ricusazione preesisteva alla nomina del perito, ma fu ignorato dalla parte, potrà questa farlo valere anche dopo eletto il perito stesso?

Ritengono che sì: Chauveau (in Carré, *quest.*, 1172 *bis*), Thomine (n. 362), Borsari (*Comm.*, I, p. 367), Gargiulo (*Comm.*, p. 674), Mattei (*Annotaz.*).

Saredo (*Istit.*, n. 495), pure riconoscendo tale soluzione conforme ad equità dichiara di rigettarla parendogli contraria al testo positivo della legge che in materia di ricusazione dev'essere interpretato restrittivamente.

Anch'io, pensando che la parte, prima di nominare il perito, deve usare la massima diligenza nel prendere informazioni su di lui, e che se non se ne curò è giusto sopporti le conseguenze della propria negligenza, sto per l'interpretazione restrittiva dell'articolo presente.

255. I motivi di ricusazione anteriori alla notificazione dell'ordinanza o della sentenza che contiene la nomina dei periti d'ufficio, debbono essere proposti entro otto giorni dalla detta notificazione, salvo che nei casi d'urgenza un altro termine sia stabilito nell'ordinanza o nella sentenza.

Art. 259 c. p. c.

I motivi di ricusazione sopravvenuti dopo la nomina dei periti, fatta d'ufficio o dalle parti, possono essere proposti sino a che non sia prestato il giuramento.

1. Nell'alinea di questo articolo il legislatore è certamente incorso in una inesattezza di linguaggio, che porterebbe ad una contraddizione dell'alinea stesso colla prima parte dell'articolo. Infatti, mentre dapprima si dice che la parte ha diritto di dedurre i motivi di ricusazione *anteriori alla notificazione* della ordinanza o sentenza, che contiene la nomina, e quindi anche quelli dalla data della nomina fino alla sua notificazione, entro gli otto giorni dalla notificazione stessa, dappoi si aggiunge che i motivi sopravvenuti *dopo la nomina*, e di conseguenza anche *prima della notificazione*, possono proporsi fino a che non sia prestato il giuramento. Evidentemente in questa seconda parte dell'articolo il legislatore, volendo contemplare tanto il caso della nomina dei periti fatta dalle parti, che quello della designazione fattane dal giudice, adoperò impropriamente l'espressione generale *nomina* per ambedue i casi, invece di distinguere e stabilire come punto di partenza pel primo la nomina, pel secondo la notificazione dell'atto che contiene la nomina medesima.

2. Il termine degli otto giorni decorrerà bensì dalla notificazione della sentenza se questa sia provvisoriamente esecutiva, ma in caso contrario sarà d'uopo rispettare il termine concesso per l'opposizione o l'appello. — *Conformi*: Gargiulo, *Comm.*, p. 677 - Saredo, *Istit.*, n. 496 - Chauveau in Carré, *quest.*, 1175.

256. L'atto con cui si propongono i motivi di ricusazione deve contenere la produzione dei documenti giustificativi, o l'offerta della prova per mezzo di testimoni sui fatti specifici di ricusazione.

Art. 123 c. p. c.

L'atto di ricusazione è notificato anche al perito ricusato.

1. Per poter firmare l'atto di ricusazione del perito, occorre al procuratore il mandato speciale?

Quantunque l'atto di ricusazione debba essere compilato nel modo stesso tracciato dall'art. 123 per la ricusazione dei giudici, pure potrà essere sottoscritto dal procuratore in causa senza bisogno di un mandato speciale. — Saredo, *Istit.*, n. 497 - Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CCCXVIII. — *Contra* Gargiulo, *Comm.* p. 678.

2. Borsari (*Comm. Cod. Sardo*, III, n. CCCXXI) e Saredo (*Istit.*, n. 497), pensano che per ritenere costanti i motivi della ricusazione non sia sufficiente la ammissione della parte contraria, ma sia necessaria l'adesione anche del perito, il quale come interessato evidentemente nella questione può chiedere che sui motivi addotti sia pronunciato, a tutela del proprio onore e del proprio decoro.

3. Mentre l'atto di ricusazione *si comunica in originale* al giudice *a mezzo del cancelliere*, *si notifica in copia* al perito *a mezzo d'uscieri*.

257. La sentenza che ammette la ricusazione nomina altri periti.

Questa sentenza non è appellabile.

1. Quale sarà la procedura da seguire per domandare la ricusazione?

Sulla domanda di ricusazione deve pronunciare non già il presidente o il giudice delegato, ma il collegio; deve quindi proporsi a questo direttamente e non al presidente come prescrive l'art. 121. Non sono richieste le conclusioni del pubblico ministero. — Saredo, *Istit.*, n. 497 - Gargiulo, *Comm.* p. 679 - Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CCCXIX e *Comm. Cod. It.*, I, p. 368.

2. L'attuazione di quanto dispone questo articolo io riterrei dovesse farsi così:

Se chi propone la ricusazione ha d'uopo di far assumere la prova per testimoni, eleverà il relativo incidente davanti al presidente, il quale se l'altra parte non aderisce, destinerà l'udienza del tribunale in cui si discuterà la questione. Quando l'audizione dei testi non sia necessaria o sia stata fatta, si ricorrerà al presidente, giusta l'art. 181, perchè rimetta al tribunale per la decisione sulla ricusazione.

Art. 1451 seg., 1224 seg.
c. c.; 154 seg. c. p. c.

258. Quando la ricusazione sia rigettata, la parte che l'ha proposta è condannata al risarcimento dei danni verso l'altra parte e verso i periti che ne facciano domanda per essere stato leso il loro onore. Nel caso di questa domanda i periti cessano dal loro ufficio.

L'appello dalla sentenza che rigetta la ricusazione deve essere proposto nei giorni quindici dalla notificazione, con citazione a comparire in via sommaria entro un termine non minore di giorni cinque, nè maggiore di quindici.

1. In qual modo il perito dovrà proporre la sua istanza per risarcimento di danni?

Dal tenore del nostro articolo e per analogia dell'art. 127, sembra doversi dedurre che l'indennizzo abbia ad essere attribuito colla stessa sentenza che rigetta la ricusazione, così alla parte che al perito, se questi ne abbia avanzata domanda. Di qui la conseguenza che il perito che pretenda il risarcimento del danno debba proporlo intervenendo nella causa incidentale per ricusazione, della quale è già informato dalla notificazione che gli viene fatta dell'atto che la inizia. Ciò è conforme eziandio al principio della economia dei giudizi, nè può valere a togliere confidenza al perito più di quanto lo possa la istanza stessa per ricusazione fatta in di lui confronto.

Anche il Borsari (*Comm. Cod. Sardo*, III, n. CCCXXIII), Carré e Chauveau (*quest.* 1183) e Thomine (n. 364), insegnano che la istanza del perito deve introdursi in via di incidente. Ritengono invece il contrario: Favard, (t. 4, p. 503), Saredo (*Istit.* n. 498), Mattei (*Annotaz.*), e lo stesso Borsari nel Commento al codice attuale (I, p. 368).

2. Il perito avrà diritto all'indennizzo soltanto allora che il motivo di ricusazione sia tale che, considerato isolatamente dallo scopo, dia occasione al perito stesso di lamentare una diminuzione di fama.

D'ordinario il carattere dell'ingiuria sorge dal modo e deriva dalle parole adoperate, dalle intenzioni attribuite e da circostanze che non si possono determinare *a priori*. — Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CCCXXXIV — Carré e Chauveau, *quest.*, 1182 — Pigeau, t. 1, p. 506 — Thomine, t. 1, p. 516.

259. Dopo la nomina dei periti, il giudice delegato, sull'istanza di una delle parti, premessa la citazione dell'altra e dei periti, riceve il giuramento di questi, e stabilisce il luogo, il giorno e l'ora in cui essi cominceranno le loro operazioni; e, quando ne facciano domanda, determina la somma da depositarsi nella cancelleria anticipatamente per le spese.

Art. 1151 seg., 1224 se
c. c.; 267 e 273 c. p. c.

I periti devono giurare, nella forma stabilita dall'articolo 226, di procedere fedelmente nelle operazioni loro commesse nel solo scopo di far conoscere ai giudici la verità.

1. Colui che è stato nominato perito è libero di accettare o recusare lo incarico affidatogli fino a che non abbia prestato il giuramento, ma una volta che lo abbia prestato, non può rinunziarvi senza esporsi al risarcimento dei danni e delle spese, ammenochè la rinunzia non venga accettata concordemente da tutte le parti.

Il perito che intende far dipendere l'accettazione od esecuzione del suo mandato dalla condizione del deposito preventivo delle spese occorrenti, deve manifestare questa sua volontà ed avanzarne apposita domanda nell'atto in cui si presenta al giudice delegato per la prestazione del giuramento, altrimenti non è più in tempo di convertire in condizionale una accettazione pura e semplice, divenuta irretrattabile per la prestazione del giuramento. — *Appello Lucca*, 12 settembre 1871. *Morandino* *U. cc.* — *Taddei* *U. cc. Legge*, XI, 1043.

2. Vedi art. 233, sent. n. 2.

1. Nel commento all'art. 233 (vedi nota n. 1), contro quanto venne giudicato da sentenza della Corte d'appello di Firenze, io sostenni che il provvedimento che fissa il giorno per l'audizione dei testimoni non è mestieri sia pronunciato in contraddittorio delle parti, e poichè la Corte per interpretare l'art. 233 ricorreva all'art. 217, 222 e 259 che contemplano la fissazione del giorno in cui si dà esecuzione ad altri mezzi di prova, opposti, specialmente riguardo all'art. 259, che la presenza delle parti all'emanazione del provvedimento suddetto avrebbe avuto nel caso della prova peritale alcune particolari ragioni.

A quanto dissi allora aggiungerò qui che nemmeno per la destinazione dell'udienza in cui i periti dovranno prestare giuramento e sentir stabilire il giorno e l'ora in cui dar principio alla loro operazione, è necessario, a mio parere, il contraddittorio di tutte le parti.

Secondo a me sembra, sul ricorso della parte più diligente, il giudice delegato fisserà il giorno per la prestazione del giuramento del perito, e poi la parte che ha ottenuto il provvedimento curerà la citazione dell'avversario e dei periti per l'udienza designata dal giudice. Difatti l'articolo presente

dice: « Il giudice delegato, sull'istanza d'una delle parti, premessa la citazione dell'altra e dei periti, *riceve il giuramento di questi* » e non già *fissa l'udienza per la prestazione del giuramento*. E d'altra parte mi parrebbe una superfluità il contesto anche dei periti per la fissazione della giornata pel giuramento.

È ben vero che l'analogia che la Corte di Firenze vorrebbe trovare tra l'art. 233 e l'art. 259 avrebbe un fondamento in apparenza nel fatto che *per la destinazione del giorno in cui si principierà la perizia* è prescritto il contraddittorio delle parti non solo ma anche dei periti, ma fa d'uopo avvertire che la citazione a sentir emettere il provvedimento tien qui il luogo della notificazione del provvedimento medesimo, che non è imposta dalla legge relativamente alla perizia mentre lo è invece nel caso della prova per testimoni.

Per viemmeglio persuadere che per fissare il giorno in cui ha da seguire il giuramento dei periti non è necessaria la citazione dell'altra parte, gioverà ch'io rammenti le disposizioni in proposito del Codice sardo 1854. L'art. 325 del detto Codice stabilisce che « il giudice commesso, ad istanza della parte più diligente, e previa citazione dell'altra, fissa il luogo, il giorno e l'ora in cui i periti debbono comparire per la prestazione del giuramento ». L'art. 334 soggiunge che « i periti, ove non consentano di presentarsi volontariamente nel giorno ed ora fissati per la prestazione del giuramento, sono citati nel modo e nel termine stabiliti per la citazione dei testimoni ». E l'art. 336 dichiara finalmente che « il processo verbale della prestazione del giuramento deve contenere l'indicazione che i periti debbono fare del luogo, giorno ed ora in cui eseguiranno la loro operazione ».

Nel Codice sardo del 1859, agli art. 325, 334 e 336 del precedente, fu sostituito il solo art. 335, che è del seguente tenore: « Fattasi la nomina dei periti, il giudice commesso, ad istanza della parte diligente, e previa citazione dell'altra e dei periti, riceve il giuramento di questi ultimi e determina il luogo, il giorno e l'ora in cui daranno principio alle loro operazioni ».

Tale modificazione, che passò poi anche nel codice attuale, sta evidentemente ad indicare che si è voluto togliere, come superfluo, il contraddittorio delle parti per la fissazione del giorno del giuramento, limitando l'obbligo della citazione tanto della controparte che dei periti per quest'ultimo giorno soltanto.

2. La presenza delle parti all'atto della prestazione del giuramento è puramente facoltativa. — Saredo, *Istit.*, n. 501 - Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CCCXLI - Gargiulo, *Comm. p.* 683.

3. Quantunque la legge non prescriva la notificazione dell'ordinanza che fissa il giorno della perizia, pure la perizia eretta senza legale notizia del tempo in cui si eseguisce sarebbe nulla. Perciò è a ritenersi necessaria la notificazione del verbale di giuramento che acchiude la determinazione del giudice sul tempo dell'operazione, qualora una delle parti, o veruna di esse vi fosse stata presente. — Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CCCXLII - Carré e Chauveau, *quest.*, 1186 - Favard, *t. 4, p. 703* - Pigeau, *t. 1, p. 374*.

Gargiulo (*Comm. p.* 688) invece, secondo me con maggiore fondamento, è di opinione che se le parti non assistero al giuramento, non vi ha obbligo di citarle pel dì in cui si dà principio alla perizia, come non è prescritta dall'art. 262 la citazione nel caso di proroga. Difatti l'interesse della parte è abbastanza garantito dal disposto dell'art. presente.

4. Se la perizia fu chiesta da una parte, questa dovrà anticiparne le spese, se invece fu ordinata d'ufficio si seguirà il disposto degli art. 267 e 273.

5. Sebbene non sia prescritto dalla legge, Borsari, a ragione, consiglia di notificare al perito l'ordinanza o sentenza della sua nomina prima di citarlo a giurare, affinché conosca quale sia l'incarico a lui affidato.

260. Quando il perito non accetti la nomina, o non comparisca nel giorno e nell'ora indicati per prestare il giuramento, o per eseguire la perizia, è nominato d'ufficio, colle norme stabilite

negli articoli precedenti, un altro perito, se le parti non siansi accordate in questa nomina.

Il perito, che, dopo aver prestato giuramento, non comparisca nel giorno ed ora stabiliti per l'eseguimento della perizia, può essere condannato alle spese ed al risarcimento dei danni.

1. Come si procede per la surrogazione del perito?

Dopo fatta constatare a verbale la assenza del perito e la sua decadenza, proponendo incidente a norma dell'art. 181. Il giudice delegato destinerà l'udienza avanti a sè e si notificherà il decreto all'altro procuratore; se le parti non vanno d'accordo e il perito è nominato d'ufficio, l'ordinanza di nomina è pure notificata all'altra parte. Insorgendo gravi questioni si rimettono al collegio. — Saredo, *Istit.*, n. 501 - Borsari, *Comm.*, I, p. 370 - Mattei, *Annotaz.*

Io non credo adottabile siffatto procedimento.

Dal disposto dell'art. 252 si scorge come il giudice delegato non abbia altro incarico che quello di ricevere il giuramento del perito, e questo prestato, cessa la sua giurisdizione, ciò che è pur confermato dall'ultimo capoverso dell'art. 263 e dall'art. 266. Perciò, dopo constatata l'assenza del perito, si proporrà l'incidente con comparsa e citazione non già davanti al giudice delegato a ricevere il giuramento, ma bensì davanti al presidente.

261. La copia dell'ordinanza o della sentenza, nella parte che determina l'oggetto della perizia, e i documenti necessari, sono consegnati ai periti non più tardi di giorni cinque da quello del giuramento.

262. Le parti possono fare ai periti, nel corso delle loro operazioni, le osservazioni che credano nel proprio interesse, e di queste deve farsi menzione nella relazione.

Non è motivo di nullità della perizia l'omissione dei ricordi delle parti fattane dai periti, purchè a seconda dell'art. 262 ne sia fatta menzione nella relazione. — *Appello Brescia* 28 novembre 1872. *Ferrovia Modena-Mantova—Azzi. Legge*, XIII, n. 25.

263. Quando i periti non possano terminare l'operazione nel giorno indicato, questa è da essi prorogata ad altro giorno ed ora certi, senza bisogno di citazione, nè di notificazione.

Se i periti non possano compiere le loro operazioni nel termine stabilito; possono prima della scadenza domandare una proroga.

La proroga è domandata con ricorso al presidente, il quale, udite le parti, provvede.

1. La concessione di più proroghe fatta dal giudice ai periti, fuori dei casi espressamente contemplati dall'art. 47 c. p. c., importa falsa interpretazione dell'art. 263, capoverso primo, laddove la legge non intese far altro che specificare il modo, con cui l'unica proroga permessa avesse a domandarsi. — *Cass. Torino*, 4 dicembre 1868. *Ponte—Centurione. Bettini*, XX, 958.

2. Disposta una perizia dalla Corte d'appello e per la nomina del perito delegato il presidente del Tribunale, questi su domanda di una delle parti, à facoltà di prorogare il termine assegnato dalla Corte per detta perizia. — *Appello Napoli, 22 luglio 1870. Bosco—Merighini. Gazz. del Proc., 1870, n. 34.*

3. Perchè una seconda proroga sia validamente accordata non basta la domanda dei procuratori, ma si richiede altresì il consenso esplicito delle parti. La disposizione generale dell'art. 47 c. p. c. si applica a tutti i termini prorogabili che occorrono nei giudizi, e in ispecie a quelli relativi alla perizia. — *Appello Torino, 26 aprile 1872. Ferrero—Comune di Cervere. Legge, XII, 635.*

4. Non è motivo di nullità della perizia la mancanza d'indicazione dei giorni precisi in cui i periti eseguirono le operazioni loro affidate, mentre questo articolo non solo accenna a quella indicazione in modo dimostrativo, ma dispensa ancora i periti dal notificarla alle parti non presenti. — *Appello Brescia, 28 novemb. 1872. Ferrovia Modena-Mantova—Azzi. Legge, XIII, n. 25.*

1. Non è a confondere la proroga che gli stessi periti possono fare della continuazione delle operazioni ad altro giorno ed ora certi con quella che sono obbligati a chiedere al *presidente*. La prima sta nel termine fissato ai periti per la presentazione del loro elaborato, la seconda è chiesta quando questo termine sia scaduto; nel primo caso trattasi semplicemente della *proroga dell'operazione*, nel secondo della *proroga del termine*.

2. È al presidente e non al giudice delegato che la proroga del termine deve essere richiesta non entrando la facoltà di accordarla nei poteri di quest'ultimo. — *Conformi: Borsari, Comm., I, p. 371 - Gargiulo, Comm., p. 689.*

Art. 19 § 4 n. 20, 120
§ 8 n. 40 legge sul bollo.

264. I periti fanno una sola relazione, nella quale devono esprimere un solo avviso motivato a pluralità di voti.

In caso di divergenza di opinioni fra i periti si esprimono i motivi delle diverse opinioni, senza indicare il nome dei periti che le hanno espresse.

I periti non possono corredare la loro relazione di piani e tipi, salvo sia stato loro ordinato con l'ordinanza o con la sentenza, o vi sia consenso delle parti.

1. Il perito dissenziente dai suoi colleghi di perizia, deve inserire il suo voto nel rapporto degli altri, non fare una perizia a parte.

Ove esso ciò faccia, non ha diritto a tassazione speciale di variazioni nè ad indennizzo di spese, che senza lo speciale rapporto non sarebbero incontrate. — *Appello di Calabria, 21 ottobre 1867. Noce—Regie Poste. Legge, VIII, 359.*

2. La ritrattazione, sebbene mal motivata, di un perito giudiziale dell'avviso da lui esposto nella perizia, può essere accolta dal giudice e da lui valutata a scemare fede al giudizio peritale, ancorchè dato concordemente da tre periti fra cui quegli che poi si ritrattò.

Il giudice può in tal caso, considerate tutte le circostanze della lite giudicare in senso contrario della giudiziale perizia, anche senza ordinarne una nuova. — *Cass. Firenze, 27 aprile 1868. Scotti—Del Punta. Legge, VIII, 479.*

3. È nulla la perizia giudiziale, in cui ciascuno dei periti emetta una

separata relazione. — *Cass. Torino*, 18 luglio 1868. *Lombardo e Narizzano—Marrè. Bettini*, XX, 736. — *Cass. Torino*, 13 luglio 1866. *Frassinetti—Bozzano. Bettini*, XVIII, 333. — *Appello Cagliari*, 31 ottobre 1866. *Juddas—utrinque. Bettini*, XVIII, 587.

4. Quando il mandato conferito ai periti concerne diverse questioni separate e indipendenti una dall'altra, sebbene la relazione loro debba farsi in un solo atto, è però necessario che sia divisa in tante parti e relazioni quante sono le questioni sulle quali i periti hanno incarico di dire il loro parere. — *Cass. Torino*, 9 giugno 1871. *Mosca e Peraldo—Calderari* *U. cc. Legge*, XI, 952.

Ecco la ragione che dà il Pisanelli della disposizione del primo capoverso di questo articolo: « Il perito ha per ufficio, egli dice, non solo di accertare un fatto materiale, ma (a differenza del testimone) di esprimere il suo giudizio sul fatto medesimo, sulle cause da cui deriva e sulle conseguenze che possa a sua volta produrre. Nelle sue induzioni e deduzioni, il perito svolge quindi un ragionamento fondato sulle regole dell'arte. La vera importanza consiste nella forza delle ragioni addotte dal perito, nella bontà del giudizio da lui espresso, ma non nelle qualità personali del medesimo. E quando si pensi che talvolta la potenza dei nomi è lenocinio per accreditare false opinioni, debesi concludere che giova togliere anche questa specie di seduzione al criterio del giudice ».

265. Quando tutti i periti sappiano scrivere, la relazione deve essere sottoscritta contemporaneamente da tutti i periti, in presenza del cancelliere dell'autorità giudiziaria che ha ordinato la perizia.

Se i periti o alcuno di essi non sappiano scrivere, la relazione è letta dal cancelliere in presenza di tutti i periti, ed è sottoscritta da quelli di essi che sanno scrivere.

Il cancelliere fa risultare di ogni cosa con processo verbale in fine della relazione, la quale rimane depositata nella cancelleria.

1. È nulla la perizia se uno dei periti si rifiuta di sottoscrivere la relazione?

Malgrado che Chauveau (in Carré, *quest.*, 1198 bis), Favard (*t.* 4, p. 705), Boncenne (*n.* 380), Dalloz (*t.* 14, p. 349), Thomine (*n.* 741), insegnino che la perizia è tuttavia valida, pel motivo che la medesima è costituita dal voto della maggioranza, e che altrimenti il rifiuto capriccioso d'un perito sarebbe sufficiente per mandare a vuoto il lavoro degli altri, pure è indubbiamente preferibile la soluzione affermativa, l'opinione di coloro che propongono la nullità. Basterà notare che il rifiuto di apporre la propria firma da parte d'un perito, rendendo come non avvenuta la sua collaborazione e come non espressa la di lui opinione, porta la conseguenza che la perizia sarebbe opera di due periti in luogo di tre. Egli è certo però che il pentimento intempestivo renderà il perito responsabile per le spese ed i danni da esso causati. — *Conformi*: Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CCCLII, e *Comm. Cod. It.*, I, p. 374 - Saredo, *Istit. n.* 507 - Gargiulo, *Comm.*, p. 694 - Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 570.

2. La relazione è nulla se contiene dei vizi così interni (per esempio espressione dei voti, motivazione) che esterni (per esempio mancanza di sottoscrizione); però la nullità non ha luogo se il vizio è riparabile; se non lo è la perizia dovrà rinnovarsi.

Il processo verbale può essere nullo senza intaccare perciò insanabilmente la validità della relazione. Al vizio incorso nel medesimo si rimedia

facendone una nuova compilazione. Se però questa non sia fattibile, ad esempio per la mancanza d'un perito avvenuta nel frattempo, cade anche la perizia. — Borsari, *Comm.*, I, p. 372 - Gargiulo, *Comm.*, p. 694 - Saredo *Istit.*, n. 507 - Mattei, *Annotaz.* - Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CCCLI.

266. Il presidente può ordinare che la relazione dei periti sia ricevuta dal cancelliere della pretura del mandamento in cui la perizia fu eseguita, o di quello della residenza di uno dei periti, e il cancelliere trasmette immediatamente la relazione in originale alla cancelleria dell'autorità giudiziaria che ha ordinata la perizia.

Art. 556 seg. c. p. c.;
378-386 tariffa civile.

267. L'onorario dei periti è tassato dal presidente con ordine di pagamento in margine del processo verbale, e il provvedimento ha forza di sentenza spedita in forma esecutiva contro la parte che ha chiesto la perizia, e, se questa fu ordinata d'ufficio, solidalmente contro tutte le parti interessate.

Parti interessate devonsi intendere quelle sulla cui sorte può influire il giudizio dei periti, e sostengono questioni che sono il soggetto dell'opera di costoro: non quelle semplicemente che sono in causa. La qualificazione adottata dalla legge sarebbe vano pleonismo se non fosse così. — Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CCCLIV - *Comm. Cod. It.*, I, 374.

E di contrario avviso il Saredo, il quale ritiene che parti interessate siano tutte le parti che sono in causa (*Istit.*, n. 508).

268. Il perito che ritarda o ricusa di presentare la relazione nel termine stabilito o prorogato, decade di diritto dalla nomina, e le parti possono chiederne senz'altro la surrogazione, in conformità degli articoli precedenti.

In questo caso il perito non può pretendere alcun onorario o rimborso, ed è tenuto alle spese ed al risarcimento dei danni.

1. La disposizione di legge per cui i periti giudiziali decadono dal loro mandato con lo spirare del termine loro prefisso per la relazione, è applicabile anche qualora la produzione della relazione posteriormente al termine avvenga prima che nessuna delle parti abbia chiesto il decadimento.

Cosiffatta disposizione dev'essere applicata puntualmente senza che sia lecito al giudice d'indagarne i motivi dacchè il suo testo letterale è chiaro e preciso. — *Cass. Torino*, 13 dicembre 1866. *Pozzoli-Fabbri. Bettini*, XVIII, 894 — *Appello Torino*, 26 novembre 1866. *Conelli ll. cc.* — *Bernasconi. Giurisprudenza*, V, 11.

2. I periti che ritardano o ricusano di presentare la relazione nel termine prefisso colla sentenza decadono dalla nomina, ed è nulla la relazione posteriormente depositata; nè per salvare dalla decadenza è attendibile il diverso e più lungo termine stabilito incompetentemente dal giudice delegato a ricevere il giuramento. — *Appello Perugia*, 24 aprile 1867. *Colini-Bellocchi. Annali*, I, 574.

3. La decorrenza del termine segnato al perito pella presentazione della perizia non produce altro effetto che quello di far sorgere nelle parti il diritto di chiedere la surrogazione e di sottoporre il perito decaduto dall'ufficio conferitogli alla perdita dell'onorario ed al rimborso di danni

e spese. Quindi se a cosa tuttavia intiera e prima che le parti siensi valse di questo diritto, la mora è purgata colla presentazione della perizia, la validità sua non può essere altrimenti impugnata. — *Appello Lucca*, 6 marzo 1869. *Gerboni—Caprilli. Annali*, III, 143 — *Appello Torino*, 6 dicembre 1867. *Ambroggio—De Petris-Ferrari. Giurisprudenza*, V, 77.

4. Quando le parti, decorso il periodo di tempo assegnato al perito, ne hanno assistito le operazioni e gli hanno notificato i rilievi, non sono più ammesse ad eccepire la decadenza dal mandato del perito stesso. — *Appello Napoli*, 19 ottobre 1870. *Zir—Flauti. Gazz. del Proc.*, IV, n. 47.

5. Il disposto di questo articolo sancisce facoltà per le parti di restituire in tempo il perito a presentare la perizia, la quale quindi, in tal caso, per ciò solo che non fu presentata nel termine prefisso o prorogato non è nulla. — *Appello Torino*, 19 dicembre 1870. *Bertone—Comune di Beinette. Giurisprudenza*, 1871, n. 8 — *Appello Casale*, 5 giugno 1868. *Nocca—Busca. Bettini*, 1868, 495 — *Appello Napoli*, 25 maggio 1868. *Marco—Maccariello. Temi Zanclea*, 1871, n. 6.

6. Senza una dichiarazione espressa non si applicano al perito surrogante i termini assegnati dall'ordinanza di nomina al perito surrogato. — *Appello Torino*, 27 maggio 1871. *Carelli—Virtù. Legge*, XI, 660.

7. Colui che fu nominato perito è libero di accettare o recusare l'incarico affidatogli fino a che non abbia prestato il giuramento, ma una volta prestatolo non può rinunciarvi senza esporsi al rifacimento di danni e spese.

Il perito che giurò senza prima chiedere deposito delle spese, non può fare del deposito stesso condizione dell'esecuzione del suo mandato che si intende accettato in modo puro e semplice. — *Appello Lucca*, 12 settembre 1871. *Morandino ll. cc.—Taddei ll. cc. Annali*, V, 534.

8. Se il perito ritarda a presentare l'elaborato non è comminata la nullità della perizia, ma è soltanto concessa alle parti la facoltà di chiedere la surrogazione d'altro perito. — *Appello Firenze*, 29 novembre 1871. *De Rumbold—Buffi. Annali*, V, 621.

9. Allora solo il perito può essere dichiarato decaduto dalla nomina, per ritardo oltre il termine a presentare la relazione, quando la parte, prima che sia presentata e notificata la relazione stessa, abbia fatta l'istanza perchè la decadenza sia pronunciata. — *Appello Torino*, 26 aprile 1872. *Ferrero—Comune di Cervere. Legge*, XII, 635.

10. Disponendo questo articolo che il perito il quale ritarda o ricusa di presentare la relazione nel termine stabilito o prorogato, decade di diritto dalla nomina e le parti possono chiederne senz'altro la surrogazione, è errore il sostenere che il perito decaduto possa sempre efficacemente presentare la sua relazione fino a che non sia proposta istanza per la sua surrogazione.

Essendo la decadenza del perito introdotta a beneficio delle parti, queste possono rinunciarvi, e così far rivivere il mandato; ma la rinunzia deve risultare da fatti certi e positivi, i quali non lascino dubbio sulla volontà delle parti stesse. — *Cass. Torino*, 25 luglio 1873. *Banca Nazionale—Santini. Mon. Trib.*, XIV, 793.

11. Il perito che trascura di presentare la perizia nel termine assegnatogli decade di diritto dalla nomina, specialmente poi se una delle parti, decorso il termine, e prima del deposito della perizia ha provocato la dichiarazione di decadenza e la nomina di altro perito. — *Cass. Napoli*, 27 agosto 1873. *Desiderio—Longobardi. Annali*, VII, 431.

12. La facoltà di accordare una dilazione di tempo indeterminato al perito per la presentazione della sua perizia è connaturale alle parti, ed

anzi le dilazioni che dalle medesime si concedono stragiudizialmente, come quelle che si appoggiano sulla fiducia personale e sulla discrezione del perito, possono non venire circoscritte da alcun limite.

Ammesso in fatto che prima della scadenza del termine concesso al perito per la presentazione della sua perizia, le parti abbiano accordato al medesimo una proroga, ne consegue che non si verifica la decadenza di cui all'art. 268, e che la relazione dal medesimo depositata dopo la scadenza del termine assegnatogli dal giudice, è ammissibile ed attendibile in giudizio.

La sanzione penale espressa nell'art. 268 è stata dal legislatore comminata nell'interesse esclusivo dei litiganti, e le parti possono tanto espressamente che tacitamente rinunciare al diritto di chiedere la surroga di un secondo perito accettando la relazione del primo, sebbene prodotta fuori del termine. — *Appello Bologna, 17 febbraio 1874. Santini—Banca Nazionale. Gior. dei Trib., III, n. 84 — Cass. Torino, 2 giugno 1875. Id.—Id. Gior. dei Trib., IV, n. 177.*

13. Il termine pel deposito della relazione della perizia non è stabilito a pena di nullità. Epperò la relazione può depositarsi dopo la scadenza del termine prefisso, ma prima che da una delle parti si sia promossa istanza per la sostituzione di altri periti. — *Cass. Napoli, 21 gennaio 1875, Maccariello—De Marco. Legge, XV, 273.*

14. Questo articolo non dichiara nulla la relazione di perizia presentata dopo la scadenza del termine, ma dà solamente facoltà alle parti di chiedere senz'altro la surrogazione del perito.

Il giorno del prestato giuramento, e non già il giorno della nomina, è quello che segna pel perito il punto di partenza del termine per presentare la sua relazione, trascorso il quale inutilmente, si fa luogo all'applicazione di questo articolo. — *Cass. Torino, 24 febbraio 1875. Comune di Trana—Dallosta. Mon. Trib., XVI, 524.*

15. Avanzata dai periti la domanda di proroga per depositare il rapporto, e prodottasi dalla parte avversaria la domanda di decadenza, non è nulla la perizia depositata prima di provvedere sopra tale domanda. — *Cass. Napoli, 1 aprile 1875. Chirotti—Gallucci. Gior. dei Trib., IV, n. 103.*

1. Da qual giorno incomincia a decorrere pel perito il termine entro il quale egli deve presentare la sua relazione?

Certamente dal giorno in cui ha prestato giuramento. Infatti è nel momento in cui viene chiamato a giurare che il perito viene a conoscere la propria nomina ed è solamente col fatto del giuramento che egli contrae il vincolo giuridico, si obbliga ad esaurire il mandato affidatogli, che fino allora poteva senza conseguenze rinunciare. Inoltre dipende dalla diligenza delle parti il far fissare il dì del giuramento del perito, dopo il quale soltanto il giudice stabilisce quando debbano aver principio le operazioni peritali. Il *dies a quo* è perciò affatto incerto fino alla prestazione del giuramento. Finalmente è dal giorno del giuramento che incomincia a decorrere il termine di 5 giorni per consegnare al perito i documenti necessari ond'egli possa incominciare il proprio lavoro, giusta il disposto dall'art. 261.

2. Qual'è l'interpretazione che convien dare alla frase « il perito decade di diritto dalla nomina », e quale l'effetto di tale decadenza?

Vedemmo come nella giurisprudenza siavi disformità su tale questione, poichè mentre da un lato (vedi sent. 3, 4, 5, 8, 9, 11, 12, 14, 15) fu deciso che la perizia presentata dopo decorso il termine prefisso è nulla, quantunque la presentazione sia fatta prima che alcuna delle parti abbia chiesta la surrogazione del perito, dall'altro (vedi sentenza n. 10) fu giudicato che la perizia non è nulla, ancorchè presentata dopo la scadenza del termine, quando nessuna delle parti domandi la decadenza del primo perito e la surroga-

zione del secondo avanti il deposito della relazione. Fu specialmente la Corte Suprema di Torino che sostiene la soluzione più rigorosa, quantunque nelle due sentenze ai numeri 14 e 16 sembri che recentemente siasi allontanata dal sentiero dapprima battuto.

Si disse in appoggio della tesi più severa che ritenendosi incorsa la decadenza pel solo lasso del termine, ne segue che quegli che prima rivestiva la qualità di perito non può più dopo compiuto quel termine considerarsi come tale; la sua nomina deve ritenersi come non avvenuta, e cessato il mandato, il suo giudizio non può più reputarsi come una relazione peritale, rivestirne i caratteri e sortirne gli effetti. Di più, non è soltanto il desiderio di trovar modo di obbligare i periti ad essere solleciti nella loro missione il motivo che determinò la prescrizione di questo articolo, ma altre considerazioni poterono suggerirla al legislatore, e tra queste il timore che i periti potendo, coll'andar del tempo, perdere di vista le nozioni che ebbero a raccogliere nelle loro operazioni, pronuncino senza una piena conoscenza del fatto.

Codesti argomenti però non mi sembrano così forti da meritare la prevalenza in confronto di quelli che si possono addurre in favore dell'opinione opposta.

Infatti, ammette la stessa Corte di cassazione di Torino (vedi sent. n. 14) ed è assolutamente innegabile, che l'articolo presente non sancisce la nullità della perizia per la tardiva sua presentazione, ma autorizza solamente le parti a chiederne la surrogazione. L'art. 56 è quindi di ostacolo a che si possa pronunciare la nullità che non è espressamente dalla legge dichiarata.

Si dice però che la nullità della perizia deriva dalla decadenza del perito dalla nomina, decadenza che è dalla legge dichiarata *di diritto*. Così ragionando si dà alla espressione « di diritto » usata dal legislatore un significato troppo esteso: il confronto del codice attuale coi precedenti sardi ce lo dimostra in modo evidente.

All'art. 345 del Codice sardo 1854 era detto che « il perito o periti che ritardano o rifiutano di presentare la loro relazione siano citati a comparire davanti al tribunale, dal quale, se non giustificano un legittimo impedimento, saranno dichiarati tenuti a compiere il loro ufficio nel termine da designarsi, e condannati alle spese frustanee e, se vi ha luogo, al risarcimento dei danni. Trascorso il nuovo termine, saranno condannati all'ammenda di lire cinque per ogni giorno di ritardo, e alle spese e danni ulteriori. Sopra questo incidente si provvede in via sommaria ».

Il Codice del 1859 surrogò questo articolo coll'art. 353 che era del seguente tenore: « Il perito o periti che ritardano o rifiutano di presentare la loro relazione nel termine prefisso, o per giuste cause prorogato, *s'intenderanno decaduti dalla loro nomina pel solo trascorso del termine*, e si provvederà senz'altro alla loro surrogazione ».

Il nostro articolo è nella sostanza conforme a quest'ultimo. Colla modificazione recata al codice del 1854 si è mirato solamente a togliere il bisogno della dichiarazione giudiziale della decadenza, e la frase « di diritto » corrisponde perciò manifestamente all'altra: « senz'uopo di giudiziale dichiarazione », ma non ha punto il senso che gli oppositori vi attribuiscono per concludere alla irreparabilità della decadenza incorsa pel lasso del termine.

Se fosse vero che, scorso il termine, il perito si intende privato del proprio mandato, il legislatore non avrebbe già dichiarato che le parti *possono* chiederne la surrogazione, ma logicamente avrebbe detto che esse *debbono* dimandarla. Se è in facoltà delle parti procedere alla surrogazione, è rimessa nel loro arbitrio la decadenza di fatto del perito negligente, dimodochè se le parti stesse non si prevalgono della loro facoltà, e col silenzio facendo credere di consentire implicitamente alla proroga, o di condonare al perito la mora, lasciano che esso, *re adhuc integra*, e prima della domanda di surroga, presenti la sua relazione, questa è a ritenersi valida come se una proroga fosse stata dalle parti d'accordo concessa.

La stessa Corte di cassazione di Torino ha riconosciuto nella decisione al n. 12 che « la legge colla disposizione di questo articolo ha senza fallo inteso di provvedere allo interesse delle parti litiganti cui preme di otte-

nere pronto compimento di giustizia e che la definizione della loro controversia non venga oltre il dovuto procrastinata e sospesa per l'incuria del perito nel compiere il mandato affidatogli ». Or non sarebbe egli contrario allo spirito della legge e palesamente contraddittorio, una volta compita e presentata la perizia, volersi giovare della decadenza del perito, al fine di provvedere alla maggiore sollecitudine del procedimento, di cui, si noti, le parti stesse mostraronsi non curanti, ed aprire nel tempo stesso l'adito ad indugi ulteriori? Finalmente sarebbe cosa affatto inonestà e seconderebbe troppo la mala fede il permettere che le parti potessero attendere l'esibizione della perizia per determinarsi, secondo i risultati di essa, ad impugnarla.

269. Quando l'autorità giudiziaria non trovi nella relazione elementi sufficienti per la decisione della causa, può ordinare ai periti di dare anche oralmente all'udienza schiarimenti ulteriori, ovvero ordinare una nuova perizia da eseguirsi da uno o più periti nominati d'ufficio. I nuovi periti possono richiedere ai primi le spiegazioni che stimino convenienti.

1. Il giudice può richiedere dai periti, anche oralmente, degli schiarimenti ed ordinare altresì nuova perizia, ma non può interpellarli per dedurne, se il caso domandi, nuovi provvedimenti per *supplemento di perizia*. — *Cass. Torino, 13 aprile 1867. Isola—Comune di Oleggio. Legge, VII, 1101.*

2. Il solo errore di fatto che si opponga da una perizia stragiudiziale alla perizia giudiziale può autorizzare il giudice ad ordinare una nuova perizia, non già il parere spiegato dal perito stragiudiziale contrario a quello del perito giudiziale. Perciò se il perito stragiudiziale riconosca e descriva in egual modo che il perito giudiziale una casa, ma solo esprima il parere che essa sia divisibile fra i comproprietari quando il giudiziale avea detto l'opposto, non per questo può ritenersi il giudice autorizzato e molto meno obbligato ad ordinare altra perizia. — *Cass. Firenze, 4 luglio 1867. Vespignani—Ramirez. Bettini, XIX, 477.*

3. Non puossi annullare recisamente dallo stesso giudice una perizia da lui ordinata, per il motivo che i periti non siansi appieno conformati alle norme loro date dalla sentenza, anzichè divenire a quegli spedienti che per tal caso determina l'articolo presente, e che riescono necessari alla prosecuzione del giudizio. — *Cass. Torino, 24 agosto 1867. Catrani—Buffalini. Legge, VII, 1030.*

4. Il decidere se la relazione di un perito contenga gli elementi necessari a illuminare i giudici, o se sia mestieri domandare nuovi schiarimenti ai periti, od ordinare altra perizia è questione di fatto di cui spetta esclusivamente ai giudici stessi la soluzione. — *Cass. Torino, 19 maggio 1870. Artuffo—Fassano. Legge, X, 654.*

5. Spetta al giudice del merito di decidere, con giudizio incensurabile in cassazione, se debba o no procedersi ad una seconda perizia. — *Cass. Napoli, 28 novembre 1871. Bove—Federico. Legge, XII, 101.*

1. « Può avvenire che la relazione sia in qualche parte oscura od incompleta. Stabilire in tal caso che non siavi altro mezzo fuorchè quello di annullare la perizia e di ordinarne un'altra sarebbe uno spedito dannoso sotto due rapporti: cioè per le spese che cagiona alle parti, per la nomina di altri periti stranieri alle cognizioni già acquistate. Una via più semplice adottò il Codice ginevrino, e dopo di esso il Codice sardo che fu in tal parte

seguito dal progetto. Se il giudice non trova nella relazione indagini sufficienti per la decisione della causa, potrà richiedere i periti di dare anche verbalmente all'udienza ulteriori schiarimenti sui punti non dilucidati. È un metodo che compie ciò che resta a desiderarsi nel processo scritto e ne ripara gli inconvenienti..... Però quando fossero troppo gravi i difetti della relazione potrà il giudice ordinare una nuova perizia da eseguirsi da uno o più periti nominati d'ufficio ». — *Relazione Pisanelli*.

2. In generale si ammette che, il legislatore non abbia voluto proibire alle parti di chiedere una nuova perizia nel caso previsto dall'articolo presente, e ciò perchè se il tribunale è investito del diritto d'ordinare una contro perizia d'ufficio, cioè senza che le parti la domandino, deve potere a più forte ragione ordinarla, quando la domanda gli è stata fatta. — Carré, III *quest.* 1214 — Châveau in Carré, *ib.* — Delaporte I, 308 — Dalloz, t. 14, p. 355, n. 2 — Favard, t. 4, p. 707, n. 1 — Boncenne, n. 381 — Gargiulo, *Comm.*, p. 699 — Borsari, *Comm. Cod. It. I*, p. 376 e *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CCCLIX.

3. Ammesso però che si possa anche ad istanza delle parti ordinare una seconda perizia o provvedere perchè i periti chiariscano i dubbi sorti sul loro elaborato, resta la questione se la parte che intende promuovere tali istanze debba o possa farlo col rito incidentale.

Non ho veduto in alcun autore svolto l'argomento, io credo però che sia bensì concesso alle parti di porre sott'occhio al giudice tutti quelli argomenti che credono lo debbano persuadere ad ordinare nuova perizia o chiedere schiarimenti su quella che fu eseguita, e possano anzi formulare in tal senso specifica conclusione, ma che non sia lecito però di sollevare in proposito uno speciale incidente.

Dal tenore del presente articolo rilevasi infatti che è il giudice il quale, vistane la necessità, può, per pronunciare con perfetta cognizione di causa, dare i provvedimenti nel medesimo accennati. Egli anzi nomina d'ufficio i periti in quel numero che crede più conveniente.

Sebbene pertanto non si possa negare alle parti di formulare una specifica domanda per ottenere che il giudice si valga della facoltà concessagli da questo articolo ed in caso diverso ne esprima il motivo, pure tutto è rimesso al suo prudente arbitrio. Difatti non si trova alcun cenno del nuovo incidente. Inoltre non può essere che dopo che la causa, pienamente istruita, sarà portata all'udienza che il giudice potrà vedere se dalla prima perizia gli è dato di trarre quelle cognizioni che gli occorrono per pronunciare un retto giudizio.

Da una discussione incidentale per sua natura limitata e ristretta non può il giudice formarsi il concetto chiaro e preciso della necessità o meno della seconda perizia, la quale deve pure essere ammessa in casi assai rari e quando ve ne sia la evidente opportunità e convenienza. L'analisi che le parti dovranno fare sulla prima perizia per dimostrarne i vizi, se è possibile ed ammissibile, allorchando si discute sul merito della causa, non lo è all'invece fino a che dura lo stadio istruttorio, che può ancora portare sulla perizia quella luce e quel complemento del quale parve dapprima avesse bisogno.

Se ciò è vero rispetto alla facoltà di proporre una nuova perizia col rito incidentale, vale ancor più riguardo agli schiarimenti che sulla perizia dovessero recare gli stessi esperti che l'hanno redatta.

Perchè il giudice scorga la necessità di tali schiarimenti è viemmaggiormente indispensabile che egli abbia avuto piena cognizione della controversia. Una dilucidazione, specialmente in pubblica udienza, nel confronto dei periti ed alla presenza delle parti, riescirà utile senza dubbio quando il giudice trovisi in uno stato d'animo già disposto ad apprezzare il voto dei periti medesimi per uno studio maturo e profondo fatto sul processo; non potrà invece avere verun risultato o ne avrà uno ben minore quando sia data in un momento in cui la causa non ha per anco ricevuto tutto il suo sviluppo.

Notisi poi che tanto meno deve essere permesso ad alcuna delle parti di promuovere un incidente per ottenere dai periti degli schiarimenti, poichè per l'art. 262 era lasciata ad esse facoltà di intervenire alle operazioni dei periti e fare ai medesimi tutte quelle osservazioni che avessero creduto del

proprio interesse, allo scopo ben anche che le questioni loro formulate e sottoposte fossero risolte in modo chiaro e completo.

Se la parte non s'è prevalsa di questo diritto non le può essere concesso di prolungare il corso della causa, con un novello incidente e qualora creda che la perizia sia oscura ed incerta dovrà dichiararlo ai giudici nella discussione orale e chiedere che, ove lo ritengano necessario, riassumano in esame i periti per avere dalla loro voce schiarimenti sui punti ancora in questione.

Così limitata la facoltà delle parti mi sembra non si possa ragionevolmente negare; intesa altrimenti contrasta allo spirito della legge ed è inammissibile, giacchè porterebbe a confondere l'istituto processuale contemplato dall'art. 269 colla *perizia* disciplinata negli articoli precedenti, mentre ne diversifica per l'indole, poichè non ha altro scopo che di spiegare il responso dei periti, o di controllarlo con una nuova perizia, per la fonte da cui emana il provvedimento stando esso assolutamente nell'arbitrio del giudice, per lo stadio in cui il provvedimento, stesso può aver luogo, e finalmente per le modalità del procedimento, potendo i periti chiamarsi anche all'udienza a dare gli schiarimenti necessari ed essendo esclusivamente al giudice demandata la nomina dei periti.

Il passo della *Relazione* Pisanelli che ho più sopra riferito comprova mirabilmente che cotesta interpretazione è l'unica vera. « È un metodo, dice il ministro, che compie ciò che resta a desiderarsi nel processo scritto e ne ripara gli inconvenienti ». Dunque, allorquando si può applicare il disposto dall'art. 269 il processo scritto è chiuso, non siamo più nello stadio istruttorio della lite, ma si è giunti alla discussione orale del merito.

270. L'avviso dei periti non vincola l'autorità giudiziaria, la quale deve pronunciare secondo la propria convinzione.

1. Il magistrato ordinando una perizia perchè il perito, tenendo presenti i titoli, gli spianasse la via alla decisione della controversia, non è obbligato ad adottarne il parere che trovi dai titoli stessi contraddetto. Nè, chiarita la causa dall'esame dei medesimi, è obbligato a ricorrere ad altre interlocuzioni, per dispendiare le parti e mandare in lungo la definizione della lite. — *Cass. Napoli, 9 giugno 1868.* — In Gargiulo, *Comm. p.* 702.

2. L'avviso dei periti non vincola mai i giudici come quelli che devono pronunciare secondo la propria convinzione, e che quindi non sono tenuti a seguirlo quando non lo trovino esatto in punto di fatto o altrimenti non convincente. — *Cass. Torino, 11 maggio 1872. Levi—Riunione Adriatica di Sicurtà. Bettini, XXIV, 304.*

3. Secondo questo articolo l'avviso dei periti non vincola l'autorità giudiziaria, la quale deve attendere sovra ogni cosa alla verità e desumerla dalla scienza e dalla ragione dei fatti, senza tenersi vincolata da una perizia che siasi allontanata dai principii scientifici conosciuti e conformi alla ragione della legge. — *Cass. Torino, 13 ottobre 1873. Legge, XIV, 6.*

1. Il principio sancito dal presente articolo non può certamente intendersi in modo assoluto, così che in ogni caso sia lecito al giudice di prescindere dalle conclusioni messegli innanzi dai periti. V'hanno dei casi in cui il legislatore stesso prescrive che il giudice per risolverli debba valersi della prova peritale; in questi è naturale che egli dovrà fondare la propria decisione sopra una perizia, e perciò ove non credesse di adottare il risultato di una prima perizia sarà obbligato ad esporne le ragioni e poi ordinarne una seconda. — *Conformi: Borsari, Comm. I, p. 378 - Gargiulo. Comm. p. 700 - Saredo, Istit., n. 515.*

2. È pure ovvio che, ordinata una perizia, il giudice non potrà decidere la lite senza aver prima presa in considerazione la relazione dei periti. — Borsari, Gargiulo e Saredo *ib.* - Chauveau in Carré, *quest.* 1220 *bis*.

§ V.

Dell'accesso giudiziale.

271. Quando l'autorità giudiziaria creda necessaria l'ispezione del luogo o della cosa controversa per mezzo di uno dei giudici, può ordinare l'accesso anche d'ufficio.

Siavi o non istanza di parti, di alcuna o di tutte le medesime, l'autorità giudiziaria non può ordinare l'ispezione del luogo controverso se non quando la creda necessaria. Non deve dipendere dal desiderio delle parti l'obbligare il giudice a recarsi sul luogo della controversia, se egli crede che possa bastare una perizia.

Quanto al modo di procedere all'ispezione giudiziale si presentavano due sistemi: quello di richiedere l'intervento dell'intero collegio, quello di commetterlo ad un giudice delegato.

Siccome l'ispezione locale è precipuamente ordinata a far giungere direttamente il vero al magistrato, così non si può contrastare che il primo sistema risponde meglio all'intento. Ma gravi difficoltà si opponevano alla adozione di tale sistema, tenuto conto della distanza dei luoghi da ispezionarsi e delle ingenti spese che l'intervento dell'intero collegio avrebbe cagionato alle parti. Fu pertanto stabilito che l'ispezione fosse delegata ad uno dei giudici. L'impressione da questo ricevuta nella visita del luogo, la sua parola imparziale nel sottoporre al collegio lo stato del medesimo, gli schiarimenti che può fornire su tutte le circostanze particolari che sono connesse alla controversia suppliranno in gran parte al difetto dell'intervento dell'intero collegio. — *Relazione Pisanelli.*

272. L'ordinanza o la sentenza, che ordina l'accesso, ne determina l'oggetto, e delega il giudice che deve eseguirlo.

Art. 235 seg. c. I
203 reg. giud.

Quando l'ispezione debba farsi coll'assistenza dei periti, questi sono nominati in conformità del paragrafo precedente.

1. Lo scopo che si mira a raggiungere coll'accesso giudiziale, quello di procurare che il giudice rilevi coi propri occhi quelle nozioni di fatto che la relazione degli esperti difficilmente gli fornirebbe in modo esatto e completo, ci deve persuadere che l'assunzione di codesta specie di prova non può essere delegata ad un giudice che non possa aver parte nella decisione della controversia, perchè estraneo alla sezione giudicante. Se poi questa considerazione non fosse sufficiente, il divieto della delegazione dovrebbe trarsi, pel disposto dall'art. 68 c. p. c., dal non averla il legislatore ammessa espressamente nel caso attuale, mentre la prevede in molti altri.

Nemmeno può essere concesso al giudice di eseguire la visita sul luogo della contestazione, quando questo si trovi fuori della di lui giurisdizione. E perciò è a concludersi che l'accesso giudiziale non è possibile se non nel territorio soggetto alla giurisdizione del giudice che conosce della causa. — *Conformi:* Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CCCLXXII e seg. e *Comm. Cod. It.*, I, p. 382 - Gargiulo, *Comm.*, p. 706 - Saredo, *Istit.*, n. 515 - Mattei, *Annotaz.*

2. Tra i giudici del collegio quale può essere incaricato dell'accesso?

Così pel Codice francese come pel sardo 1854 il giudice da destinarsi doveva aver preso parte alla sentenza che avea ordinata la visita. Il Codice sardo 1859 non contiene tale disposizione ed all'art. 360 prescrive solamente che « la sentenza o provvedimento che ammette la visita giudiziale, ne determina l'oggetto e commette ad eseguirla uno dei giudici del tribunale, e nel caso debba questi surrogarsi, vi provvederà il presidente del tribunale e il giudice commesso ».

Attualmente provvede al caso l'art. 203 del reg. gen. giud., dal quale si apprende che se l'accesso fu ammesso per accordo delle parti ne spetta l'esecuzione al giudice stesso che l'ha accordato, o se lo fu dal presidente, al giudice che venga da esso appositamente delegato. Se poi l'ammissione ha luogo per sentenza, la delegazione del tribunale è fatta nella persona del giudice relatore, o, in caso di mancanza o di impedimento di esso, in persona del giudice stato incaricato di compilare la sentenza a termini dell'art. 359 cod. proc. civ.

3. Per l'indole di questa prova che fu così bene tratteggiata dal brano surriferito della *Relazione* Pisanelli, credo si possa concludere che il giudice il quale ha compiuto l'accesso debba necessariamente far parte del consesso che deciderà della lite cui si riferisce. Il processo verbale dell'operazione, steso per riferire la discussione che nel corso della medesima ebbe luogo ed attestare lo adempimento delle pratiche dalla legge prescritte, non può surrogare in verun modo gli schiarimenti che per le impressioni ricevute, può dare al collegio, oralmente, il giudice procedente e senza i quali perciò l'accesso dovrebbe ritenersi come non avvenuto.

È ben vero che la nullità della sentenza non fu pronunciata espressamente dal legislatore. Ma come potrebbe riconoscersi valida una decisione, che fu emanata senza tenere il voluto calcolo della visita locale che pure la stessa autorità giudiziaria dichiarò necessaria per la soluzione del litigio? — *Conforme*: Saredo, *Istit.* n. 515 — *Contra*: Mattei, *Annotaz.*, e Chauveau in Carré, *quest.*, 1145 bis, i quali citano una decisione della cassazione in data 2 gennaio 1834 che non ammise la nullità.

4. Da questo articolo si rileva che l'accesso può essere ammesso anche mediante ordinanza del presidente in caso di accordo delle parti. Ciò contraddirebbe in apparenza la dichiarazione fatta dal Pisanelli nella sua *Relazione* che « non deve dipendere dal desiderio delle parti l'obbligare il giudice a recarsi sul luogo della controversia, se egli crede che possa bastare una perizia ». Senonchè io penso che il presidente abbia facoltà di prendere in esame la domanda della visita giudiziale sebbene non opposta da alcuna delle parti e rifiutarne l'ammissione se non gli sembri necessaria, rimettendo le parti al collegio per la soluzione della questione.

Anche il Borsari nel *Comm. al Cod. Sardo* (III, n. CCCLXVIII) è d'avviso che *al tribunale non sia tolta la facoltà, che è nei suoi generali attributi, di giudicare il diritto, sopra ed oltre il placito dei litiganti.*

273. Le spese dell'accesso debbono anticiparsi e depositarsi nella cancelleria dalla parte che ne ha fatto la domanda, nella somma stabilita dal giudice delegato.

Quando l'accesso sia domandato da ambedue le parti od ordinato d'ufficio, l'anticipazione e il deposito delle spese sono fatti per porzioni eguali, salvo che siasi altrimenti concordato tra le parti, o stabilito dall'autorità giudiziaria.

1. Opina il Borsari che le spese dell'accesso debbano anticiparsi dalla parte che fa istanza perchè sia eseguito (*Comm.*, I, p. 384).

A tale interpretazione dell'articolo contrasta il seguente passo della *Relazione* Pisanelli: « Dall'intero contesto della riferita disposizione viene escluso il dubbio elevatosi nella giurisprudenza francese, e diversamente risoluto dalla dottrina degli scrittori, se come *parte richiedente* dovesse rite-

nersi quella che domandò l'ispezione giudiziale, o quella che ne promuove soltanto l'esecuzione. La prima e non la seconda è tenuta ad anticipare le spese del procedimento ordinato sulla sua istanza ». — *Conformi*: Mattei, *Annotaz.* - Saredo, *Istit. n.* 518 - Gargiulo, *Comm.*, p. 708, e lo stesso Borsari nel *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CCCLXXXI.

2. La parte che fa istanza per la destinazione del giorno in cui deve avvenire l'accesso, costretta ad anticipare le spese dell'accesso, potrà farsele rimborsare da quella che fece istanza per la prova?

Borsari (*Comm. I*, p. 384) e Gargiulo (*Comm. p.* 709) non credono dovuto il rimborso se non a causa finita e vinta col diritto delle spese nel caso in cui l'accesso sia chiesto dalla parte, ammettono il diritto al rimborso nel caso che l'accesso sia ordinato d'ufficio o dietro l'accordo di tutte le parti. (*Comm.*, I, p. 384).

Saredo invece dichiara in termini generali che se la parte cui tocca anticipare le spese non lo fa, può anticiparle in sua vece ogni altra parte con diritto a rimborso. (*Istit. n.* 518).

Ed a vero dire l'art. 208 del reg. gen. giud. non fa alcuna distinzione poichè è così concepito: « Se, nel caso previsto dall'art. 273 c. p. c., la parte cui incombe, non faccia il prescritto deposito delle spese, l'anticipazione ne può essere fatta da qualunque altra parte interessata, salva ragione ad esserne rimborsata ».

Ritengo quindi che anche nel caso in cui le spese di lite siano compensate, la parte che ha anticipate le spese abbia diritto di farsele rimborsare dall'avversaria, spettandone ad essa il deposito.

274. Sull'istanza di una delle parti il giudice delegato stabilisce il luogo, il giorno, e l'ora dell'accesso.

Quando l'accesso debba farsi coll'assistenza dei periti, il giudice delegato, sull'istanza della detta parte, fa citare i periti, che abbiano accettata la nomina, a comparire sul luogo.

1. Può il giudice rifiutarsi di decidere definitivamente una lite se prima non sia dato corso ad un accesso da lui ordinato e dalle parti d'accordo rinunciato?

No di certo: il giudice deve sentenziare sugli elementi che sono raccolti nel processo: sarà peggio per le parti se preferiscono una sentenza erronea, anzichè una sentenza illuminata dall'ispezione dei luoghi. — *Conformi*: Borsari, *Comm.*, I, p. 386 - Gargiulo, *Comm.*, p. 710 - Saredo, *Istit. n.* 519. — *Contra*: Chauveau in Carré, *quest.* 1148 bis - Favard, t. 2, p. 77.

2. Oltre ai periti debbono essere citati i procuratori delle parti o queste se siano contumaci. — Borsari, *Comm.*, p. 386 - Mattei, *Annotaz.* - Saredo, *Istit.*, n. 319 - Gargiulo, *Comm.*, p. 710.

275. Il giudice nel giorno stabilito, siano o no presenti le parti o i loro procuratori, procede all'ispezione ordinata, e può fare d'ufficio, o a richiesta delle parti, altre ispezioni utili allo schiarimento della controversia, e dà i provvedimenti di urgenza.

Finchè dura il corso della visita non può contendersi il diritto di dedurre quei fatti di cui nel proprio interesse una delle parti stimi opportuna ed utile la verificaione.

La regola *post didicita et testificata* non ha al di d'oggi più la stessa importanza, ed anzi non può ricevere la sua applicazione nel caso in cui occorra di verificare fatti nel corso della visita giudiziale. — *Appello Genova*, 11 gennaio 1864. Boero—Burlando. *Gazz. dei Trib.*, 1864. 241.

Art. 226, 259, 264-266
c. p. c.

276. Quando il giudice proceda coll'assistenza dei periti, questi prestano giuramento sul luogo stesso dell'accesso. Per il giuramento e per la relazione si osserva quanto è stabilito nel paragrafo precedente.

La relazione deve presentarsi, se sia possibile, nel luogo dell'accesso; in difetto il giudice stabilisce il giorno e l'ora della presentazione. Egli può delegare per riceverla il cancelliere della pretura, il quale la trasmette immediatamente per originale alla cancelleria dell'autorità giudiziaria che ordinò l'accesso.

La relazione è annessa al processo verbale dell'accesso.

277. Il giudice delegato può d'ufficio o sull'istanza delle parti ordinare la formazione d'un tipo del luogo controverso, oppure la verificaione di quelli già prodotti in causa.

Il giudice affida questa operazione ai periti stessi o ad un altro da lui nominato, se le parti non si accordino per la nomina.

Art. 236, 237, 241-244
c. p. c.

278. Quando nel corso dell'accesso si debba provare qualche fatto che il giudice riconosca pertinente, egli può sentire i testimoni che siano presentati sul luogo, conformandosi per l'esame alle regole stabilite nel paragrafo 3 di questa sezione.

1. Quali regole dovrà il giudice osservare nell'esame dei testimoni durante l'accesso giudiziale?

Non certamente tutte quelle stabilite nel § 3, sez. IV c. p. c., poichè sarebbe impossibile, ma quelle soltanto che sono compatibili colla natura dell'operazione che gli è commessa. — Saredo, *Istit. n. 521* - Borsari, *Comm. I, p. 388* - Gargiulo, *Comm., p. 713* - Mattei, *Annotaz.*

2. Il giudice dell'accesso non può estendere le sue domande e le sue indagini oltre il materiale a cui la sua ispezione si circoscrive, e l'esame dei testimoni che si assume sulla faccia del luogo, non essendo che un accessorio della visita locale potrà ripetersi colle regole generali ed in modo formale dopo l'accesso. — Borsari e Gargiulo, *loc. cit.*

279. Quando l'accesso non possa compiersi in un solo giorno, il giudice lo proroga ad altro giorno ed ora fissi, senza bisogno di citazione nè di notificazione.

Ordinatosi dal giudice l'accesso sul luogo con periti e testimoni, e fissatosi il giorno, se, di consenso delle parti, la perizia fu prorogata ad altro giorno, non è necessario di ciò notificare a chi si tenne contumace. — *Cass. Napoli, 7 maggio 1868. Pelliccia—D'Ambrosio. Gazz. dei Trib., 1868, 609.*

280. I documenti presentati durante l'accesso sono menzionati nel processo verbale, e restituiti alle parti per essere prodotti in causa, salvo che il giudice ne ordini, anche d'ufficio, l'immediato deposito presso il cancelliere.

281. Il processo verbale fa risultare di ogni cosa relativa all'accesso.

È sottoscritto dalle parti, se presenti, dai procuratori intervenuti, dai periti, dal giudice e dal cancelliere.

Quando l'accesso sia fatto ad intervalli il processo verbale è sottoscritto ad ogni interruzione.

Il processo verbale che chiude l'accesso indica i giorni impiegati nel medesimo.

Se nel precesso verbale di un accesso giudiziale si ometta la descrizione dei luoghi ispezionati, con avvertenza che il giudice, consenzienti le parti, ha dovuto accordare ai periti un più lungo termine per fare la occorrente perizia e presentare la relazione, non per questo si può impugnare per nullità il processo verbale anzidetto.

Quando l'accesso giudiziale fu sospeso momentaneamente, non è luogo alla chiusura del verbale, per poi riaprirlo al momento in cui le operazioni dell'accesso vengano riassunte. — *Cass. Firenze, 20 marzo 1871. Lupi—Gasperi. Bettini, XXIII, 206.*

La sola mancanza delle firme del giudice e del cancelliere porta la nullità del verbale. — *Borsari, Comm. I, p. 389 - Gargiulo, Comm., p. 715.*

§ VI.

Della verificaione delle scritture.

282. La domanda per ricognizione o verificaione di una scrittura privata può proporsi in giudizio, sia che la domanda formi l'oggetto principale del giudizio stesso, sia che abbia per iscopo l'adempimento dell'obbligazione.

Art. 1320 seg. c. c.

Nel primo caso, se il convenuto riconosca la scrittura, le spese sono a carico dell'attore.

1. Scrive il Pisanelli nella sua *Relazione*:

« Nei procedimenti per verificaione di scritture, o diretti a dimostrare la falsità dei documenti prodotti in giudizio, succede una combinazione dei generi di prova sinora accennati. La comparizione personale delle parti, l'esame dei testimoni, l'avviso dei periti e l'ispezione del giudice, si trovano sovente complicati assieme, concorrendo pur sempre allo stesso fine, quello di scoprire la verità.

« La domanda di ricognizione o verificaione di una scrittura privata può presentarsi sotto due aspetti diversi; od incidente nel giudizio che ha per oggetto l'adempimento di un'obbligazione, od in via principale al fine di prevenire una contestazione sull'atto da cui risulta. Il debito è importante; il debitore è noto per mala fede, od è vecchio e può lasciare eredi non informati, si teme lo smarrimento delle prove ausiliarie. Havvi in questi casi come in altri simili, un'urgente e sommo interesse ad assicurare la prova della scrittura privata colla forza dell'atto pubblico ».

2. Il giudice può prescindere dalla verificaione se la crede inutile. — *Borsari, Comm. Cod. Sardo, III, n. CCCXCIV e Comm. Cod. It., I, p. 399 - Saredo, Istit. n. 530 - Mattei, Annotaz. - Gargiulo, Comm., p. 728.*

3. Parlerò più particolarmente all'art. 296 delle differenza tra la verificaione della scrittura e la iscrizione in falso; qui mi basta notare che la verificaione riguarda soltanto la scrittura privata ed ha lo scopo di ridurla in una scrittura riconosciuta in giudizio per gli effetti dell'art. 1320 cod. civ.

4. Quando la domanda di ricognizione o di verificaione forma oggetto principale di un giudizio, il valore della causa è determato dal contenuto della scrittura; il foro è quello che la legge stabilisce per le azioni perso-

nali ed è sempre quello civile. — Borsari, *Comm.*, I, p. 392. — Saredo, *Istit.*, n. 526. — Gargiulo, *Comm.* p. 725. — Mattei, *Annotaz.*

5. Alla domanda di verificaione di scrittura non può il convenuto opporre eccezioni di merito. — *Autori succitati.*

Art. 1321 c. c.; 386 c. p. c.

283. Quando la parte contro cui la scrittura è prodotta non comparisca, questa si ha per riconosciuta in sua contumacia.

Se comparisca e non risponda, o, rispondendo, non neghi la scrittura specificatamente o non dichiari di non riconoscere quella attribuita ad un terzo, la scrittura si ha ugualmente per riconosciuta.

1. Al procedimento probatorio per verificaione di scrittura privata, allora soltanto si può far luogo che, dopo depositata la scrittura stessa, la parte contro cui viene prodotta abbia nella successiva comparsa negato che la medesima sia scritta o sottoscritta di sua mano, o dichiarato di non conoscere quella attribuita al suo autore; nè basta ad autorizzarlo una vaga e generica impugnativa emessa con riserva prima d'avere avuta visione dell'originale scrittura non per anco prodotta. — *Appello Brescia*, 18 marzo 1867. *Thiene ll. cc.*—*Arioli e C. Annali*, I, 444.

2. Quando la parte, formalmente interrogata sul punto se la scrittura a lei attribuita sia la sua, non dà risposta, ma si limita ad impugnare le conseguenze che si vogliono trarre dal contenuto di essa a suo pregiudizio, non è il caso di far luogo ad ulteriori incombenti per accertare la identità della scrittura stessa. — *Cass. Torino*, 29 gennaio 1869. *Secchi-Mantellera. Mon. Trib.*, 1869, 177.

3. È ormai principio non più controverso in giurisprudenza, che l'attore, ove lo stimi opportuno, può, senza far precedere alcuna interpellanza di ricognizione, citare direttamente il convenuto per l'esecuzione dell'atto; e se il convenuto, lungi dal disconoscere l'atto medesimo, si difende sul merito, l'atto si ha come riconosciuto; la semplice produzione del titolo equivale alla domanda incidentale della ricognizione, ed il difetto per parte del convenuto di precisa protesta di non riconoscere l'atto porta l'implicita conseguenza di ritenersi questo come legalmente riconosciuto. — *Appello Cagliari*, 16 febbraio 1869. *Marcialis—Castagnino. Annali*, III, 39.

4. Non si può dichiarare riconosciuta d'ufficio una scrittura privata se non fu proposta specifica interpellazione di ricognizione alla contraria parte, da cui si pretende scritta, o sottoscritta di propria mano; e ciò procede quando anche questa parte sia comparsa in giudizio, non per rispondere in merito, ma solo per proporre eccezioni pregiudiziali di competenza, o di rito. — *Appello Brescia*, 30 giugno 1869. *Zienkowicz—Bonetti-Redaelli. Annali*, IV, 291.

5. Venendo prodotta una scrittura privata in giudizio, il convenuto, durante il medesimo, può dichiarare se la riconosce, o no, senza necessità di una citazione preventiva. — *Cass. Napoli*, 23 giugno 1870. *De Leonardis—Brescia. Legge*, X, 1044.

6. La scrittura privata allora non è riconosciuta, quando il suo presunto autore la dica formalmente apocripa, non quando, ammessa l'autenticità della scrittura privata, contesti per vizio intrinseco la validità ed efficacia del contratto ivi menzionato. — *Cass. Firenze*, 9 dicembre 1870. *Tellini—Montelatici. Legge*, XI, 86.

7. La scrittura privata prodotta in giudizio può essere, o riconosciuta espressamente, o nei congrui casi considerata legalmente come riconosciuta.

Si considera legalmente come riconosciuta: 1. se la parte contro cui è prodotta non comparisca; 2. se comparisca ma non risponda; 3. se comparisca e risponda, ma non neghi specificatamente la scrittura attribuita a lui, o non dichiari di non conoscere quella attribuita ad un terzo.

L'art. 1321 codice civile vuole che quegli, contro cui si produce una scrittura privata, sia tenuto a negare formalmente il carattere se è a lei attribuito, o a disconoscerlo se è attribuito al suo autore; perciò si ritiene che ogni domanda o eccezione fondata sopra un atto privato prodotto contenga implicita la domanda di ricognizione, e che anche a questo caso sia applicabile l'art. 283 cod. proc. civ.

Il riserva di dedurre le eccezioni ulteriori contenuto nella comparsa dove si spiegarono le eccezioni di merito, non si può riferire alla impugnativa del carattere.

La ricognizione implicita si basa sulla omissione della impugnativa, allorché furono dedotte eccezioni di merito; non è necessario un mandato speciale del procuratore, il quale pregiudica *in omettendo* la parte. — *Appello Firenze, 17 febbraio 1871. Nanni—Martini. Annali, V, 4.*

8. L'interpellazione al convenuto a riconoscere la sua firma è necessaria nelle cause commerciali, non meno che nelle cause civili, essendo certo che anche i biglietti all'ordine e le cambiali entrano nell'ampio novero degli atti per scrittura privata. — *Appello Bologna, 9 settembre 1873. Casraghi—Viola. Legge, XIV, 264.*

9. Per il combinato disposto degli art. 1321 cod. civ. e 283 capoverso cod. proc. civ. uno dei casi in cui la scrittura privata si ha per riconosciuta in giudizio ricorre tutte le volte che la parte contro la quale è prodotta non dichiara di non riconoscere quella attribuita ad un terzo.

Anco la giurisprudenza francese non ritiene dispensato l'erede dal manifestare l'animo suo di fronte ad una scrittura ove figuri impegnata la civile responsabilità del proprio autore; solo gli permette quanto la legge italiana concede, di dichiarare, cioè, che non riconosce quella scrittura, sebbene non si pronunzi espressamente sulla sua verità o falsità. — *Appello Firenze, 28 luglio 1874. Romanelli—Fici. Annali, VIII, 370.*

1. « Per compiere la prova della scrittura privata, la parte che la produce in giudizio deve anzitutto valersi dell'interpellazione. È questo il primo mezzo, destinato a ricavare la prova della confessione stessa dell'avversario. Se non che quanto fu più sopra accennato circa il silenzio serbato dal procuratore della parte appellata, come quello che non implica per sé stesso la confessione tacita dei fatti dedotti ad interpellanza, non è applicabile all'interpellazione sulla verità di una scrittura.

« L'interpellato a riconoscerla o a negarla è tenuto a rispondere; egli deve dichiarare anche per organo del suo procuratore, se ammette o nega la verità della scrittura o firma a lui attribuita, o se non è in grado di riconoscere quella attribuita al suo autore o ad un terzo.

« Pertanto, se l'interpellato conferma l'interpellazione fatta dall'altra parte, o tace, la scrittura o la sottoscrizione si avrà per vera.

« Se per contro nega la verità della medesima, o dichiara non poterla riconoscere, vuolsi allora procedere alla verificaione. — *Relazione Pisanelli.*

2. Fa d'uopo che l'interpellazione alla parte di negare o riconoscere la scrittura sia espressa?

È opinione pressoché concorde degli autori che l'interpellanza, non sia necessaria. (Toullier VIII, n. 229; Marcadé *sull'art.* 1323; Carré *sull'art.* 193; Duranton, XIII, 114; Boitard, t. I, p. 376; Favard, t. 5, p. 916; Dalloz, t. 28, p. 222; Boncenne, t. I, p. 44, n. 174; Larombière, *sull'art.* 1323, n. 7; Zachariae, t. 3, § 756, n. 2 e t. 5, p. 669; Borsari, *Comm.*, I, p. 398; Gargiulo, *Comm.*, p. 734).

L'articolo presente e l'art. 1321 codice civile sembrami appoggino mirabilmente cotesta tesi, dimostrino cioè che la produzione di una scrittura privata contiene in sè implicita la domanda di ricognizione. Infatti l'art. 1321 cod. civ. *impone* a quegli contro cui la scrittura si produce (senza accennare menomamente all'interpellanza) l'*obbligo* di impugnarla formalmente se è propria, o di disconoscerla se è del suo autore; e l'articolo presente, mentre parla di *produzione* della scrittura, è muto sull'obbligo dell'interpellanza. S'intende però che la *produzione* deve essere fatta in modo chiaro ed esplicito.

Il Carré (loc. cit.) così si esprime su questo argomento:

« Une demande en reconnaissance d'écriture précède nécessairement, soit d'une manière expresse ou seulement implicite, toute procédure en vérification. Nous disons d'une manière *expresse*, lorsqu'une partie... assigne en reconnaissance la partie que cette acte oblige. Nous disons d'une manière implicite; si en effet l'acte sous seing privé est produit dans le cours d'une instance, *cette production équivaut par elle-même à une demande incidente en reconnaissance*, puisqu'elle impose à celui, contre lequel est faite, les mêmes obligations, et opère les mêmes résultats qu'une demande expresse, formée par action principale, et comme elle, conduit à la vérification, s'il y a refus de reconnaître son desaveux formale ».

E Boitard (loc. cit.): « Celui qui produit la pièce peut le faire sans demander préalablement la reconnaissance; l'attitude du défendeur devant alors déterminer le sort de cette pièce, qui sera vérifiée s'il la dénie, qui sera tenue pour reconnue s'il garde le silence ».

Ritengono indispensabile la formale interpellanza il Borsari nel *Comm. Cod. Sardo*, III, p. 236 e Scotti, *Mon. Trib.*, IX, 1066.

3. L'impugnazione della scrittura deve farsi imprescindibilmente nel termine assegnato a rispondere?

La legge non lo dice, osserva giustamente il Borsari (*Comm. I*, p. 399) e perciò si deve ritenere che il convenuto possa negare la scrittura anche scorso quel termine, purchè lo faccia prima di ogn'altra difesa. E di avviso conforme il Gargiulo (*Comm. p. 734*).

4. Se di due convenuti uno neghi la scrittura e l'altro la riconosca espressamente, la ricognizione lega chi l'ha fatta, sebbene dalla verificaione risulti falsa la scrittura.

Se però il riconoscimento fu soltanto *implicito*, secondo il disposto da questo articolo, in tal caso la verificaione potrebbe renderla di nessun effetto.

Ciò vale pella scritturazione dell'atto, come anche per la firma quando da una sola scaturisca l'obbligo dei diversi convenuti.

Se invece più sono le firme, l'accettazione o l'impugnativa di una non influisce punto sulla ricognizione o negazione delle altre, ed a ciascheduna, separatamente considerata, si applica il disposto dall'articolo presente, salvi gli effetti dell'indivisibilità dell'obbligazione. — *Conformi*: Borsari, *Comm. I*, p. 397 - Gargiulo, *Comm.*, p. 732 - Mattei, *Annotaz.*

284. Quando si debba procedere alla verificaione della scrittura, la parte che ne fa domanda deve proporne la prova con documenti, o col giudizio di periti, o per mezzo di testimoni, e depositare la scrittura nella cancelleria, dove rimane sino al termine della procedura.

La prova testimoniale non è ammessa che congiuntamente alla perizia, salvo che questa sia impossibile per difetto di scritture di comparazione.

L'ordinanza, o la sentenza, che ordina la verificaione della scrittura, delega un giudice per procedere alla relativa istruzione.

1. Non può sostenersi che nei giudizi di verificaione la perizia calligrafica sia da preferirsi alla prova testimoniale, essendo facoltativo pel

magistrato di valersi dei diversi mezzi all'uopo dalla legge indicati. — *Cass. Napoli*, 26 marzo 1868. *Pastina—Guglielmi. Bettini*, XX, 309.

2. Se si può fare la verifica della scrittura con periti e testimonianze orali, non è però necessario che la perizia calligrafica si eseguisca nel tempo stesso in cui si procede alla prova testimoniale. — *Cass. Napoli*, 16 giugno 1869. *Cotroneo—Cotroneo. Bettini*, XXI, 363.

3. Stante la congrua valutazione da darsi all'avverbio « congiuntamente », di cui fa uso l'articolo presente, non può dirsi che nei giudizi istaurati all'oggetto di verificare scritture private non debba ammettersi la prova testimoniale quando non siasi domandata *contemporaneamente* all'esperimento peritale.

La congiunzione dei mezzi probatorii dalla legge all'uopo permessi riflette la unione dei diversi subietti, la quale può bene avverarsi anche quando la loro origine non sia contemporanea. — *Appello Firenze*, 28 luglio 1874. *Romanelli—Fici. Annali*, VIII, 370.

1. « Per raggiungere l'intento (la verifica) le vigenti legislazioni ammettono tre mezzi, che si possono far valere talvolta isolati e talvolta riuniti; la prova letterale, la prova per testimoni, e la prova per comparazione di scritture.

« La prima è la più semplice; può essere diretta o indiretta riguardo alla verità della scrittura.

« Si presenta un atto pubblico od equipollente nei suoi effetti, dal quale risulti che la scrittura controversa fu già riconosciuta dalle parti, ovvero contenga dichiarazioni, che sebbene non si riferiscano direttamente alla verità della scrittura, valgono tuttavia in modo indiretto a comprovare tale verità.

« Ove non si possa fornire questa prova, occorre allora un procedimento più complicato, per l'esecuzione del quale viene delegato un giudice.

« La prova per testimoni può anch'essa, come quella letterale, essere diretta o indiretta. La prima si ottiene coll'esame dei testimoni, i quali abbiano veduto scrivere o firmare la scrittura controversa. Però, accade raramente che si faccia uso di questa prova, imperocché ove la medesima sia possibile, la parte contraria si guarda dal negare la propria scrittura per non andar soggetta alla pena pecuniaria stabilita dalla legge pel caso in cui la sua malafede venga smascherata. La prova indiretta risulta dall'esame di quei testimoni, i quali ancorché non possano deporre direttamente sulla verità della firma o scrittura, sono però in grado di dichiarare circostanze tali, anteriori o posteriori alla medesima, che non lasciano alcun dubbio che l'atto fu scritto o firmato da quello cui viene attribuito.

« Non s'ignora che gravi obiezioni furono elevate contro la prova testimoniale per la verifica delle scritture. Pretesero alcuni che si dovesse escludere compiutamente come pericolosa, e come mezzo indiretto ad eludere le restrizioni stabilite dalla legge civile sull'ammissibilità della prova testimoniale. Altri sostennero che la medesima dovesse limitarsi al caso in cui i testimoni avessero veduto scrivere o firmare la scrittura.

« Queste opinioni non prevalsero nel Codice francese e nei Codici che lo seguirono. E fu con ragione.

« Risponde al voto della legge civile il far sì che la scrittura privata produca tutti gli effetti possibili per mezzo della prova testimoniale. Infatti la legge civile limita l'uso della prova testimoniale quando si presenta sola, perché trova necessario, per una maggiore certezza dei diritti e delle obbligazioni, di promuovere l'uso della prova scritta; ma quando esiste uno scritto, e la prova testimoniale viene soltanto a dimostrare la verità, la legge non deve più limitarla. Operando diversamente, essa verrebbe a rendere pressoché necessario l'atto pubblico, il quale per molteplici cause non è di facile uso nelle varie contingenze della vita civile.

« Ma il pericolo che si teme nell'ammettere la prova testimoniale per la verifica delle scritture non è probabile. Per avverarsi si richiede il

concorso di tre reati: il falso in iscritto, il falso nella testimonianza, la subornazione dei testimoni. È però certo che, ove si presentasse una tale combinazione, essa non tarderebbe a smascherarsi in qualche modo.

« Coloro che sostengono poi doversi restringere la detta prova alla deposizione dei testimoni che hanno veduto scrivere o firmare la scrittura, non escluderebbero il pericolo da essi lamentato, poichè lo ammettono in un caso, ma verrebbero a rendere impossibili i vantaggi che la stessa prova può recare in altri casi. Non vi è dubbio che i fatti anteriori o posteriori alla scrittura possono grandemente contribuire alla scoperta del vero, somministrando importanti elementi di convinzione alla coscienza del giudice.

« Ma la prova per documenti e quella per testimoni non sono sempre possibili, nè sempre concludenti. Occorre allora di ricorrere ad un altro mezzo di prova essenzialmente conghietturale, che si ottiene dal confronto della scrittura controversa con altre scritture non soggette a contestazioni.

« Qui pure non mancarono le obiezioni. La prova fondata sulla semplice congettura fu combattuta come spesso inconcludente e sempre pericolosa nei suoi risultati. Essa viene desunta da una semplice rassomiglianza, perchè la scrittura di una persona che scrisse in tempi e in condizioni diverse non è mai identica, ma soltanto simile: onde non può porgere che un argomento di verosimiglianza, il quale è tanto più fallace, in quanto che l'arte d'imitare le altrui scritture fu in ogni tempo portata ad un grado tale di perfezione, che ogni differenza tra la scrittura vera e quella contraffatta sfugge all'occhio il più esperto, ed anche all'autore stesso della prima.

« Ma, quantunque semplicemente conghietturale, quantunque molto imperfetta, il legislatore non può bandire questo mezzo di prova senza gravi inconvenienti. La sua esclusione sarebbe favorevole alla malafede. Si moltiplicherebbero le denegazioni delle scritture, alle quali sarebbe sempre indotto un debitore disonesto, quando avesse la certezza di non poter essere contraddetto. Il valore delle scritture private sarebbe nullo, quando non fossero fatte davanti testimoni, o quando i testimoni fossero morti. Le convenzioni non offrirebbero più alcuna sicurezza duratura, se non allorchè fossero accompagnate da solennità che l'indole loro e le circostanze non comportano sempre. La necessità di queste forme, e la diffidenza a cui condurrebbe il divieto della prova per comparazione di scrittura, produrrebbero nei loro effetti economici un male assai più grave di quello che fosse per nascere da un errore giudiziario in un caso possibile.

« Fu discusso se la detta prova dovesse abbandonarsi al solo criterio del giudice, o dovesse richiedersi il sussidio delle persone esperte. Parve miglior sistema di richiedere il concorso dei periti, come quelli a cui gli studi speciali e le abitudini conferiscono un tatto pratico ed un'abilità non comune nel riconoscere l'identità o la diversità delle scritture. Il definitivo apprezzamento spetta però soltanto al giudice.

« Quanto alle scritture che possono servire di confronto per la comparazione dei caratteri, il progetto, non scostandosi dai vigenti codici, lascia anzitutto alle parti piena libertà di accordo. Ove questo non segua, possono servire per termine di confronto le scritture private già riconosciute, e quelle autentiche od autenticate. Non sono però ammesse le scritture private che non siano state espressamente riconosciute, quantunque per sentenza emanata in giudizio siano state dichiarate proprie della persona cui si attribuisce la scrittura controversa. Poichè la sentenza che dichiara vera una scrittura pel silenzio serbato dalla parte sull'interpellanza dedotta dall'altra, o perchè verificata coi mezzi dalla legge ammessi, ha generalmente il valore di una semplice presunzione. Ora è canone fondamentale di diritto in materia di prove, non potersi innestare una presunzione sopra un'altra per trarne un argomento probatorio, imperocchè il valore della presunzione decresce a misura che si allontana dal suo centro, come ogni forza estendendosi perde in intensità ». — *Relazione Pisanelli.*

2. Nei casi previsti dall'art. 1322 codice civile, quando cioè la parte nega il proprio carattere o la propria sottoscrizione, o quando i suoi eredi o aventi causa dichiarano di non riconoscerla, deve il giudice ordinare *necessariamente* la verifica-

È opinione quasi universalmente adottata che il giudice possa prescindere dal processo di verificaione quando indipendentemente da questo abbia elementi sufficienti per accertarsi del vero, purchè, s'intende, dia il motivo del proprio convincimento. — Borsari, *Comm.* I, p. 799 - Gargiulo, *Comm.*, p. 735 - Saredo, *Istit.*, n. 530 - Mattei, *Annotaz.* - Chauveau in Carré, *quest.* 803 *ter.* - Pigeau, *Comm.* t. 1, p. 427 - Thomine, n. 231 - Dalloz, *voc. Verif. d'écrit.*, n. 11 - Favard, t. 5, p. 918 - Boncenne, t. 2, p. 39, n. 173 - Berriat, *Ver. d'écrit.*, n. 132.

3. L'eccezione di nullità o inefficacia del titolo deve essere discussa prima di far luogo alla verificaione del medesimo, affinché non si perda tempo a provare ciò che *probatum non relevat*. — Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CCCXCV e *Comm. Cod. Ital.*, I, p. 400 - Gargiulo, *Comm.* p. 737 - Mattei, *Annotaz.* - Saredo, *Istit.* n. 526 - Chauveau in Carré, *quest.*, 803 *quater* - Thomine, t. 2, n. 231 - Dalloz, *loc. cit.* n. 14.

4. Proponendosi la verificaione in giudizio già pendente sarà d'uopo seguire il rito degli incidenti, e, se le parti s'accordano, il presidente ammette la verificaione con *ordinanza*. Ecco perchè il secondo alinea dell'articolo parla così di *sentenza* come di *ordinanza*.

Secondo Borsari (*Comm.* I, p. 400), Gargiulo (*Comm.* p. 737) e Mattei (*Annotaz.*), il presidente o il tribunale ordinando la verificaione e delegando il giudice per l'istruzione relativa dovrà prescrivere in genere l'istrumento della prova.

5. Chi può essere delegato all'istruttoria del processo di verificaione?

Insegnano Borsari (*Comm.*, I, p. 400) e Gargiulo (*Comm.*, p. 737), che il giudice delegato all'istruzione del processo di verificaione può essere nominato fuori dei componenti il collegio. Io però mi permetto di dubitare sulla verità di cotesta opinione, e credo che alla direzione della operazione di verificaione abbia ad essere scelto un giudice del tribunale, davanti al quale pende la causa, salvo di delegare altri giudici nel corso del procedimento, secondo le circostanze, come vedremo nel commento agli articoli seguenti. Ammessa la facoltà della delegazione di un giudice estraneo, in casi speciali, non vi sarebbe nemmeno la necessità, contemplata dall'art. 208, per preferirlo fin da principio ad uno dei giudici del collegio giudicante; chè anzi la convenienza e spesso il bisogno di incaricare un giudice d'altro tribunale per certe operazioni sorge soltanto durante l'istruzione. (Vedi art. 286, 287, 288).

6. Spetta alla parte la scelta dei mezzi da proporre per la verificaione, ed essa potrà proporre uno dopo l'altro, od eziandio parecchi simultaneamente, libero poi al giudice di trarre la propria convinzione da quello che più gli sembri influente. In generale però si ammette che nel conflitto fra le diverse prove debba porsi in prima linea quella per titoli, poi la testimoniale e finalmente la calligrafica. — Borsari e Gargiulo, *loc. cit.* - Mattei, *Annotaz.* - Carré e Chauveau, *quest.*, 804 - Thomine, n. 232 - Favard, t. 5, p. 919 - Rauter, n. 200 - Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 444 - Boncenne, t. 2, n. 171.

7. Depositandosi il documento impugnato nella cancelleria si dovrà naturalmente farne constare con processo verbale e dare poi notizia dell'eseguito deposito alla controparte mediante comparsa. — *Conformi*: Borsari, *Comm.*, I, p. 404, e *Formulario*, p. 116 - Gargiulo, *Comm.*, p. 739.

285. Quando si proceda alla verificaione per mezzo di periti, il giudice nomina d'ufficio i periti, e designa le scritture di comparazione, se le parti non siansi accordate, e stabilisce il luogo, il giorno, e l'ora in cui dovrà aver luogo la presentazione della scrittura, e la perizia.

Nel caso di ricusazione dei periti, si procede nel modo stabilito dal paragrafo 4 di questa sezione.

1. A chi spetta la nomina dei periti? Sebbene tutti gli autori d'accordo asseriscano che soltanto in caso di dissenso fra le parti, il giudice designerà

Art. 253, 254, 257 c. p. c.

d'ufficio i periti, (Borsari, *Comm.*, I, p. 401 - Gargiulo, *Comm.*, p. 740 - Saredo, *Istit.*, n. 531 e Mattei, *Annotaz.*), potrebbe aversi una forte ragione per dubitare quando si facciano le seguenti considerazioni. Il Codice di procedura francese ed i due sardi fanno, riguardo alla nomina dei periti, una distinzione fra il giudizio di verificaione e quello di falso: ammettono che i periti possano concordarsi fra le parti nel primo, vogliono invece assolutamente che nel secondo siano nominati d'ufficio, mentre ammettono che le scritture di comparazione possano essere stabilite dalle parti. Di tale differenza il Pigeau dà la ragione seguente: « Les experts doivent être en quelque sorte juges du faux qui interesse l'ordre public, et il faut que ne soient influencés par les parties. Les pièces de comparaison sont des moyens d'attaque, de defense, et d'instruction du vrai ou du faux, il est donc naturel que les parties puissent les présenter ».

Il nostro Codice nulla prescrive di speciale relativamente alla designazione dei periti nel procedimento di falso e rimanda in genere alle disposizioni concernenti la verificaione delle scritture (art. 307). Se poi leggiamo l'articolo presente può sorgere il dubbio che l'accordo delle parti sia permesso solamente per la designazione delle scritture di comparazione, ultime accennate, e che la nomina dei periti si abbia a fare d'ufficio dal giudice, mentre per la chiara dizione degli articoli corrispondenti dei codici succitati una tale dubbio non sarebbe ragionevole. Da ciò potrebbero inferire che anche nella perizia per verificaione di scritture debba il giudice d'ufficio delegare i periti e che i compilatori del codice abbiano mutata la formula dell'articolo presente per farla servire anche per il giudizio di falso.

D'altra parte però io devo osservare che, essendovi nel testo dell'articolo una virgola prima delle parole « se le parti non siansi accordate » parrebbe che le medesime dovessero intendersi riferite così alla nomina dei periti come alla scelta delle scritture di confronto. Adottando tale interpretazione, che mi sembra più vera, ne verrebbe come conseguenza naturale che anche i periti pel giudizio di falso potessero essere eletti dai contendenti.

2. Per dar corso alle pratiche prescritte da questo articolo è mestieri citare l'avversario a comparire davanti il giudice delegato perchè, d'accordo fra le parti o d'ufficio dal giudice, si nominino i periti e designino i documenti di confronto. — *Conformi*: Borsari, *Formulario*, p. 114 - Gargiulo, *Comm.*, p. 738.

3. Essendo necessario pel disposto dell'art. 257 che sulla ricusazione del perito si emetta una sentenza, è chiaro che spetterà la decisione della questione al collegio e non già al giudice delegato, il quale in pendenza dello incidente dovrà sospendere il corso dell'istruzione a lui affidata. — Borsari, Gargiulo e Mattei, *loc. cit.*

286. Quando le parti non si accordino sulle scritture che devono servire di comparazione, il giudice può ammettere soltanto:

1. Le firme apposte ad atti seguiti davanti notaro o altro ufficiale pubblico;

2. Le carte che quegli, la cui scrittura devesi verificare, abbia scritte o firmate in qualità di ufficiale pubblico;

3. Le scritture o firme private riconosciute dalla persona cui si attribuisce la scrittura da verificarsi, ma non quelle che siano da essa negate o non riconosciute, quantunque state precedentemente verificate o dichiarate come sue proprie;

4. La parte riconosciuta o non negata della scrittura medesima da verificarsi.

287. Quando le scritture di comparazione siano presso depositarj pubblici, ed il trasporto non ne sia vietato, il giudice delegato può ordinare che i depositarj, nel giorno ed ora da lui

Art. 1151 seg., 1224 seg.
c. c.; 62 c. p. c.; 282 reg.
giud.

indicati, le presentino nel luogo in cui deve farsi la verificaione, sotto pena di una multa estendibile a lire cinquecento.

Se le scritture siano presso altre persone, queste possono essere obbligate nelle vie ordinarie a presentarle, sotto pena del risarcimento dei danni.

Se la verificaione debba eseguirsi nel luogo in cui si trovano le scritture di comparazione, il giudice vi si trasferisce, e dà i provvedimenti necessari.

1. È competente il giudice delegato a pronunciare la condanna minacciata da questo articolo al pubblico depositario che non abbia nel giorno destinato presentata la scrittura di cui è in possesso?

La questione è trattata anche dai commentatori del Codice francese, il quale, più severo del nostro, sancisce contro il pubblico depositario che viola il proprio dovere, nientemeno che la pena dell'arresto personale.

Carré e Chauveau (*quest.* 830), Boncenne (*t.* 2, p. 59, n. 179), Dalloz (*voc. verif. d'écrit.*, p. 225, n. 32), Thomine (*n.* 240) sulle tracce di Pigeau (*t.* 1, p. 230), sono d'avviso che la condanna non possa essere pronunciata se non con sentenza del collegio, sentito il pubblico depositario, e ciò oltrechè per la ragione che l'arresto personale non può essere autorizzato, secondo il codice civile, che da una sentenza, anche perchè è ingiusto condannare un individuo senza averlo sentito, mentre potrebbe essere stato impedito da una ragione valida dall'ottemperare all'ordinanza del giudice.

Delaporte (*t.* 1, p. 205), Demiau (*p.* 162) e Favard (*t.* 5, p. 921), sostengono l'opinione contraria, e così pure sull'art. 385 del Codice sardo 1859 il Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CDXVI.

Tra noi, pressochè tutti gli autori insegnano che il giudice delegato, constatata la trasgressione del pubblico depositario, ha facoltà di condannarlo alla multa con altro suo decreto, opponendo alla seconda ragione (quella sola che farebbe al caso) addotta dai contrari scrittori francesi, che l'art. 62 del nostro codice tutela sufficientemente la libertà di difesa del condannato perchè gli dà diritto di reclamare contro la ordinanza, che gli inflisse la pena senza udirlo, con ricorso diretto alla autorità giudiziaria che l'ha pronunciata. — Borsari, *Comm.*, I, p. 405 — Gargiulo, *Comm.*, p. 744 — Mattei, *Annotaz.*

Codesta soluzione della tesi mi sembra in contraddizione con quanto dispone l'art. 282 del reg. gen. giud. Infatti ivi è detto che « nei casi previsti dagli articoli 59-61, 66, 170, 177 e 287 del codice di proc. civ. . . . in cui si faccia luogo all'applicazione di una pena disciplinare . . . l'incolpato è citato con semplice viglietto in camera di consiglio davanti il tribunale o la sezione alla quale fu assegnata la causa in cui sia stata commessa la contravvenzione, o, secondo i casi, davanti il presidente, e invitato a proporre nella stessa udienza le proprie difese.

Niun dubbio pertanto che la condanna non può essere emanata se non dietro citazione del pubblico funzionario, e perciò non regge l'analogia che gli autori succitati vogliono trarre dall'art. 239 c. p. c., pel quale il giudice procedente all'esame testimoniale è abilitato ad infliggere una multa al testimone renitente, tanto più che la specialità del caso contemplato da quest'ultimo articolo è dimostrata dal non essere stato nemmeno citato dall'articolo 282 del regolamento.

Ma io riterrei ben anche che solamente il tribunale fosse competente ad applicare la multa al depositario negligente. Tra i casi contemplati dall'art. 282 del regolamento in uno solo è lasciato al *presidente* di decretare la multa, ed è quello previsto dall'art. 177, quando cioè il procuratore non abbia eseguito il deposito del fascicolo nei cinque giorni successivi al termine stabilito per la notifica della conclusionale, e tale facoltà è giustamente lasciata al presidente, poichè è a lui che i fascicoli devono consegnare dal cancelliere per la fissazione dell'udienza di discussione della causa.

In tutti gli altri casi è al tribunale che spetta infliggere la pena, pel tenore stesso dell'articolo suaccennato del regolamento, non essendone demandato il potere al presidente. Dunque, di regola, l'applicazione delle penalità è affidata al tribunale in camera di consiglio e nel caso concreto nulla provvedendo l'articolo presente, parrebbe che il legislatore si fosse rimesso alla norma generale e che il giudice delegato, constatata la renuenza del pubblico depositario, dovesse rinviare al tribunale la pronunziazione della pena.

Avvertirò, nel chiudere su questo argomento, che il Borsari nel suo *Formulario* a pagina 117, pare segua un sistema diverso da quello insegnato nel *Commentario*, poichè così si esprime: « Il notaio potrebbe dare il malo esempio (col non presentare gli atti richiestigli) con che verrebbe ad arrestarsi la operazione. Il giudice stesso aprendo il verbale e constatata la renuenza rimetterà le parti al tribunale per la pronuncia della pena e per quei provvedimenti che saranno di ragione ».

2. Potrà obbligarsi la parte convenuta nel processo di verificaione a presentare una scrittura che essa detiene?

Basandosi alla massima che *nemo tenetur edere contra se*, Borsari, (*Comm.*, I, p. 406) e Gargiulo (*Comm.*, p. 746), credono che il rifiuto della parte litigante sia legittimato e che colle parole « altre persone » il legislatore non abbia punto inteso di comprendere anche la parte in causa.

Opinano diversamente il Thomine (n. 239) e il Chauveau (in Carré *quest.*, 828 bis) tra i francesi, ed il secondo ne adduce i seguenti argomenti: « En effet, le défendeur peut-il se refuser à fournir à la justice tous les documents nécessaires pour la découverte de la vérité, et d'une vérité qui ne tient pas au fond de son droit ou de son obligations, d'une vérité purement matérielle? La loi ne l'oblige-t-elle pas à répondre aux interpellations qui peuvent lui être faites, à fournir par son propre fait une pièce de comparaison dans le corps d'écriture dont parle l'art. 206? On ne suit pas un autre système, un autre esprit que celui de la loi, en décidant que le défendeur doit aussi, lorsqu'il en est requis, livrer à l'instigation des experts ou des juges les pièces qui sont à sa disposition. Le texte même de l'art. 201 nécessite cette interpretation; car dans ces mots *depositaires publics* ou *autres*, il comprend sans exception toutes les personnes qui peuvent détenir les pièces propres à établir une comparaison ».

Di tale avviso sono pure il Saredo (*Istit.* n. 534), ed il Mattei (*Annotaz.*). « O la parte è convinta, dice il Saredo, della sincerità della scrittura prodotta, e allora deve desiderare che questa sincerità sia confermata, fornendo essa medesima i mezzi di prova; o invece non ha nessuna certezza, e v'è da credere che ne conosca la falsità, e allora non può permettersi che la frode prevalga ». Anche a me sembra che la moralità richieda che nessuna eccezione si faccia a favore del litigante, tanto più che trattandosi della semplice constatazione di un fatto materiale, non viene punto pregiudicato il merito della controversia dal tenore della scrittura presentata, alla quale, tranne che per la verificaione, non potrà aversi alcun riguardo.

Però Borsari (*loc. cit.*); Mattei (*Annotaz.*), Boncenne (n. 179), Thomine (n. 239) e Pothier (p. I, cap. 3, sez. 2), riconoscono che il depositario privato non sarebbe tenuto a produrre la scrittura quando ciò potesse arrecargli un grave pregiudizio.

3. Il risarcimento dovuto per effetto della mancata produzione della scrittura nel giudizio di verificaione deve limitarsi alle conseguenze dirette ed immediate della medesima. È appunto perciò che il Borsari, considerando che l'esito della verificaione non dipende esclusivamente dalla comparazione del documento impugnato con quello di cui si ordina invano la presentazione, ma la prova può raggiungersi per altra via, e d'altra parte resta sempre a discutere il merito della causa, è perciò, dico, che il Borsari conclude che spesso il danno può ridursi alle spese che la parte deve sopportare, sia per il ritardo nella decisione della lite, sia per le altre prove che dovette introdurre. (*Comm.*, I, p. 401). Conforme Gargiulo, *Comm.* p. 745.

4. Colla espressione « *nelle vie ordinarie* » non può certo intendersi il modo di costrizione, ma soltanto l'effetto della disobbedienza al comando del giudice, il risarcimento dei danni, che dovrà liquidarsi dal tribunale.

5. Se il trasporto del documento sia vietato, se non possa essere fatto, perchè l'interesse pubblico richiede che sia lasciato permanentemente in un luogo determinato, come sarebbe di un registro di stato civile, delle ipoteche o di cancelleria, il giudice dovrebbe trasferirsi nel luogo in cui il documento stesso si trova. Ma se questo luogo fosse fuori della giurisdizione del tribunale?

In tal caso l'art. 386 del Codice sardo 1859 prescrive che il tribunale dovrà o richiedere il tribunale del distretto in cui sono le carte per la nomina di altro giudice commesso, o direttamente commettere il giudice del mandamento in cui deve farsi la verificaione. Il nostro articolo nulla dispone sulla delegazione che pure è spesso volte indispensabile; è quindi a ritenersi applicabile l'art. 208.

288. Quando sia stato ordinato il trasporto delle scritture di comparazione nella cancelleria, e il depositario di esse sia un funzionario pubblico, deve questi, prima di consegnare gli originali, farne una copia, che sarà verificata sull'originale dal giudice procedente, o da un altro giudice delegato a norma dell'articolo 208; di ciò si fa processo verbale, copia del quale è annessa alle carte di cui si fa consegna.

Art. 208, 555 c. p.
307 reg. giud.

Il depositario ripone fra le sue minute in luogo dell'originale la copia delle carte consegnate, affinchè vi resti sino alla restituzione di quello, e può, se occorra, darne altre copie, con l'obbligo di fare menzione in esse del detto processo verbale.

Il depositario è rimborsato delle spese dalla parte che ha chiesta la verificaione. Queste spese sono tassate dal giudice delegato con ordine di pagamento in margine del processo verbale.

Il provvedimento tien luogo di sentenza spedita in forma esecutiva.

1. Sebbene più siano le scritture depositate e delle quali si rilascia copia al notaio, pure basta un solo processo verbale per verificare la corrispondenza della copia coll'originale e non occorre che il depositario se ne faccia spedire che una sola copia. — Gargiulo, *Comm.*, p. 749 - Chauveau e Carré, *quest.* 836 e Dalloz, *t.* 28, p. 225. — Secondo Borsari (*Comm. Codice Sardo*, III, n. CDXVIII) sarebbero invece necessarie tante spedizioni del verbale, quante sono le scritture. Ritenuto che il capoverso primo del nostro articolo fa obbligo al depositario di riporre fra le sue minute solamente la copia delle carte consegnate, stimo preferibile l'opinione dei primi che pure risparmia inutili spese.

2. Anche il privato depositario ha facoltà di farsi copia del documento che consegna, farlo verificare conforme all'originale e domandare la tassazione delle spese. — Gargiulo, *Comm.* p. 749 - Chauveau e Carré, *quest.* 839 - Pigeau, *Comm.*, t. 1, p. 435 - Boncenne, *t.* 2, n. 179.

289. Quando le scritture di comparazione siano presentate da depositari pubblici, e la presentazione si faccia in luogo dal quale non possano essere trasportate, i depositari debbono essere presenti alla verificaione. Quindi ritirano le scritture, e, occorrendo, devono presentarle di nuovo.

Negli altri casi il giudice può ordinare che le scritture restino depositate presso il cancelliere, il quale ne rimane respon-

sabile. Se il depositario sia ufficiale pubblico può farne copia autentica nel modo e per l'oggetto indicato nell'articolo precedente, quantunque il luogo dove si fa la verificaione sia fuori del distretto del suo ufficio.

Art. 39, 40, 134, 135, 140, 147, 158, 159, 161, 367, c. p. c.; 1320 c. c.

290. Quando manchino, o siano insufficienti le scritture di comparazione, il giudice può ordinare che la parte scriva sotto la sua dettatura.

Se la parte sia presente, e, potendo, ricusi di scrivere, si può dichiarare la scrittura come riconosciuta.

Se la parte non sia presente, il giudice stabilisce il giorno, e l'ora in cui la medesima dovrà scrivere sotto la sua dettatura.

Questo provvedimento è notificato alla parte personalmente. Tra il giorno della notificazione, e quello per la comparizione devono esservi i termini stabiliti nell'articolo 147.

Se la parte non comparisca si può dichiarare la scrittura come riconosciuta, salvo che giustifichi un legittimo impedimento.

1. Vi è *insufficienza* quando le scritture non sono fra quelle che la legge descrisse come normali, oppure quando le scritture stesse offrono un grado di vetustà troppo rimarchevole, o le condizioni fisiche della persona siano cangiate. — Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CDXII e *Comm. Cod. It.*, I, p. 408 - Gargiulo, *Comm.*, p. 752 - Mattei, *Annotaz.* - Carré, *vol. II*, p. 231, *nota 2*.

2. Il provvedimento previsto da questo articolo può essere emanato dal giudice anche d'ufficio, e nel giorno stesso in cui fu fatta la dichiarazione di insufficienza dei documenti. — Borsari, Gargiulo, Mattei, *loc. cit.* - Chauveau e Carré, *quest.*, 845 - Dalloz, *t. 28*, p. 226 - Favard, *t. 5*, p. 922 - Thominé, *n. 243*.

3. Secondo Carré il provvedimento può prendersi anche al momento in cui si procede alla scelta delle scritture di confronto e si stimino insufficienti quelle che si sono scelte (art. 206, p. 231). Borsari invece (*Comm. p. 408*) ritiene che la scrittura personale non abbia ad ordinarsi che dopo il tentativo della perizia riuscito infruttuoso, e questo avviso io credo debba seguirsi per la maggior parte dei casi, attesa l'anormalità e la poca sicurezza di questo mezzo sussidiario di prova.

4. Come si dovrà eseguire la notificazione del provvedimento?

L'ordinanza sarà notificata alla parte personalmente (e non già al suo procuratore) nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto o dichiarato. Abbiamo veduto agli art. 134, 158 e 159 che l'attore in causa civile nell'atto di citazione o con atto successivo e il convenuto costituendo procuratore, *possono* eleggere un domicilio speciale per la causa e che lo straniero è *obbligato* anzi ad eleggerlo nel comune in cui ha sede l'autorità giudiziaria che conosce della causa. In questo domicilio, che non è da confondersi col domicilio che l'art. 161 stabilisce presso il procuratore per gli atti di istruzione della causa, può farsi la detta notificazione. Se però tale elezione speciale non esiste, l'ordinanza dovrà notificarsi al domicilio reale, osservati in ogni caso i termini dell'art. 147. — *Conformi*: Borsari, *Comm.*, I, p. 409 - Gargiulo, *Comm.*, p. 752 - Mattei, *Annotaz.* - Saredo, *Istit. n. 537*.

Però l'art. 290 non sarebbe in tutto applicabile alla notificazione di cui è discorso, contrariamente a quanto credono Borsari, Gargiulo e Mattei, poichè per l'articolo stesso la sentenza è notificata al procuratore in mancanza di elezione o dichiarazione di domicilio, mentre, come dissi già, se non vi fu elezione espressa di domicilio, l'ordinanza dovrebbe notificarsi al domicilio reale. Se fosse altrimenti non avrebbe senso il richiamo ai termini dell'art. 147, mentre riusciva necessario in contemplazione di quest'ultimo caso, della mancanza cioè della elezione di domicilio.

291. Prestato il giuramento dai periti, e fatta ai medesimi la comunicazione delle carte di comparazione, o compiuto lo scritto sotto dettatura, le parti debbono ritirarsi dopo di aver fatte le istanze e osservazioni che reputino convenienti, delle quali si fa menzione nel processo verbale.

Art. 226, 259, 285,
c. p. c.

La perizia dovrà farsi nel giorno fissato dal giudice delegato nel provvedimento di cui è parola all'art. 285 e nell'art. 290. Se però per alcuno dei casi previsti dall'art. 287 il giudizio di verifica fosse rimasto sospeso sarà evidentemente necessario che il giudice delegato, sul ricorso della parte più diligente, ridestini il giorno per la perizia.

292. I periti procedono unitamente alla verifica nella cancelleria in presenza del cancelliere, o davanti il giudice se questi lo abbia ordinato. Se non possano terminare la loro operazione nello stesso giorno, questa è rimandata ad altro giorno ed ora indicati dal giudice o dal cancelliere, senza bisogno di citazione nè di notificazione.

Per ciò solo che dalla verifica di una scrittura controversa non risulti che la medesima sia seguita nella cancelleria del tribunale, come prescrive l'articolo presente, non ne deriva che nulla sia la perizia, massime se non è provato essere la verifica seguita fuori della cancelleria, ed inoltre ciò sia escluso dal fatto che la scrittura sia sempre stata ivi depositata. — *Appello Torino 15 novembre 1869. Varallo—Ticozzi. Bettini, XXI, 797.*

La relazione dei periti, come la verifica e la deliberazione, dev'essere fatta in cancelleria. — Gargiulo, *Comm.*, p. 755 - Chauveau e Carré, *quest.* 850 - Thomine, n. 245.

293. La relazione dei periti è fatta in conformità degli articoli 264 e seguenti, ed è unita al processo verbale.

Le scritture di comparazione si restituiscono ai depositari, mediante loro ricevuta scritta nel processo verbale, o annessa al medesimo.

294. Quando la parte proponga di provare la verità della scrittura col mezzo di testimoni, possono essere esaminati coloro che abbiano veduto scrivere o firmare la scrittura controversa, o abbiano cognizione di fatti che possano servire allo scoprimento della verità.

Se si proceda all'esame dei testimoni, la scrittura controversa deve essere presentata ad essi perchè la sottoscrivano. Della sottoscrizione o del rifiuto si fa menzione nel processo verbale.

Si osservano nel resto le regole stabilite nel paragrafo 3 di questa sezione.

1. Dalle parole della *Relazione* del Pisanelli, che ho citate all'art. 284, è sciolta la questione, che avrebbe potuto farsi, se la prova per testimoni sia ammissibile trattandosi di un contratto il cui valore supera le lire 500.

Tuttavia avvertirò che la maggior parte degli scrittori opinava che la disposizione dell'articolo presente formasse una eccezione alla limitazione stabilita dal Codice civile per la ammissione della prova testimoniale e ciò per la ragione evidente che i testimoni sono chiamati, nel processo di verifica, a provare non già la *convenzione*, la verità del debito, ma unicamente l'*esistenza*, la *verità* della scrittura.

2. I testimoni possono essere sentiti non solamente sul fatto di aver veduto scrivere o firmare la scrittura, ma anche sopra la cognizione che possono avere del carattere, per le relazioni abituali in cui si trovarono con la parte. — Borsari, *Comm.*, I, p. 411 - Gargiulo, *Comm.*, p. 758 - Saredo, *Istit.*, n. 539 - Mattei, *Annotaz.* - Chauveau in Carré, *quest.*, 854 bis - Demiau, p. 167. — *Contra*: Pigeau, *Comm.*, t. I, p. 44.

3. Borsari (*Comm.*, I, p. 411) e Gargiulo (*Comm.* p. 759) insegnano che i testimoni potranno essere esaminati oltreche sulla *verità materiale* della scrittura, anche sulla *verità morale* della medesima, sulla sostanza del contratto in essa raccolto, ampliandone eziandio il contenuto, accennando, per esempio, al prezzo della vendita che non fosse espresso nel documento. Ammettono però che la prova così raggiunta non possa influire nel merito, ma debba riproporsi con capitoli specifici.

Io credo invece che la cognizione della verità cui il legislatore permette si possa mirare col deposto dei testi, riguardi soltanto la *verità materiale od estrinseca della scrittura*, non già la sua forza provante il suo *valore intrinseco*. Siamo in tema di verifica di scritture; e l'interpretazione data all'articolo dai due autori citati ammetterebbe che si possa occuparsi del merito, sia pure indirettamente, quando non è ancor certo se sia vero o no il documento che sorregge l'azione o l'eccezione.

Il ministro Pisanelli ha spiegato assai chiaramente nella sua *Relazione* quale sia la verità che i testimoni dovranno aiutare a rilevare, quando disse che è una prova indiretta che si vuol raggiungere, collo stabilire circostanze tali, anteriori o posteriori alla firma o scrittura, che non lascino alcun dubbio che l'atto sia stato scritto o firmato da quegli cui venne attribuito. In secondo luogo, se si accettasse l'interpretazione di Borsari e Gargiulo, le obiezioni che furono elevate contro la prova testimoniale per la verifica della scrittura, troverebbero un gran fondamento, poichè sarebbe vulnerata la restrizione stabilita dal codice civile, per la influenza che in ogni modo le deposizioni già registrate a verbale potrebbero esercitare sull'animo del giudice. Se poi si ammette la necessità del riesame nella forma regolare, perchè dovrebbe il giudice occuparsi di prender nota delle dichiarazioni dei testi? Forse per fornire alla parte la traccia per formulare i capitoli di prova? Ciò non può essere, giacchè la preparazione delle prove dev'essere lasciata interamente alla diligenza della parte interessata, e se il testimonio fosse per caso uscito durante la sua deposizione in qualche frase che toccasse il merito, la sostanza del documento, non fa punto mestieri che ne venga fatta registrazione a verbale perchè la parte possa scandagliarne il significato e introdurre la prova formulandone appositi capitoli.

Si avverta da ultimo che alla prova testimoniale del giudizio di verifica di scrittura sono applicabili le disposizioni del § III di questa sezione, quindi anche quella che ordinando la deduzione dei capitoli, e circoscrivendo l'esame alla portata dei medesimi, vuole che si sappia previamente il campo in cui la prova si aggira, onde siano salvi tutti i mezzi di difesa che la legge concede, e primo quello della prova contraria. (*Conformi*: Borsari e Gargiulo, *loc. cit.*, Mattei, *Annotaz.*).

Ora, nel caso concreto, scopo dell'esame dovendo essere la ricognizione della verità della scrittura, se pure è permesso interpellare i testi anche su fatti non caduti sotto i loro sensi, tuttavia non può esser legittimo varcare il limite naturalmente segnato alla prova, la indagine sul solo stato materiale del documento controverso. E se deve ritenersi vietata la deduzione dei capitoli su fatti assolutamente estranei a tale scopo del processo, tanto meno sarà concesso di fare sugli stessi interrogazioni ai testimoni *ex abrupto* durante il loro esame.

4. Il richiamo fatto dall'ultimo capoverso dell'articolo alle prescrizioni

tutte della prova testimoniale ordinaria è d'ostacolo a che possa accogliersi l'opinione sostenuta in Francia da Demiau (p. 167), che cioè i testimoni introdotti nel processo di verificaione non siano ricusabili. — *Conformi*: Borsari e Gargiulo *loc. cit.*; Chauveau e Carré, *quest.* 856 e Thomine, n. 248.

295. Quando sia provato che la scrittura è stata scritta e firmata da colui che l'ha negata, questi è condannato in una multa da lire centocinquanta a cinquecento, nelle spese, e al risarcimento dei danni.

§ VII.

Della falsità dei documenti.

296. La querela di falso si può proporre in giudizio civile sia come oggetto principale della causa, sia incidentalmente nel corso di essa.

La querela si può proporre quantunque il documento sia stato riconosciuto per vero dalle parti, eccettuato soltanto il caso, in cui la verità del medesimo sia stata dichiarata per sentenza irrevocabile in giudizio di falso civile o penale.

1. Colpita da prescrizione l'azione penale di falso non può l'erede darle novella vita sotto forma d'incidente civile. — *Cass. Napoli*, 25 gennaio 1866. *Jacuzio—Ferrara. Gazz. dei Trib.*, 1866. 761.

2. La dichiarazione della Corte d'appello di non occuparsi del falso civile denunciato con appellazione incidentale e condizionale sopra un atto d'uscire, attesa la ritenutasi nullità dell'atto stesso, reietto già l'appello principale, non costituisce punto un giudicato.

Non va rimessa ad altro giudice penale la querela di falso civile quando un giudice penale n'abbia già fatto conoscenza; molto più se il contingibile falso si ritenga irrilevante dal tribunale civile. — *Cass. Napoli*, 12 gennaio 1867. *Cassa Ecclesiastica—Petrucci. Legge*, VII, 318.

3. Dopo che dal giudice penale si è irrevocabilmente dichiarato vero l'atto arguito di falso principale, non può più, a riguardo di quest'atto, nè promuoversi, nè proseguirsi il giudizio di falso incidente civile. — *Appello Potenza*, 22 febbraio 1867. *Paggetta—Paggetta. Annali*, I, 491.

4. Non può dirsi essersi dato esecuzione al testamento impugnato di falso incidentale, all'effetto di rendere inammissibile la querela, se il fatto da cui si vuole indurre l'esecuzione non porti in sé insite le condizioni richieste per la conferma e ratifica espresse dall'art. 1451 cod. civ.

In tal caso sarebbe necessaria la prova che fosse conosciuta la nullità del testamento e che si fosse voluto questa sanare; il fatto di avere assistito alla lettura del testamento non proverebbe la scienza del difetto delle formalità dalla legge per tale atto richieste.

Gli art. 1317, 1341 e 1364 codice civile, non ammettono contro i fatti attestati dal notaio altro rimedio che la querela di falso. — *Cass. Firenze*, 28 novembre 1867. *Pagliano—Perti. Gazz. dei Trib.*, 1868, 251.

5. Perchè abbia luogo un procedimento per falso civile è d'uopo che il falso concerna il materiale del documento, non già che questo accenni a deposizioni od a fatti veri, quando fossero falsi.

La querela di falso prodotta in sede penale, senza essersi prodotta in sede civile perchè non cadente sul materiale del documento, non arresta il civile giudizio, e non disobbliga quindi l'appellante dal deposito di un atto necessario alla decisione, nè lo salva dalla decadenza d'appello per tale mancanza. — *Cass. Torino, 3 aprile 1868. Cossu-Rocca—Negri. Legge, VIII, 508.*

6. Essendo il giuri chiamato dalla legge a valutare i caratteri materiali e non giuridici del fatto costituente il reato di falsità, il verdetto d'assoluzione ottenuto dall'accusato, non è perciò d'ostacolo alla ammissibilità dell'incidente di falso civile. — *Appello Catanzaro, 6 maggio 1868. Loschiavo—Grande. Gazz. dei Trib., 1868, 427 — Cass. Napoli, 5 maggio 1870. Loschiavo—Grande, Pitimada. Gazz. dei Trib., 1870, 359.*

7. Quando sopra un foglio affidato in bianco colla sola sottoscrizione siasi, per lucro, scritto in danno altrui un atto qualunque, può lo stesso impugnarsi di falso incidente civile. — *Appello Trani, 11 dicembre 1868. Ancinini—Centola. Gazz. dei Trib., 1869, 253.*

8. Una scrittura genuina nella sua origine e sotto taluni riguardi, può reputarsi falsa sotto altri, posto mente allo scopo cui mira il produttore, nè richiedesi che la scrittura sia alterata con mezzi artificiali.

La querela di falso in via civile sarebbe improponibile quando l'alterazione che si pretende commessa in una scrittura non modifichi i diritti e gli obblighi originariamente stabiliti fra le parti. Tale indagine però pregiudicando il merito, devesi rinviare l'incidente sulla proponibilità della querela alla discussione del merito. — *Appello Bologna, 19 dicemb. 1868. Settembrini—Ferrari. Gazz. dei Trib., 1870, 712.*

9. A costituire il falso civile non è necessario che si tratti di scrittura falsificata o alterata: potendosi, sotto certi aspetti, qualificare una scrittura che sia genuina per falsa, ove si consideri l'oggetto per cui venga prodotta in giudizio.

L'oggetto cui si tende col procedimento di falso in via civile non è già di stabilire la prova di un reato, ma di eliminare dagli atti un documento che sia stato prodotto in appoggio di un diritto che si reclaims o di una liberazione che si allega. — *Cass. Napoli, 29 luglio 1869. Congregazione della Carità—Della Monica. Gazz. dei Trib., 1869, 689.*

10. Tra i giudizi di falso e quelli di verificaione passa grande differenza; nei primi, colui che impugna l'atto deve provarne la falsità, e nei secondi invece deve mostrarne la verità colui che la viene escludendo. — *Cass. Napoli, 27 gennaio 1870. Guerrera—Malucirino. Gazz. del Proc., IV, n. 3.*

11. Non tutte le alterazioni del vero per mezzo di scrittura danno luogo al giudizio di falso incidente, ma quelle soltanto eseguite senza intelligenza della parte danneggiata, e senzachè questa abbia potuto prevenirle e garantirsene.

Perciò se taluno, firmato in bianco un foglio coll'aggiunta del *buono e approvato*, lo consegna ad un terzo, perchè, trovatagli la somma a mutuo da altri, vi scriva la obbligazione a favore del mutuante, non può accusare di falso la scrittura sul fondamento che il terzo vi abbia scritta invece una obbligazione a proprio favore per causa diversa dal mutuo. In tal caso non v'è falsità, ma abuso di firma in bianco, abuso di confidenza, truffa, per cui non è ammissibile la querela di falso incidente. — *Appello Trani, 31 gennaio 1870. Calò—Vocativo. Annali, VI, 482.*

12. All'essenza del falso civile si richiede solo la materiale immutazione del vero nell'atto relativo, sia per aggiunta, sia per cancellazione,

sia per alterazione della di lui sostanza, nè vi ha d'uopo che vi concorra l'elemento intenzionale come nel falso punibile.

È però indispensabile che una tale immutazione sia fatta dall'uno a pregiudizio e contro la volontà degli altri interessati, onde non può parlarsi di falso, nemmeno civile, se l'aggiunta di una scadenza posteriore fu fatta di consenso di tutte le parti. — *Appello Modena, 22 luglio 1870. Papotti—Mutti. Annali, V, 43.*

13. Le ordinanze che dichiarano non farsi luogo a procedimento penale, proferite in ordine all'art. 252 cod. proc. pen. non formano cosa giudicata, e non esercitano influenza nel giudizio civile. — *Appello Firenze, 17 febbraio 1871. Nanni—Martini. Annali, V, 4.*

14. L'ordinanza del giudice istruttore, che dichiara non farsi luogo a procedimento penale per mancanza di prova della falsità non è d'ostacolo all'ammissibilità della querela di falso incidente civile. — *Appello Napoli, 6 dicembre 1871. Benevento Salerno—Fondo pel Culto. Legge XII, 216.*

15. Non può proseguirsi il falso incidente civile, quando dopo la querela di uso sciente del documento impugnato, il giudice criminale dichiarò non farsi luogo a procedimento. — *Appello Napoli, 22 dicembre 1871. Jovine—Rossi ed altri.*

16. La querela di falso si può proporre in giudizio civile anche da chi ha prodotto il documento impugnato.

La querela di falso in giudizio civile si può proporre anche contro un atto pubblico.

La querela di falso civile è diretta contro lo scritto e non contro l'autore, e così contro la veracità dell'atto indipendentemente dal reato e dalla persona che possa averlo commesso.

Quindi tale querela si può dirigere contro l'atto non solo quando se ne vuole provare la falsità materiale del suo contesto o di alcune sue parti, ma anche quando si vuole provare la falsità morale od intellettuale per inserzione di fatti, dichiarazioni, convenzioni che si pretendano non avvenuti, ovvero diversi da quelli che realmente avvennero. — *Cass. Torino, 6 aprile 1872. Oliviero e Candelo—Oliviero. Annali, VI, 280.*

17. La querela di falso può essere proposta così con azione principale come con domanda incidente. Il procedimento tracciato per la querela di falso si applica tanto al caso in cui la querela stessa è proposta in via principale come quando si propone in via incidentale. — *Appello Venezia, 9 aprile 1872. Nicoletti—Nicoletti. Legge, XII, 855.*

18. Un'ordinanza di sezione d'accusa, con cui siasi dichiarato non farsi luogo a procedimento penale per insufficienza d'indizi e una collocazione eventuale in un giudizio di graduazione, l'una e l'altra relativa allo stesso documento impugnato di falso, non possono equipararsi a quella sentenza irrevocabile, la quale soltanto avendo dichiarata la verità del medesimo, escluderebbe ogni altra querela di falso. — *Appello Casale, 29 dicembre 1872. Treves—Della Sala Spada. Legge, XIII, 111.*

19. La sentenza d'una Corte d'assise che ha dichiarato la falsità d'un documento fa stato contro tutti, e così anche contro coloro che non intervennero al giudizio penale. — *Appello Napoli, 12 febbraio 1873. Filangieri—Monaco. Annali, VII, 307.*

20. A stabilire la mancanza di firma di un chirografo non si richiede la querela di falso, da proporsi soltanto in caso di firma falsa o falsificata. — *Cass. Firenze, 20 marzo 1873. Birci—Eger. Legge, XIII, 434.*

21. L'ordinanza della Camera di consiglio, la quale dichiara la falsità d'un atto (testamento), ma al tempo stesso dice non esser luogo per difetto di prova a procedere più oltre contro l'imputato, è una pronunzia

che, se non estingue l'azione penale, pone però termine in quello stato d'atti al procedimento penale.

Tale ordinanza, per altro, non essendo una sentenza definitiva e irrevocabile in giudizio penale, non costituisce cosa giudicata nemmeno quanto alla dichiarata falsità dell'atto.

Consequentemente, la parte, se non può valersi della dichiarazione di falsità emessa nell'ordinanza di camera di consiglio, come di cosa giudicata in giudizio penale, ha però diritto di proporre la querela di falso nel giudizio civile. — *Appello Trani*, 28 marzo 1873. *Salonna—De Stefano. Annali*, VII, 574.

22. La massima della giurisprudenza francese, che lascia al potere discrezionale del giudice l'ammettere o rigettare la querela di falso in materia civile, non può con eguale latitudine applicarsi sotto la legislazione italiana, attesa una notevole differenza che passa fra il tenore dell'articolo presente e l'art. 214 del codice di procedura francese. — *Appello Bologna*, 14 aprile 1873. *Rusconi—Pallavicini ll. cc. Annali*, VII, 638.

23. Le disposizioni relative alla falsità dei documenti si riferiscono tanto alla querela di falso che dicesi materiale, quanto alla querela di falso che dicesi intellettuale e morale.

In un atto pubblico contenente contratto di vitalizio fa piena fede la dichiarazione della sanità di mente e di corpo dei contraenti, perchè in tali contratti la vendita suol essere determinata con riguardo all'età e alla salute della persona sulla cui vita la rendita viene costituita.

È quindi ammissibile il falso incidentale contro tale dichiarazione. — *Appello Venezia*, 27 maggio 1873. *De Toffoli—De Toffoli. Legge*, XIII, 936.

24. Il debitore la di cui querela di falso in giudizio penale contro il creditore sia stata respinta stante la incorsa prescrizione dell'azione, può dedurre la querela di falso in via d'eccezione nel giudizio civile ove egli sia intimato dal creditore al pagamento del debito.

La querela di falso incidente può proporsi nel giudizio d'esecuzione d'una reindicata, la quale appoggiandosi al documento che si arguisce falso pronunciò la condanna del convenuto. — *Appello Perugia*, 29 maggio 1873. *Cruciani—Riveruzzi. Annali*, VII, 657.

25. La sentenza penale definitiva, la quale ha dichiarato la falsità di un documento, fa stato contro tutti anche per gli effetti civili. — *Appello Perugia*, 16 giugno 1873. *Banca Nazionale ll. cc.—Benveduti. Annali*, VII, 630.

26. La legge di procedura civile coll'espressione *documenti*, adoperata in quest'articolo, ha inteso comprendere tanto gli atti pubblici che i privati.

Propostasi quindi querela di falso contro una scrittura privata, questa non va sottoposta al processo di verificaione, ma bensì al procedimento speciale di falso. — *Appello Milano*, 19 novembre 1874. *Bianchi—Pozzi-Fridi. Gior. dei Trib., Annali* III, 320.

27. In ordine all'articolo presente è autorizzata la parte a proporre querela di falso, quantunque abbia già riconosciuto per vero il documento.

La ricognizione della parte, comechè fondata sopra una presunzione di verità, non preclude la via all'esperimento della querela e ad una istruttoria, la quale, sebbene fatta a scopo meramente privato, può riuscire di utile sussidio alla giustizia penale interessata allo scoprimento ed alla punizione dei fraudolenti falsificatori. — *Appello Firenze*, 1 dicembre 1874. *Romanelli—Fici. Annali*, IX, 46.

28. La sentenza penale che, in contumacia dell'accusato, abbia dichiarato la falsità d'un documento, ed a lui, come autore della falsità abbia

irrogata la pena, non fa stato contro i terzi nel giudizio civile, per ottenere (ad esempio) la restituzione di ciò che ad essi fosse stato pagato in base a quel documento.

In questo caso però, chi abbia interesse può promuovere l'incidente di falso davanti al tribunale civile. — *Cass. Napoli, 18 febbraio 1875. Fourquet—Monaco. Annali, IX, 153.*

1. Dice il Pisanelli nella sua *Relazione*:

« La querela di falso, come l'azione contro qualsiasi reato, si promuove regolarmente in giudizio penale. Il Codice di procedura francese subordinando eccessivamente a questo concetto le sue disposizioni sull'accennata querela, descrive il rito del falso *incidente civile*, e non parla mai di un falso *principale* in via civile.

« I commentatori francesi non tralasciarono di notare quel dualismo illogico di un falso incidente civile messo in contrasto col falso *principale* di natura penale. La querela di falso promossa incidentalmente in un giudizio civile può risolversi in un procedimento penale, onde lo incidente civile darà vita ad un altro giudizio in cui la questione principale sarà il falso; ma per una differenza intrinseca che passa fra il reato di falso e gli altri reati, accade per contro che la querela di falso principale non si possa promuovere altrimenti che in giudizio civile.

« Nei reati di altra natura, il fatto che li costituisce è generalmente in sè stesso irreparabile; il solo mezzo di riparazione, quanto al privato offeso, consiste nel risarcimento dei danni. Ma se il privato non può indicare e se le indagini non valgono a scoprire l'autore del reato, torna inutile l'azione penale e l'azione civile, imperocchè manca la persona la quale abbia a subire la pena e sia tenuta al risarcimento dei danni, e per tal modo viene a mancare la materia e l'oggetto così dell'azione penale come dell'azione civile. All'incontro, quando un documento sia falso o falsificato; sebbene non si possa indicare l'autore del falso, od abbia il medesimo cessato di vivere, od anche sia l'azione penale estinta, il fatto del reato è tuttavia capace di una diretta riparazione: il documento falso può essere ridotto al nulla, la parte falsificata può essere ripristinata nel suo vero modo di esistere. Vi ha pertanto interesse di procedere in via civile alla dimostrazione del falso per non lasciare sussistere un documento che sarà poi chiamato a far fede d'una verità che non è. Onde in tale senso rettamente si disse che la querela di falso in via civile si promuove non tanto contro la persona quanto contro l'atto medesimo.

« Però il progetto dichiara esplicitamente che la querela di falso si può proporre in giudizio civile, sia come oggetto principale della domanda, sia incidentalmente nel corso di una causa.

« È noto che tale querela compete tanto per impugnare un atto pubblico, quanto per impugnare una scrittura privata ancorchè stata riconosciuta o verificata in giudizio. L'atto pubblico non può essere attaccato che col mezzo di falso. La ricognizione di un documento qualsiasi può essere illusoria, come desunta dal solo silenzio della parte, o può essere erronea perchè fatta senza cognizione di causa. La verifica di una scrittura poggia sostanzialmente su di una presunzione, e questa deve cedere davanti la querela di falso, come vi cede la presunzione che attribuisce piena fede all'atto pubblico. Tutto insomma viene subordinato, per fini d'ordine superiore, al giudizio di falso.

« Ma se la verità di un documento fosse già stata dichiarata per sentenza irrevocabile in un giudizio di falso civile o penale, è palese che non sarà più ammissibile contro il medesimo una nuova querela, quando vi ostasse la cosa giudicata secondo i principii che la determinano nelle questioni *pregiudiziali*; come per impugnarlo non sarebbe più necessaria, in applicazione degli stessi principii, una nuova querela se il documento già fosse dichiarato falso in un giudizio civile o penale. »

2. Dell'indole e ragione della querela di falso civile:

La querela di falso in via civile si propone e promuove non tanto contro la persona quanto contro l'atto medesimo.

Nel procedimento di falso civile, in altre parole noi andiamo in cerca piuttosto delle sensibili impronte che un'azione delittuosa o imprudente lasciò sulla materia, immutando il suo modo di essere in altrui danno, di quello che della stessa azione che ne fu la causa morale. Non ne perseguiamo l'autore; vogliamo esser certi che le fonti delle nostre convinzioni di fatto sono limpide e pure; ecco tutto. Quindi, il principio che la iscrizione in falso è fondata quantunque non risulti il dolo dell'agente. « *L'istanza in falso incidente*, disse la Corte di Casale (sent. 4 febbraio 1856. Bolzani-Lanzetti—Lanzetti-Betta), *più particolarmente si aggira intorno la veridicità dell'atto, non del reato in cui possa essere incorso l'autore* ». (Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CDLVII).

Senonchè allo scopo del risarcimento dei danni (non della penalità, obbietto soltanto dei giudizi penali), può essere necessario indagare chi sia l'autore del falso, ed anche in questo caso, oltrechè in quello in cui si miri unicamente all'abolizione del documento, si potrà esercitare la querela di falso in via civile, come si può intentare sempre in via civile l'azione dipendente da un reato, salvo di doverne sospendere il corso quando allo scopo della penalità e del reato sia stata iniziata l'azione penale che per l'art. 4 c. p. p. ha la precedenza sulla civile. Ma specialmente gioverà seguire la procedura del falso civile quando l'azione penale non sia possibile perchè il falso non fu l'opera d'una volontà criminosa, o non sia più esperibile perchè prescritta o per la morte del reo. Anche Boncenne (*t. 2, n. 183*) e Chauveau in Carré (*quest. 859 bis*) nonchè Dalloz (*2ª ediz., t. XXIV, n. 12*) ammettono che si possa ricorrere al *falso incidente* sebbene l'azione penale sia prescritta.

Sia però che la querela di falso richiegga la pura e semplice dichiarazione di falso e l'abolizione dello scritto materiale, sia che per effetto del risarcimento del danno (azione personale) sia d'uopo verificare la persona dell'autore del falso, è sempre fondata nell'interesse economico ed estranea come dissi, alla penalità.

3. Come distinguesi la querela di falso civile dalla verificaione di scritture?

1. La verificaione si istruisce a richiesta della parte stessa che fa uso del documento e non a richiesta di quella che dichiara di non riconoscerla o la nega. La procedura d'iscrizione in falso si fa all'invece dalla parte contro la quale si vuol far uso della scrittura.

2. La verificaione di scritture non à luogo che in materia di atti privati, giammai contro un atto autentico, mentre l'iscrizione in falso è ammessa contro qualsiasi documento.

3. Si può iniziare la querela di falso civile dopo aver esaurita la procedura di verificaione di scritture, ciò che non è permesso nel caso inverso, la querela di falso essendo il procedimento più completo e più rigoroso.

4. Le formalità della querela di falso sono maggiori e più severe di quelle della verificaione.

Il risultato delle due procedure è però sempre quello della ammissione o rigetto del documento.

Senonchè è preferibile la verificaione perchè più semplice e spedita, perchè la parte che si limita a negare o a non riconoscere uno scritto non è tenuta a fornire alcuna prova, e perchè infine la via dell'iscrizione in falso può essere ancora praticata dopo che una sentenza emanata nel procedimento sulla verificaione à riconosciuta la verità della scrittura. E perciò che il solo interesse che possa avere una parte a preferire la via dell'iscrizione in falso non può risultare che da questa considerazione, che l'intervento del P. M. e l'obbligo del medesimo di domandare il rinvio alla sede penale nel caso d'indizi di colpeabilità, la rende più efficace sia per determinare l'avversario a rinunciare a far uso del documento, sia per iscoprire in modo sicuro la falsità dell'atto. — Carré, II, p. 244 - Pigeau *t. I, p. 235, n. 353*.

Ed il Boncenne (*t. 2, p. 165*) aggiunge: Sebbene possa parere che la iscrizione in falso debba essere riservata pei casi in cui la semplice verificaione è impossibile, la legge permette di iscrivere in falso così una scrit-

tura privata come un atto pubblico. Tuttavia è raro nella pratica che di primo acchito si provochi la iscrizione in falso, quando non vi siamo obbligati, perchè la verificazione di scrittura può condurci al medesimo risultato, il rigetto del documento; perchè la via della iscrizione resta aperta anche dopo la prova della verificazione e la sentenza che ha dichiarata vera la scrittura, e perchè se si cominciasse coll'iscrizione in falso non sarebbe più possibile di retrocedere per limitarsi alla verificazione. Si noti però che anche riguardo alla scrittura privata la iscrizione in falso diventa necessaria quando essa fu alterata in qualcheduna delle sue disposizioni poichè, a meno che l'atto non sia stato scritto per intero da colui dal quale emana, la verificazione di scrittura non può versare che sulla firma.

4. Un debitore solidale può promuovere la querela di falso contro un documento riconosciuto per vero in confronto del suo condebitore, il quale rimase soccombente nella querela da lui precedentemente mossa contro il documento stesso?

No, se la querela è caduta sul corpo dello scritto, dovendosi considerare i condebitori solidali come una sola persona; si all' invece se la querela ebbe per oggetto la firma di uno dei debitori. — Borsari, *Comm.* I, p. 416 - Gargiulo, *Comm.*, p. 769 - Mattei, *Annotaz.* - Chauveau e Carré, *quest.* 861 - Lepage, p. 184 - Dalloz, *loc. cit.*, n. 32.

5. Un terzo estraneo al giudizio di falso può essere ammesso a fare opposizione di terzo alla sentenza che abbia dichiarata la verità del documento. Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CDXXXVII, e *Comm. Cod. It.*, I, p. 416 - Carré e Chauveau, *quest.* 862 - Lepage, p. 186 - Pigeau, t. 1, p. 452 - *Contra*: Thomine, n. 256 - Dalloz, *loc. cit.*, n. 33.

6. Anche la parte che ha prodotto l'atto può iscriversi in falso contro il medesimo in quelle enunciazioni che sono contrarie a lei e favorevoli al suo avversario. — Dalloz, *ib.* n. 27 - Chauveau e Carré, *quest.* 865.

7. È lecito sollevare querela di falso anche contro i documenti prodotti nel corso dell'istruzione dell'incidente di falso. — Dalloz, *ib.* n. 41 - Chauveau in Carré, *quest.* 935 *bis* - Borsari, Gargiulo e Mattei a questo articolo.

8. L'iscrizione in falso è ammissibile anche trattandosi di falso intellettuale o morale. — Dalloz, *ib.* n. 73 - Carré e Chauveau, *quest.* 867 - Boncenne, t. 4, p. 9 - Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CDXXXIX.

9. Qual'è l'effetto della prescrizione dell'azione penale sulla proponibilità della querela di falso?

Posta la questione della influenza della prescrizione dell'azione penale sull'azione civile, moltissimi tra gli scrittori pensano che la prescrizione dell'azione penale, porti seco anche quella della civile, e ciò pel riflesso che l'azione civile in riparazione è una conseguenza del reato o che non si può ottenere la prima se non si comincia dal far ammettere il secondo. — Vedi Merlin, *Rep. v. Prescript.*, sez. 3, § 4, n. 5 - Duranton, t. 21, n. 102 - Longchamps, *Police rurale*, n. 521 - Boitard, *Instruct. crim.*, n. 326 - Mangin, *Th. de l'act. pub.*, n. 327, ecc. ecc. - Borsari, *Teoria dell'azione penale*, n. 524 e seg. - Pescatore, *Proc. civ. e crim.*, vol. I, parte 2, p. 22.

Questa dottrina così assoluta però fu modificata da una giusta limitazione, la quale distingue se l'azione civile tende solamente alla ripetizione dei danni e interessi, o alla rivendicazione della cosa, frutto del delitto. E il rigore della dottrina si mantiene pel primo caso, lasciando assolutamente indipendente pel secondo l'azione civile dalla penale. — Cotesta massima è oggi accettata dalla maggior parte degli scrittori e delle decisioni. Vedi Nicolini, *Proced. pen.*, § 871 - Borsari, *loc. cit.*, n. 526 - Pescatore, *loc. cit.*, p. 24. — *Contra*: Mangin, *loc. cit.*, t. 2, § 366 - Duranton, t. 13, n. 707, e t. 21 n. 102.

Gli scrittori che ammettono una tale limitazione sono venuti necessariamente alla conseguenza che anche riguardo al delitto di falso la prescrizione dell'azione penale tragga seco anche la prescrizione della civile, ma al solo scopo dei danni, non per la rivendicazione della cosa acquistata col falso documento, ed hanno concluso che la prescrizione del falso non tolga l'azione civile del falso *incidente*, appunto perchè qui il processo non si fa più all'individuo ma all'atto, che non si può mutare e far diventare vero per la prescrizione dell'azione penale.

10. Sulla ormai vecchia questione della influenza del giudicato penale sull'azione civile, l'opinione oggi prevalente si è che le decisioni del magistrato penale portino il loro effetto nel giudizio civile in quanto stabiliscano una posizione di fatto sulle questioni che furono *esplicitamente* decise e che per loro natura debbano costituire il fondamento diretto e necessario del secondo giudizio. L'attinenza della sentenza penale all'oggetto dell'azione civile deve quindi essere necessaria e diretta, ed è perciò che il verdetto di assoluzione emesso dai giurati, non risolvendo che la questione dell'imputabilità, ma lasciando intatta l'altra della sussistenza del fatto e della parte avutavi dal prevenuto, non può costituire cosa giudicata ai riguardi della azione civile. — Vedi Borsari e Casorati, *Cod. proc. pen.*, I, p. 164 e segg. — Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CDXXXIV, *Comm. Cod. It.*, I, p. 433, e *Trattato dell'azione penale*, § XXVI e CI — Nicolini, *Proc. pen.* n. 100 e segg. — Mattei, *Annotaz.* — Saredo, *Istit.*, 556.

Sulla efficacia poi delle ordinanze di non farsi luogo a procedimento è opinione concorde degli scrittori che desse non ne abbiano alcuna nel giudizio civile. — Mangin, *Action pub.*, n. 413-442 — Le Sellyer, *Act. pub.*, 6, n. 2484-98 — Hélie, *Act. pub.*, n. 1416 — Zachariae, t. 3, p. 798 — Dalloz, *Rep. voc. Chose jugée*, cap. 5, § 3, n. 590 — Sourdat, *De la responsabilité*, t. 1, p. 369.

Bertauld, *Quest. et except. préjudic. en matière criminelle*, n. 116, p. 149-150, così si esprime in argomento: « Les ordonnances de la chambre du conseil et de la chambre de mise en accusation, portant qu'il n'y a lieu à suivre et décidant positivement, soit que le fait de la prévention n'existe pas, soit que le prévenu ne l'a pas commis, soit que le fait ne constitue pas une infraction punissable, n'ont aucune influence sur l'action civile. — Ces décisions, en effet, ne sont rendues qu'en l'état; elles n'ont aucun caractère définitif; elles doivent s'évanouir s'il survient des charges nouvelles; elles peuvent sans doute provisoirement empêcher la partie lésée de mettre en mouvement l'action publique, mais elles ne sauraient faire échec au droit de saisir les juridictions de droit comune ».

297. La querela di falso incidente si può proporre in qualunque stato o grado della causa.

Questo articolo autorizzando la parte a proporre querela di falso in qualunque stato la causa si trovi, comprende qualsiasi escogitabile contingenza, — Appello Firenze, 1 dicembre 1874. *Romanelli-Fici. Annali*, IX, 46.

1. È proponibile in appello la querela di falso contro un atto prodotto in prima istanza e non eccepito che *nel suo valore intrinseco* e malgrado avesse quel tribunale ritenuta la verità della scrittura. (Corte di Torino, 7 marzo 1856, *Bettini*). Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CDXLI. — Dalloz, *loc. cit.*, n. 36 — Chauveau e Carré, *quest.*, 863 — Favard, t. 2, p. 559.

2. Anche in Cassazione può iniziarsi la procedura di falso civile. Però contro quelli atti soltanto che sono necessari alla contestazione che si agita davanti la Corte suprema. — Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CDXLII e *Comm. Cod. It.*, I, p. 418 — Gargiulo, *Comm.* p. 756 — Mattei, *Annotaz.* — Chauveau, *quest.*, 863 bis — Carré, n. CLXXII — Berriat, p. 193 — Thomine, n. 254 — Favard, t. 2, p. 559 — Merlin, *voc. de l'Inscrip en faux*, § 1, n. 13 — Dalloz, *loc. cit.*, n. 48.

La Corte di Cassazione non giudica della querela, ma ne rinvia la cognizione a quell'autorità giudiziaria che deputa a questo effetto, di grado eguale a quella di cui la sentenza è denunciata alla Corte suprema. — Borsari, Gargiulo e Mattei, *loc. cit.* — Merlin, *voc. Inscript. en faux*, § 7, n. 3 — Dalloz, *Faux incident*, n. 48, 2ª ed. — Favard, t. 2, p. 558.

298. La parte che intende proporre la querela di falso deve interpellare innanzi tutto l'altra parte se voglia o no servirsi del documento impugnato, con protesta che, se voglia servirsene, proporrà la querela di falso.

Niun termine è prefinito per adempiere al prescritto degli art. 298 e 301 c. p. c.

Quindi non può dichiararsi la decadenza dal proporre la querela di falso per non aver adempiuto al prescritto di detti articoli chi semplicemente minacciò di proporla — *Appello Napoli*, 18 giugno 1869. *Milosa-Ferri—Ferraciano. Gazz. dei Trib.*, 1869, 438.

Per l'interpellazione non occorre atto di parte. — *Gargiulo, Comm. p. 778 - Borsari, Comm. Cod. It.*, I, p. 417.

Ma l'avvocato che fa notificare l'interpellanza dovrà munirsi di un mandato speciale per coprire la propria responsabilità. — *Carré e Chauveau, quest. 870 - Thomine, n. 258 - Favard, t. 2, p. 260.*

299. La parte interpellata deve notificare all'altra la sua dichiarazione, se intenda o no servirsi del documento prodotto.

Art. 301 c. p. c.

Per questa dichiarazione il procuratore deve essere munito di mandato speciale, salvo che la parte sottoscriva la comparsa.

1. « Riguardo alla risposta che deve dare la parte interpellata, (dice il Pisanelli nella sua *Relazione*), alcuni codici stabilirono, che ove essa non faccia la sua dichiarazione nel termine ordinario per rispondere, o dichiari di non voler servirsi del documento, questo si abbia senz'altro come rigettato per quanto concerne il suo interesse.

« Nel progetto non si è creduto conveniente di porre sulla stessa linea il silenzio della parte e la dichiarazione esplicita di non valersi del documento. Giova qui ricordare quanto già venne osservato, parlando della prova testimoniale, sulla convenienza di non stabilire alcun termine per la deduzione della prova contraria.

« Il procuratore non può sempre essere in grado di apprezzare la sussistenza o non della querela di falso; che l'altra parte intende di proporre contro un documento presentato in giudizio, poichè egli ignora i fatti e le circostanze in cui prese vita quel documento, ed i fatti posteriori sui quali potrà fondarsi la querela stessa.

« Il procuratore dovrà pertanto rivolgersi al suo cliente per aver istruzioni al riguardo; difatti egli non può fare la dichiarazione che la parte intenda o non valersi del documento impugnato, se non in forza di un mandato speciale, perchè tale dichiarazione trae seco ognora delle conseguenze gravissime per la parte. Se non che può ancora avvenire che la stessa parte, come erede non informato, o come terzo estraneo alla formazione di quel documento, manchi degli elementi richiesti per dare una risposta con cognizione di causa, onde dovrà a sua volta assumere informazioni, per determinare con ponderatezza qual via abbia a seguire in tale importante emergenza. Per raggiungere il duplice scopo, si richiede uno spazio di tempo che sovente eccede il termine stabilito per rispondere, massime quando la parte dimorasse in luogo lontano dalla sede del giudizio.

« Quindi il progetto, mentre riconosce il rigetto del documento come conseguenza della dichiarazione esplicita di non voler servirsi del medesimo, non attribuisce lo stesso effetto al semplice silenzio della parte interpellata. Se questa non risponde nel termine ordinario, l'interpellante potrà allora promuovere la querela di falso, come nel caso in cui l'altra parte avesse

dichiarato di valersi del documento. Appena occorre di osservare che per l'atto col quale si propone la querela, il procuratore dev'essere munito di mandato speciale.

« Se i mandati speciali necessari ai procuratori per fare a nome della parte la dichiarazione di volersi o non servire del documento, e per promuovere contro il medesimo la querela di falso, tendono a far sì che dall'una e dall'altra parte si proceda con prudenza e cautela, fra le disposizioni però colle quali si cerca di impedire una querela temeraria di falso, primeggia quella che minaccia una grave multa a chi promuove una querela di falso e poi desista nel corso del procedimento, o rimanga soccombente in giudizio col rigetto della querela medesima. »

2. Come l'interpellazione anche la risposta dev'essere semplice, assoluta, incondizionata. — Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CDXLVI, *Comm. Cod. It.* I, p. 417 — Saredo, *Istit. n. 546* — Mattei, *Annotaz.* — Carré, *quest. 875*.

Chauveau (in Carré, *quest. 875*), considerando che non è raro si faccia uso di uno scritto falso senza avere la coscienza della sua falsità, quando per esempio trattasi di un erede, ritenne che in tal caso soddisfaccia al voto della legge una dichiarazione che riservi al dichiarante il diritto di rinunciare all'uso del documento tosto che venga a risultare la sua falsità. — Borsari nel *Comm. al Cod. Sardo* non ammette la efficacia di una tale riserva.

3. La dichiarazione di non valersi del documento è irretrattabile, salva la prova d'un errore di fatto. — Autori succitati e Delaporte, *t. 1, p. 217* — Chauveau in Carré, *quest. 876* — Dalloz, *loc. cit.* — Thomine, *n. 259* — Favard, *t. 2, p. 560*.

4. *Quid* della dichiarazione affermativa?

La ritengono irretrattabile e in qualunque stato di causa. — Chauveau Carré, *quest.*, 877 — Dalloz, Thomine e Favard, *loc. cit.*, e Borsari *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CDXLVII.

Lo stesso Borsari (*Comm.*, I, p. 418), Saredo (*Istit. n. 546*), Gargiulo (p. 579) e Mattei (*Annotaz.*), riconoscono la facoltà di rinunciare al documento soltanto sino al punto in cui la querela di falso sia stata ammessa con sentenza del collegio, dopo la quale, salvo il veto del pubblico ministero, fa mestieri l'assenso formale di ambedue le parti.

300. Quando la parte interpellata dichiara di non volersi servire del documento, questo si ha senz'altro per rigettato in quanto riguarda i contendenti, salvo alla parte interpellante di trarne le induzioni che creda utili, e di fare le domande di danni che possano esserle dovuti.

La domanda di risarcimento di danno che può avere origine da parecchie cause, ad esempio, da difese inutili, da rintraccio di atti dispendiosi per combattere l'atto falso, da tasse pagate, può essere proposta davanti lo stesso tribunale del merito, come un incidente. — Borsari, *Comm.*, I, p. 419 — Gargiulo, *Comm. p. 781* — Saredo, *Istit. n. 546* — Mattei, *Annotaz.*

Art. 164 c. p. c.

301. Quando la parte interpellata dichiara volersi servire del documento, o non risponda all'interpellanza nel termine ordinario, l'altra parte, se persista nella sua istanza, dichiara con atto ricevuto dal cancelliere di proporre la querela di falso, esprimendone i motivi.

Per quest'atto il procuratore dev'essere munito di mandato speciale, salvo che la parte sottoscriva la comparsa.

Il documento impugnato rimane in deposito nella cancelleria.

Il cancelliere entro ore ventiquattro presenterà l'atto al presidente, il quale con decreto in fine di esso delega un giudice per procedere alla istruzione.

Copia dell'atto e del decreto è notificata all'altra parte.

1. In giudizio civile è ammissibile così la querela di falso materiale come la querela di falso morale.

Finchè si disputa dell'ammissibilità della querela di falso, il querelante non è tenuto ad esporre i motivi pei quali impugna come falso il documento.

Si può provare in giudizio che una notificazione di usciere non ebbe luogo. Tale asserto non obbliga necessariamente a dar prove negative, che sono impossibili; ma permette al querelante di provare con fatti positivi che la notificazione non poté seguire. — *Appello Napoli*, 28 novembre 1866. *Chiesa di S. Maria—Squaglia-Cassa Ecclesiastica. Bettini*, XVIII, 612.

2. Onde possa essere accolta la querela di falso è necessaria la dichiarazione di cui questo articolo.

Non è accoglibile la istanza del procuratore non munito di mandato speciale, che venga dato atto alla dichiarazione di non dissentire il suo cliente di ottemperare al disposto dell'articolo presente.

Dopo l'iscrizione della causa a ruolo rimane preclusa la via a produrre siffatta dichiarazione. — *Appello Torino*, 5 aprile 1867. *Grognardi—Paglianotto. Gazz. dei Trib.*, 1867, 468.

3. Il giudizio di falso incidentale non può dallo interpellante essere proseguito, se l'interpellato, ancorchè sia trascorso il termine ordinario di cui a questo articolo, risponda di non volersi servire dei documenti da esso prodotti.

Sono però a di lui carico le spese fatte per la sua tardiva dichiarazione. — *Appello Torino*, 4 luglio 1868. *Bonesio—Gorgnone. Gazz. dei Trib.*, 1868, 658.

4. Il convenuto in materia di querela di falso incidentale può non solo modificare all'udienza le prese conclusioni, ma prenderle ivi per la prima volta.

L'attore in querela di falso che deduca a prova testimoniale « che i testimoni indicati nell'atto che impugna non furono continuamente e simultaneamente a tutto l'atto presenti, e specialmente alla dichiarazione di ultima volontà fatta dal testatore », sufficientemente specifica i fatti e motivi, per cui pretende dimostrare la falsità dell'atto. — *Cass. Torino*, 16 aprile 1869. *Tolomei—utrinque. Gazz. dei Trib.*, 1869, 247.

5. Cade dalla querela di falso incidentale quel querelante che non giustifica ammissibili sia l'azione, sia i motivi, sia le prove addotte.

È inammissibile qualunque motivo di falso, non solo se sia vago, indeterminato, inconcludente o non pertinente, ma ben anco quando sia già smentito da pubblici documenti, cioè quando è già provato il contrario.

Così nel caso che s'impugni di falso un testamento olografo perchè si alleggi che il testatore non sapeva scrivere, se egli stesso dichiarò al notaio che era da lui scritto, se presentò a diverso notaio altre scritture private che dichiarò tutte scritte di suo pugno, ancorchè queste si impugnano pure come false, e se furono presentati altri documenti autentici come da lui scritti e non stati impugnati.

Le istruzioni di una causa di falsità non sono dalla legge ordinate come assolutamente necessarie e senza le quali non si possa venire a definitivo giudizio, onde il magistrato può sempre in qualunque stadio della

causa respingere la querela quando sia evidentemente temeraria, come può anche senza istruzioni dichiarare falso il documento se evidentissima ne sia la falsità.

Sono a dirsi inammissibili i motivi per falso ed è da rigettarsi la querela, quando questa è imputata al testatore, quando le fatte deposizioni sono conformi alla legge, se avendo più figli, questi non si vollero unire al querelante, e se le scritture presentate per dimostrare che sapeva scrivere siano di carattere conforme. — *Appello Palermo*, 15 novembre 1869. *Li Destri—utrinque. Gazz. dei Trib.*, 1870, 267.

6. L'interpellante non si può dichiarare decaduto dal diritto di proporre la querela di falso, perchè non fatta immediatamente dopo la risposta affermativa, o il silenzio all'interpellanza, ma l'autorità giudiziaria è autorizzata a fissare un termine discreto, entro cui si debba con effetto procedere all'iscrizione in falso. — *Appello Napoli*, 19 luglio 1871. *Ferraro—Bellot. Gazz. del Proc.*, V, 310.

7. Nel proporre la querela di falso, l'attore ha facoltà di fare la notificazione della citazione al domicilio ed al procuratore eletto dal convenuto nell'atto di risposta affermativa fatta da questi all'interpellanza dell'attore. — *Appello Venezia*, 9 aprile 1872. *Nicoletti—Nicoletti. Legge*, XII, 855.

8. Il giudizio di falso civile non può dirsi completamente iniziato se non dal momento in cui siano avvenute la denuncia e la notificazione della querela di falso, la chiamata davanti al giudice e la ingiunzione a comparire in giudizio fatta dal giudice e debitamente notificata.

È soltanto dopo codeste notificazioni che il chiamato in giudizio non comparendo all'udienza fissata dal giudice delegato, può essere dichiarato contumace.

A questa dichiarazione non può farsi luogo se le notificazioni della querela di falso e degli atti successivi, furono fatte ai convenuti non comparsi per affissione, anzichè per intimazione personale. — *Appello Brescia*, 1 ottobre 1873. *Lautieri de Paratico—Noventa. Mon. Trib.*, XIV, 1138.

9. L'interpellato è in obbligo di dare all'interpellante una replica chiara, precisa e categorica. — *Appello Firenze*, 1 dicembre 1874. *Romanelli—Fici. Annali*, IX, 46.

1. Il termine *ordinario* è certo quello di quindici giorni, e non è perentorio giacchè la decadenza non è dalla legge pronunziata (art. 46). — Borsari, *Comm.* I, p. 419 - Gargiulo, *Comm.*, p. 782 - Mattei, *Annotaz.* - Saredo, *Istit.* n. 546.

2. La firma della parte o del suo procuratore speciale non può essere surrogata dalla dichiarazione del cancelliere che dichiara la impossibilità di apporla, e ciò pel motivo che il cancelliere non risponde della identità delle persone, come il notaio. — Chauveau e Carré, *quest.* 886 - Pigeau, *Comm.* I, p. 455 - Dalloz, 1a ed., t. 16, p. 23 - Thomine, n. 260 - Mattei, *Annotaz.*

3. I motivi della querela devono essere dichiarati al cancelliere e se la querela è presentata da un procuratore è opportuno che la procura (la quale resta unita al verbale) ne faccia un cenno espresso. — Borsari, *Comm.*, I, p. 420 - Mattei, *Annotaz.* - Gargiulo, *Comm.*, p. 782.

4. Quali sono i motivi da dedurre in appoggio della querela?

Trattandosi di falso materiale o d'una falsificazione, il querelante dovrà indicare e specificare le alterazioni, raschiature, la parte precisa del documento che contiene la falsificazione materiale.

Se invece è il caso di un falso intellettuale, i motivi non possono consistere se non nei fatti e circostanze che dimostrano la falsità dell'atto. — Borsari, Gargiulo e Mattei, *ib.* - Carré e Chauveau, *quest.* 910 - Berriat, *tit.* II, p. 196 - Demiau, p. 176 - Pigeau, t. 1, p. 245 - Favard, t. 2, p. 562 - Thomine, n. 269 - Dalloz, t. 16, p. 24, n. 17 - Boncenne, t. 2, p. 86.

5. Può il giudice rifiutarsi di ammettere la querela?

La disputa su tale questione fu assai viva tra i commentatori del Codice francese, che all'art. 218, dopo aver dettate le norme per la dichiarazione del querelante, soggiunge: « Il poursuivra l'audience sur un simple acte, à l'effet de faire admettre l'inscription, et de faire nommer le commissaire devant lequel elle sera poursuivie ».

Carré (*quest.* 890) d'accordo con Merlin (*loc. cit.* § 1, n. 13), osserva anzitutto che la querela potrebbe respingersi per la inutilità del documento nella decisione della lite.

Chauveau (in Carré, *ib.*) ammette poi che il tribunale può rifiutare l'ammissione della querela per essere pienamente convinto della verità dell'atto, giacché i mezzi di prova che la legge mette a sua disposizione non sono che facoltativi, e se risulta dai fatti della causa o da qualunque altra circostanza che l'iscrizione in falso non è fondata, può e deve rigettarla immediatamente. Con Chauveau sono Pigeau (*Comm. I, p. 456*) e Dalloz, (*t. 16, p. 4*).

Secondo il codice attuale, conforme in ciò ai due sardi, questo stadio del procedimento di falso, precedente alla constatazione del documento impugnato, non si chiude più con una sentenza del tribunale.

Fatta dal querelante la dichiarazione in cancelleria, il presidente, al quale la dichiarazione stessa dev'essere comunicata, delega, con decreto, un giudice per procedere alla istruzione. Sembra pertanto che al presidente non sia demandata se non la nomina del giudice istruttore.

Contutociò Borsari (*Comm. I, p. 422*), Gargiulo (*Comm. p. 783*), Mattei (*Annotaz.*) e Saredo (*Istit. n. 547*), insegnano che il presidente ha facoltà di rigettare la querela e rifiutarsi quindi alla delega del giudice, salvo alla parte il diritto di reclamare contro il decreto davanti al collegio.

A mio avviso però il testo dell'articolo presente è assolutamente di ostacolo a che l'opinione di codesti insigni scrittori possa essere accolta. Infatti, quali mezzi ha mai il presidente per pronunciarsi nel merito dell'ammissione della querela? Nessuno; poichè il decreto che esso deve emanare è reso senza il contraddittorio delle parti: perchè nemmeno il documento controverso è a lui offerto, ma il cancelliere non ha obbligo di presentargli che la querela acciò che ai piedi della medesima scriva il decreto.

Sta bene adunque che la massima propugnata dai succitati autori sia comune negli scrittori e nelle decisioni francesi, e vi farei plauso anch'io se la nostra legge fosse identica alla francese; ma per la disposizione dell'articolo che ci intrattiene, è tolta la base di quella teoria, più non spettando al tribunale, sentite le parti in pubblica udienza, di provvedere al proseguimento della istruzione dell'incidente. Il compito del presidente è tassativamente prescritto dal legislatore; è la delegazione del giudice, e corrisponde a quello che in altri incidenti gli è pure assegnato.

Io non nego che sarebbe ottima cosa se subito dopo la querela, fosse permesso di troncare il procedimento di falso così respingendo la querela stessa perchè sia evidentemente infondata o versi sopra un documento di nessuna influenza nella lite, che ammettendola quando, come dice il Borsari, la sua verità si imponga addirittura colla forza dell'evidenza, ma non credo che l'art. 301 possa autorizzare il presidente a pronunciarsi nell'uno o nell'altro senso.

Tale è pure l'avviso dell'avv. Augusto Franchetti (*Arch. Giur.*, IV, p. 186).

302. Quando esista l'originale del documento impugnato, il giudice delegato, sull'istanza della parte, o d'ufficio, può ordinarne il deposito nella cancelleria nel termine che stabilirà.

Per il deposito si osservano le norme e cautele prescritte nel paragrafo precedente riguardo alle scritture di comparazione.

Se il deposito dell'originale non siasi eseguito o non possa eseguirsi, sull'istanza d'una delle parti, e sulla relazione del giudice l'autorità giudiziaria dà i provvedimenti occorrenti.

Art. 287, 288 c. p.

1. Se il depositario rifiuta di produrre l'originale, saranno contro di lui applicabili i mezzi coercitivi ordinati dagli art. 287 e 288. — Borsari, *Comm. I*, p. 425 - Gargiulo, *Comm. p.* 787 - Mattei, *Annotaz.*

2. Che cosa avviene se l'originale non fu depositato?

Disponeva l'art. 408 dell'ultimo Codice sardo conforme al 404 del precedente e simile all'art. 222 del Codice francese: « È lasciato alla prudenza del tribunale di ordinare, sulla relazione del giudice commesso, chiamate le parti con semplice avviso e senz'altra formalità, ciò che crederà conveniente nel caso, o che l'attore nel termine prefisso ometta di fare le dovute diligenze pel trasporto dell'originale nella segreteria (il deposito non poteva ordinarsi che ad istanza di parte e doveva da questa curarsi), o che tale originale non possa essere presentato, o che sia a sufficienza provato che lo stesso è stato sottratto o smarrito ».

La responsabilità del depositario pei danni ed interessi e la diligenza della parte, potranno valere nella maggior parte dei casi a mettere in sodo la assoluta impossibilità di produrre l'originale. In tal caso, anche secondo l'illustre Borsari, *Comm. I*, p. 425, il *provvedere* non significherà altro fuorchè o il mandare avanti la verifica senza l'originale, o decretare che stante la necessità del medesimo, l'incidente è finito e si decide il merito.

303. Sull'istanza d'una delle parti è citata l'altra a comparire davanti il giudice per essere presente al processo verbale, che sarà fatto per assicurare l'identità e lo stato del documento.

Se sia stato eseguito il deposito dell'originale, è fatto processo verbale dello stato sia dell'originale, sia della copia.

1. Il processo verbale di constatazione del documento arguito di falso deve precedere la sentenza che ammette i motivi di falsità e le prove all'uopo dedotte. Non v'ha però nullità se questo verbale, anzichè precedere susseguiva la sentenza, quando la parte contro cui la querela di falso fu proposta à avuto agio di difendersi e di dedurre a sua volta tutti i mezzi legali per escludere il falso. — *Cass. Napoli, 18 marzo 1871. Vanotti ll. cc.—Pascasio. Annali, V, 288.*

2. Se dopo la querela di falso non si procede al verbale di constatazione del documento impugnato, non si può pronunziare pena di decadenza, la quale è solo possibile dopo che il querelante, al seguito del verbale di constatazione, non si sia uniformato alle disposizioni di legge. Infatti l'articolo presente lascia alla parte più diligente la cura di citare l'altra dinanzi al giudice delegato per il verbale di constatazione, e non l'impone già al solo querelante. — *Appello Napoli, 23 febbraio 1872. Borelli—Borelli. Gazz. del Proc., VII, 82.*

304. Nel processo verbale debbono descriversi le cancellature, aggiunte, interlinee, ed ogni altra particolarità. Esso è fatto in presenza del ministero pubblico.

Con lo stesso processo verbale il giudice stabilisce il termine entro cui la parte che impugna il documento dovrà, sotto pena di decadenza, dedurre le prove del falso, e il termine entro cui l'altra parte dovrà notificare la sua risposta, con assegnazione della causa a udienza fissa sull'ammissione dei motivi della querela di falso, e delle prove sulle quali si fonda.

Il processo verbale è sottoscritto dalle parti presenti, dai

loro procuratori, dal giudice, dal ministero pubblico, e dal cancelliere.

Il documento impugnato è pure sottoscritto dal giudice, dal ministero pubblico, e dal cancelliere.

1. Per la natura, per l'oggetto e per le conseguenze di una querela di falso in un giudizio civile, le formalità riguardanti il procedimento da tenersi e le obbligazioni imposte al querelante si devono ravvisare di stretto rigore, di modo che non può esser lecito di usare di alcuna interpretazione della legge che vi riguarda per esonerarlo dallo stretto e preciso adempimento di queste obbligazioni, secondo il senso letterale della legge medesima.

Il termine perentorio dell'art. 412 Codice sardo 1859 (conforme al nostro 304), non può venir prorogato e ciò sostanzialmente si farebbe quando si ammettesse un supplemento qualunque all'atto indicato nell'articolo stesso e che fosse presentato dopo decorso il termine prefisso. — *Appello Torino*, 3 luglio 1863. *Legge*, III, 862.

2. Il termine dell'art. 412 è perentorio e non può quindi essere nè direttamente nè indirettamente prorogato per autorità del giudice.

Coll'ammettere il querelante a compiere la designazione dei fatti già dedotti in tempo utile, si verrebbe a prorogare indirettamente il termine perentorio ed a frustrare il voto della legge. — *Cass. Milano*, 9 dicembre 1864. *Bettini*, XVI, 758.

3. L'attestazione stragiudiziale di esperti calligrafi che opinano per la falsità dell'atto può riguardarsi come un documento dedotto a prova della falsità; e conseguentemente il deposito della medesima fatto dentro il termine assegnato dal giudice delegato, esime il querelante di falso dalla decadenza di cui dispone questo articolo.

L'ammissione delle prove di cui parla l'articolo presente deve riferirsi a quelle che per istruirsi e compiersi hanno bisogno di essere ammesse con pronunciato giudiziale, e non ai documenti che, una volta depositati, sono da valutarsi soltanto con la sentenza definitiva sul falso.

Nel giudizio di falso civile, l'attestazione stragiudiziale di esperti calligrafi non può convertirsi in perizia giudiziale, richiamando gli esperti a ratificarla.

Tostochè i primi giudici hanno ammesso il motivo di falso dedotto dal querelante, e la sentenza non è stata in questa parte impugnata, manca di oggetto la domanda di ammissione dello stesso motivo fatto nel giudizio d'appello.

A colui che si fonda sul documento impugnato di falso, compete il diritto alla controprova; ed a questo oggetto può valersi di mezzi di prova diversi da quelli proposti dall'attore.

Il Cod. di proc. civ. per accertare la verità di una scrittura, non ammette la prova testimoniale che congiuntamente alla perizia, a meno che questa non sia possibile.

Sebbene l'art. 284 sia contenuto nel § 6, tit. IV, lib. I, dove si parla della verifica delle scritture, pure è applicabile anche in materia di controprova nel giudizio di falso civile. — *Appello Firenze*, 10 febbraio 1868. *Ciabatti e Bartorelli-Trinci*, *Annali*, II, 136.

4. Il termine a dedurre le prove della falsità in giudizio civile è perentorio ed improrogabile.

Il soggetto della querela di falso sono i documenti della causa, non le dichiarazioni fatte dalle parti nella scrittura.

Perciò quando un documento è querelato di falso, se l'altra parte deduca l'errore materiale e muta la dichiarazione impugnata, ciò non autorizza il querelante a mutare il tenore degli articoli testimoniali per ismentire la correzione. — *Cass. Firenze, 9 agosto 1869. Franchetti—Dukase. Bettini. XXI, 574.* — *Contra: Appello Firenze, 7 giugno 1869. Franchetti—Dukase.*

5. Nei giudizi di falso incidente civile non è dato ai giudici di consentire all'ammissione di prova di fatti negativi che fosse impossibile di avere col mezzo di testimoni.

Il termine stabilito da questo articolo sotto pena di decadenza è così perentorio che fuori di esso non è lecito di ricevere la produzione di altre prove sul falso che in esso non siano state articolate. — *Appello Napoli, 17 ottobre 1870. Liroy—Avallone. Gazz. del Proc., V, 38* — *Appello Torino, 3 luglio 1863. Legge, III, 862* — *Cass. Milano, 9 dicembre 1864. Bettini, XVI, 758* — *Cass. Firenze, 9 agosto 1869. Franchetti—Dukase. Bettini, XXI, 574.*

6. Nell'incidente di falso in giudizio civile sono ammissibili le prove intorno a circostanze che provate possono stabilire il reato di falso contro colui che ammise la falsità; per esempio intorno alla impossibilità in cui si trovava il testatore di fare l'asserta dichiarazione della sua ultima volontà.

Il giudizio di falso civile si considera pure come una istruzione preparatoria al giudizio penale. — *Cass. Torino, 6 aprile 1872. Olivero e Candelo—Olivero. Legge, XII, 486.*

7. Non sono da confondere le prove del falso coi motivi della querela.

Quindi chi si fa attore nel giudizio di falso, oltre al proporre la querela e i motivi di quella, deve eziandio dedurre le prove entro il termine concesso dal giudice.

Le prove del falso non si intendono dedotte col riportarsi in genere a tutti i legittimi modi di prova. — *Appello Potenza, 27 giugno 1875. Santangelo-Veggiani—Cortese. Annali, IV, 503.*

1. Il Codice sardo 1859 all'art. 418, quello del 1854 all'art. 414 ed il francese all'art. 232, dispongono che la prova della falsità delle scritture, (come la verificaione) si fa con documenti, con testimoni e col giudizio di periti. Il codice attuale dichiara all'art. 284 che si usano questi tre mezzi per la verificaione delle scritture, ma non riproduce tale disposizione, quando parla della falsità; rammenta però i testimoni nell'art. 306, e i documenti che possono essere presentati dai medesimi; parla inoltre dei periti nell'articolo 307, dove accenna di nuovo alle scritture di comparazione. Apparisce quindi evidentemente che anche la prova della falsità può farsi con documenti, con perizie e con testimoni. Ciò poi risulta pienamente confermato dal Pisanelli nella sua *Relazione*, ove dice: « Quanto ai mezzi per cui il falso può venire accertato, non occorre dar ragguaglio specifico, poichè una massima analogia corre fra essi e quelli che servono alla verificaione delle scritture ».

2. Lo stesso Pisanelli aggiunge, riguardo al termine stabilito per proporre le prove del falso: « Tale termine, secondo i vigenti codici, è quello ordinario fissato per qualsiasi altro atto di istruzione scritta, e decorre dal giorno in cui fu compilato il processo verbale per assicurare l'identità e lo stato del documento querelato di falso ».

« Alcuni codici dichiarano il detto termine perentorio, in guisa che non proponendosi nel medesimo i motivi e le prove del falso, la parte decade dalla proposta querela, altri invece stabiliscono soltanto che, decorso il detto termine, possa l'altra parte instare affinchè sia pronunciata la decadenza dalla querela. Quest'ultimo sistema non fu accolto, perchè trae seco la necessità di un procedimento speciale al solo oggetto di far pronunciare

la decadenza, e così nuovi ritardi e nuove spese. Fu pertanto accolto il primo sistema, ma con una modificazione. Trattandosi di un termine che importa la decadenza dall'esercizio di un diritto, parve più sicuro di commettere allo stesso giudice delegato l'ufficio di fissare collo anzidetto processo verbale, sia il termine per dedurre le prove del falso, sia quello in cui l'altra parte dovrà notificare la sua risposta. Viene così meglio provveduto alle varie esigenze dei casi, e per tal modo potrà ancora ottenersi una maggiore speditezza nel corso del procedimento, perchè nello stesso processo verbale il giudice delegato dovrà anche fissare l'udienza, in cui la causa sarà trattata sull'ammissibilità dei motivi della querela di falso e delle prove sulle quali si fonda ».

3. Non è da confondere la deduzione dei *motivi* di falso con quella delle *prove*. A differenza delle passate procedure, i motivi devonsi oggi esprimere colla querela stessa, mentre secondo i Codici sardi e francese, soltanto negli otto giorni dal processo verbale di descrizione del documento impugnato, il querelante doveva, sotto pena di decadenza, notificare all'altra parte i *motivi, le circostanze* e le prove, sulle quali pretendeva di stabilire il falso. Ed i motivi si distinguono dalle prove in quanto che i primi sono gli argomenti di fatto coi quali si mira a dimostrare l'alterazione e falsità materiale o morale della scrittura, e costituiscono, a così dire, la formula della accusa, le seconde sono il mezzo per stabilire il fondamento degli argomenti medesimi; motivi sono la cosa che si deve dimostrare, le prove la loro dimostrazione.

4. Decorso il termine assegnato dal giudice delegato al querelante per dedurre le prove del falso, potrà lo stesso querelante produrre o chiedere che siano ammesse prove ulteriori e diverse da quelle proposte nel suddetto termine?

Relativamente alla introduzione dei motivi, che, come ho detto, deve farsi pel Codice francese, colla indicazione delle prove, si è disputato in Francia se, dedotti negli otto giorni alcuni motivi di falso, se ne potessero allegare altri dopo quel termine, e gli scrittori e la giurisprudenza hanno risposto in genere per l'affermativa, purchè ciò si faccia prima dell'udienza fissata per la discussione sull'ammissione dei medesimi e ne sia fatta preventivamente notificazione all'altra parte. (Vedi Carré e Chauveau, *quest.*, 911 e 912 - Thomine, *n.* 269 - Pigeau, *t. 1, p. 463* - Dalloz, *t. 16, p. 24, n. 20*).

È difficile però il persuadersi della applicabilità di codesta opinione al caso che ci occupa, di fronte alla decadenza espressamente dal nostro articolo comminata, allo scopo evidente di circoscrivere inalterabilmente la istruttoria del giudizio e di mantenere l'eguaglianza fra i contendenti.

5. Il convenuto è esso obbligato, sotto pena di veder rigettato il documento, di notificare la sua risposta?

Carré sostiene la negativa (*quest.* 914), ma contro di lui sta la maggior parte degli autori, sia perchè l'eguaglianza dei litiganti richiede che come l'attore è obbligato a produrre i motivi della querela, il convenuto significhi le sue risposte, come perchè nella procedura di falso tutto è rigoroso e le risposte possono avere un grandissimo peso sull'animo dei giudici. — Chauveau in Carré; *quest.* 914 - Pigeau, *Comm.* 1, 463 - Favard, 2, 562 - Demiau, *p. 177* - Thomine, *n.* 270 e Boncenne, *n.* 202.

La recisa espressione del nostro articolo credo debba consigliarci a seguire l'opinione dei più. — *Conforme*: Gargiulo, *Comm.* *p.* 796.

6. Il termine fissato dal giudice delegato al convenuto per comunicare la risposta, è perentorio?

Gli autori francesi dissero in generale che no, per la stessa ragione che li indusse ad interpretare benignamente il loro art. 229 a favore dell'attore.

La decadenza esplicitamente sancita dal nostro articolo non ci autorizza però a seguire tale opinione riguardo all'attore, e, secondo io penso, deve indurci conseguentemente a riconoscere la perentorietà del termine anche relativamente al convenuto, se si vuole che all'obbligo corrisponda una sanzione e sia efficacemente tutelata la libertà e maturità di difesa d'entrambi i contendenti. *Contra*: Gargiulo, *Comm.*, *p.* 796.

305. L'autorità giudiziaria nel pronunziare sulla querela di falso può ammettere anche in parte i motivi della medesima, e riserbarsi di pronunziare sugli altri dopo la prova degli ammessi.

I motivi ammessi sono indicati nel dispositivo della sentenza.

1. Impugnato un documento di falso, prima che si pronunci la sentenza che ammette i motivi di falsità e le prove prodotte a questo fine, è mestieri che sia stato già compilato il processo verbale di constatazione della identità e dello stato del documento impugnato.

Ma se la parte contro cui ha avuto luogo la querela di falso sa come e per quali motivi la querela stessa sia stata proposta, ha potuto difendersi e contrapporre le sue ragioni all'esame, il verbale di constatazione del falso può tener dietro alla sentenza, senza che vi sia nullità. — *Cass. Napoli*, 18 marzo 1871. *Vanotti—Pascaglio. Legge*, IX, 980.

2. Non è precoce l'eccezione d'inammissibilità del falso, appena ne sono dedotti i motivi; la ragione e la economia dei giudizi reclamano che possa disputarsi sulla loro erroneità anche prima che sia fatta la prova.

Nulla rileva, se l'eccezione d'improponibilità della querela non sia stata dedotta col rito degli incidenti, quando nel fatto si verifichi che fu portata, proposta e discussa avanti il tribunale che doveva decidere. — *Appello Bologna*, 16 giugno 1871. *Rusconi—Pallavicini. Bettini*, XXIII, 471.

3. Se dagli elementi della causa il giudice del merito abbia argomento per riconoscere e dichiarare inammissibili i fatti articolati in appoggio della querela di falso, può rigettare la querela medesima senza dare adito alla prova. E tale giudizio è incensurabile in cassazione. — *Cass. Napoli*, 13 febbraio 1875. *Caracciolo—Finanze. Legge*, XV, 312 — *Appello Milano*, 28 novembre 1868. *Legge*, VIII, 1351.

1. Scrive il Pisanelli nella sua *Relazione*:

« Il Codice francese, nello stabilire che l'autorità giudiziaria pronunziando sulla querela di falso può ammettere o rigettare in tutto o in parte i motivi della medesima, dichiara che sarà altresì ordinato, ove d'uopo, che i detti motivi od alcuni di essi rimarranno uniti, sia all'incidente di falso, se qualcuno ne fu ammesso, sia alla causa principale, secondo la qualità dei motivi e le esigenze del caso.

« Questa disposizione ambigua fu diversamente interpretata dagli scrittori, e i sistemi che nacquerò dalla diversità delle opinioni possono principalmente ridursi a due. Nel primo, i mezzi di falso vengono distinti in tre specie: quelli assolutamente ammissibili, e che come tali devono formare principalmente il soggetto della prova del falso; quelli che senza essere pienamente concludenti, possono tuttavia influire sul procedimento diretto alla scoperta del falso, e che perciò saranno uniti allo incidente medesimo; quelli infine che non avendo alcun rapporto colla querela di falso, non possono comprendersi nell'incidente, ma dovranno unirsi alla causa principale sulla cui soluzione possono influire. Nel secondo sistema, non vi sarebbero che due specie di motivi di falso: quelli ammissibili e quelli non ammissibili; questi ultimi devono essere rinviati e andare uniti alla causa principale.

« Ma un concetto comune predomina le due interpretazioni. Si vuole impedire che l'autorità giudiziaria, pronunciando sui motivi di falso, venga a rigettare puramente e semplicemente alcuni dei medesimi, i quali potrebbero esercitare più tardi un'influenza sulla decisione, sicchè i giudici più non potessero rinvenire all'esame di mezzi, che già siano stati respinti con sentenza.

« Però, tale concetto venne più nettamente e più acconciamente formulato dal Codice parmenso, che fu imitato dal Codice sardo.

« Il progetto seguendoli stabilisce che l'autorità, ecc. ecc ».

2. Secondo Borsari (*Comm.*, I, p. 427) « ammettere in parte i motivi, significa ammettere in parte i mezzi che la querela propone a titolo di prova; ammettere i periti e non i testimoni, aspettando l'esito di una prova che può essere decisiva, e nel presagio che se non riesce il primo mezzo d'esperimento, l'altro tornerà vano ». Io non posso soscrivere a tale opinione dell'illustre autore, dappoiché mi sembra che egli confonda i motivi di falso coi mezzi di prova, mentre, come osservai all'articolo precedente, l'una cosa è differente dall'altra.

Senonchè si potrà domandare: distinguendo, come voi fate, i motivi di falso dai mezzi che tendono a provarli, vi imbattete in uno scoglio, nel disposto dell'art. 305; questo articolo parla della ammissione dei motivi e non già delle prove. Ho però pronta la risposta.

Nel Codice attuale io riscontro a tale riguardo una grave lacuna, che il confronto coi Codici precedenti ci aiuterà a colmare.

Il Codice francese, dopo avere all'art. 231, parlato della ammissione dei motivi (*moyens*), soggiunge all'art. 232: « Le jugement ordonnera que les moyens admis seront prouvés, tant par titres que par témoins, devant le juge commis, sauf au défendeur la preuve contraire, et qu'il sera procédé à la vérification des pièces arguées de faux, par trois experts ecrivains, qui seront nommés d'office par le même jugement ». E gli art. 411 e 415 dei Codici sardi, prescrivono « che la sentenza ordina che i motivi ammessi siano provati davanti al giudice commesso, sia per documenti, sia per testimoni, sia per mezzo di tre periti, i quali sono dal tribunale nominati d'ufficio colla stessa sentenza ».

Una disposizione simile manca nel nostro Codice, ma io non dubito che si debba tuttavia osservare. Difatti oltrechè sui motivi, il tribunale ha pur da deliberare sui mezzi proposti a provare il falso, e con una sola sentenza, giusta quanto dichiara implicitamente l'art. 304 prescrivendo che ad un'unica udienza si discuta sull'ammissione dei motivi della querela e delle prove sulle quali si fonda.

Ma il tribunale dovrà necessariamente ordinare i tre generi di prova suaccennati, cioè le testimonianze, la perizia ed i documenti?

Carré avvisa che i giudici debbono ammettere congiuntamente i tre generi di prova quando si tratti di falso materiale, e che trattandosi di falso morale, riesce inutile l'ordinare la prova a mezzo di periti bastando quella per titoli e testimoni (*quest.* 919). Chauveau (in Carré, *ib.*), Thomine (*n.* 272) e Dalloz (*voc. faux incident*, *n.* 210, 2ª ed.) insegnano che la legge accennando a tutti i tre generi di prova non è inteso di prescrivere che quello che le circostanze e la natura del falso rendesse utile e praticabile per la scoperta della verità; e questa opinione è confermata da due decisioni di cassazione 17 maggio 1830 e 20 luglio 1807, e seguita anche dal Borsari nel *Comm. Cod. Sardo*, III, *n.* CDLVIII.

Chauveau e Thomine contro Carré (vedi *quest.* 919, *nota* 3), non credono che nel caso che uno dei tre generi di prova sia stato ammesso dal tribunale, possa poi la parte instare per l'ammissione degli altri.

Il Borsari (*Comm.* I, p. 431) sembra di opinione conforme a Carré.

3. I giudici pronunciano sovraneamente sulla pertinenza ed ammissibilità dei motivi di falso proposti dall'attore, e la loro decisione a questo riguardo non può essere soggetta a cassazione. — Dalloz, *loc. cit.* *n.* 80 — Chauveau in Carré, *art.* 231 *in nota* — Pigeau, I, p. 465 — Merlin, *voc. Inscr. de faux*, § 2.

306. Quando debbano esaminarsi testimoni si presentano loro i documenti impugnati, e le carte di comparazione. Di ciò è fatta menzione nel processo verbale, osservate del resto le disposizioni contenute nel paragrafo 3 di questa sezione.

Se i testimoni nell'atto della deposizione presentino documenti, questi si uniscono all'esame dopo essere stati sottoscritti dai medesimi, dal giudice, e dal cancelliere. In questo caso si

consegnano ai testimoni le copie dei documenti da essi presentati, certificati dal giudice, e dal cancelliere.

Finita la procedura di falso, il presidente sulla domanda dell'interessato ordina la restituzione dell'originale, e la sostituzione della copia nel processo verbale dell'esame.

Le spese sono anticipate dalla parte che propone la querela.

1. Possono i testimoni istrumentari deporre contro l'atto da essi firmato?

Dopo molto contrasto, la soluzione affermativa prevalse in Francia nella giurisprudenza e nella dottrina, ed ora è addottata anche da noi, non facendo il codice alcuna eccezione. Spetterà però ai giudici di valutare la forza ed i risultati della deposizione dei detti testimoni, badando che le deposizioni stesse contrarie al contenuto del rogito non siano l'effetto della sorpresa e della subornazione. — Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CDLIX e *Comm. Cod. It.*, I, p. 428 — Gargiulo, *Comm.* p. 800 — Mattei, *Annotaz.* — Dalloz, *loc. cit.*, n. 222, 2^a ed. — Carré e Chauveau, *quest.* 926 — Thomine, n. 274 — Boncenne, n. 208.

2. Non v'è nullità se il documento non fu presentato ai testimoni, e non fu da essi sottoscritto, come non è nullo il verbale che manchi della menzione a ciò relativa. — Gargiulo, *Comm.*, p. 801 — Saredo, *Istit.* n. 551 — Mattei, *Annotaz.* — Pigeau, I, p. 468 — Borsari, *Comm.* I, p. 430 — Chauveau in Carré, *quest.*, 927 *ter.* — Dalloz, *loc. cit.* n. 223. — *Contra*: Carré, *quest.* 929 e Delaporte, t. 1, p. 231.

Art. 282 seg. c. p. c.

307. La prova per mezzo di periti si fa nella maniera seguente:

1. Le scritture di comparazione sono proposte d'accordo delle parti, o designate dal giudice a norma dell'articolo 286;

2. Si consegnano ai periti i documenti impugnati, il processo verbale comprovante il loro stato, la sentenza che ha ammesso i motivi di falso e ordinato il giudizio dei periti, e le scritture di comparazione.

I periti dichiarano nella relazione di aver ricevuto ed esaminato questi atti, e sottoscrivono i documenti impugnati.

Se i testimoni abbiano unito documenti alla loro deposizione, la parte può richiedere, e il giudice ordinare, anche d'ufficio, che i documenti siano presentati ai periti.

Si osservano nel resto le norme stabilite nel paragrafo precedente.

Quando è provato che più siano gli originali dell'atto impugnato per falso materiale, tutti devono essere esaminati dai periti incaricati di dare il loro giudizio. — *Appello Firenze*, 10 febbraio 1868. *Ciabutti-Bartorelli-Trinci. Annali*, II, 136.

1. La consegna dei documenti ai periti è evidentemente essenziale, la mancanza della medesima produce quindi nullità.

2. Se non si hanno scritture di comparazione, Pigeau (*Comm.*, t. 1, p. 360) e Dalloz (*loc. cit.*, n. 227, 2^a ed.) ritengono si possa far scrivere il convenuto sotto dettatura secondo il disposto dall'art. 290 c. p. c.

3. Vedi art. 285, nota n. 1 e 296, nota n. 7.

308. Quando risultino dal procedimento indizi sufficienti di falso, se gli autori o complici siano viventi, e l'azione penale non sia estinta, l'autorità giudiziaria ordina che si proceda a norma del codice di procedura penale, rilasciando, se ne sia il caso, mandato di cattura.

Per effetto di questa sentenza la causa civile è sospesa sino a che siasi pronunziato definitivamente nel giudizio penale, salvo che l'autorità giudiziaria creda che la causa o alcun capo di essa possa essere deciso indipendentemente dal documento impugnato.

1. È inammissibile in cassazione la domanda di sospensione del giudizio di falso incidente sino all'esito del procedimento penale. — *Cass. Firenze, 16 maggio 1874. De Toffoli—De Toffoli. Gior. dei Trib., III, 144.*

2. Il decreto che ordina il rinvio degli atti al tribunale criminale affinché proceda per falsità, non dichiara sospetto, nè inesequibile il documento del credito. — *Cass. Firenze, 1 giugno 1874. Mantellini—Pandolfi. Annali, VIII, 377.*

1. Terminata l'istruzione del giudizio di falso, secondo Borsari (*Comm. I, p. 431*) e Gargiulo (*Comm., p. 804*), è d'uopo comunicare i verbali delle prove assunte e quindi, decorso il termine di 15 giorni che deve concedersi alla controparte per rispondere, si chiederà la fissazione dell'udienza del collegio per discutervi sul merito della querela. — La comunicazione dei verbali era espressamente ordinata dai Codici sardi e suggerita in Francia da Chauveau in Carré, *quest.*, 936, e Thomine, *n. 276*, contro l'opinione di Carré, *quest.*, 936, Favard, *t. 2, p. 564*, e Lepage, *p. 190*.

2. La desistenza dell'attore dalla querela di falso obbliga lui, ma non impedisce l'azione del pubblico ministero. — Borsari e Gargiulo, *loc. cit.* — Chauveau in Carré, *quest. 940 bis* - Pigeau, *t. 1, p. 485*.

309. Quando nel giudicare sulla querela di falso l'autorità giudiziaria abbia ordinato la soppressione o cancellazione in tutto o in parte, oppure la riforma o la rinnovazione dei documenti dichiarati falsi, si sospende l'esecuzione di questo capo della sentenza, finchè sia scaduto il termine dell'appello, della rinvocazione e cassazione, o finchè la parte soccombente abbia espressamente accettato la sentenza.

Art. 485, 495, 497, 5
c. p. c.

Anche gli appelli dall'incidente di falso si introducono a procedimento sommario. — *Appello Napoli, 2 marzo 1868.* — In Gargiulo, *Comm. p. 807*.

1. Il Boncenne dà la seguente spiegazione dei diversi casi previsti dall'articolo :

« On prononce la suppression lorsque des exemplaires des expéditions, ou des extraits de la pièce fautive sont en divers mains, et qu'il est impossible de les attendre pour les lacérer ou les rayer. Supprimer un écrit, c'est le condamner au néant et lui défendre d'en sortir. Il y a même des actes qu'il n'est pas permis de lacérer ni de rayer, quoiqu'ils soient reconnus faux; tel serait un acte de l'état civil. Le jugement de rectification est inscrit sur le registre, mais l'acte lui-même ne peut être matériellement ni altéré ni changé. Il demeure supprimé; toutefois, il n'en subsistera pas moins dans son entier sur la feuille qu'il occupe.

La pièce déclarée fausse, qui se trouve sous la main de la justice, est détruite par lacération.

On se borne à *razer*, soit en totalité, soit en partie celle qui est écrite sur un papier où se trouvent d'autres actes.

Quand le sens d'un acte a été faussement changé par la substitution, la transposition, l'omission ou l'addition de quelques mots, on prononce la réformation.

En d'autres termes, on ordonne que ce qui a été transposé sera remis à sa place, que ce qui a été omis sera écrit, et que le texte véritable sera restitué.

Enfin, si le faux a été commis en effaçant quelque disposition, c'est le cas d'ordonner le rétablissement de la disposition effacée. Toutes ces opérations sont du ministère du greffier.

Il nostro articolo non parla di *lacerazione*, però, secondo opinano giustamente Borsari (*Comm. I, p. 433*) e Gargiulo (*Comm. p. 807*), è a ritenersi che sia compresa nella voce *soppressione*, ne costituisca una specie, applicabile quando ne sia il caso.

2. Gli appelli dalla controversia incidentale del falso civile van discussi con procedimento sommario. — Gargiulo, *Comm. p. 807*.

310. Nella sentenza definitiva sul falso è provveduto alla restituzione dei documenti. Ciò ha luogo anche per i documenti impugnati, se non siano giudicati falsi.

Dei documenti trasportati da un ufficio pubblico si ordina la restituzione ai depositari, la quale è eseguita dal cancelliere nel modo stabilito dall'autorità giudiziaria.

Quando il tribunale si è persuaso che la firma è sincera, non ha obbligo di confutare singolarmente gli argomenti di falsità. — *Cass. Firenze, 27 aprile 1868. Del Punta—Del Punta. Annali, II, 219.*

311. La restituzione ordinata a termini dell'articolo 310 non può essere eseguita prima che sia decorso il termine stabilito nell'articolo 309.

Durante lo stesso termine è sospesa egualmente la restituzione delle scritture di comparazione e delle altre, se non sia altrimenti ordinato dall'autorità giudiziaria ad istanza dei depositari delle dette scritture, o delle parti.

Art. 288, 913 seg. c. p. c.

312. I cancellieri non possono senza un decreto del presidente rilasciare copia dei documenti impugnati che sono in deposito nella cancelleria.

1. Essendo l'autorizzazione del presidente prescritta solamente riguardo ai documenti impugnati, è a ritenersi che dei documenti non impugnati che furono a lui rimessi durante il giudizio di falso, il cancelliere possa rilasciare copia di sua propria autorità. — Borsari, *Comm. I, p. 434* - Gargiulo, *Comm., p. 809*. - Mattei, *Annotaz.* - Carré, *all'art. 245* - Boncenne, *t. 2, p. 193. (Ed. Bruxelles 1840).*

Tuttavia deve si adottare quanto dispongono l'art. 245 Codice francese e l'art. 425 Codice sardo, e cioè che il cancelliere non possa esigere un emolumento maggiore di quello che sarebbe dovuto ai depositari dei documenti dei quali spedisce le copie.

2. Il depositario pubblico però, prima di privarsi del documento deve, a termini dell'art. 288, farsene rilasciar copia verificata sull'originale dal giudice competente e da codesta copia è autorizzato anche ad estrarre altre copie [art. 288 capov.].

Ora Boncenne e Carré (*loc. cit.*), insegnano che il cancelliere non è autorizzato a spedire le copie di tali documenti, privando il depositario dei diritti che gli spettano.

313. I cancellieri che contravvengano alle disposizioni degli articoli 309, 310, 311 e 312 sono puniti con sospensione non minore di un mese, nè maggiore di un anno, e con una multa estendibile a lire trecento, oltre i danni verso le parti, e salvo, se ne sia il caso, il procedimento penale.

Art. 282 reg. giud.
seg., 1224 seg. c. c
315 c. p. c.

314. La parte che ha proposta la querela di falso, se sia soccombente, è condannata al risarcimento dei danni verso l'altra parte, e in una multa estendibile a lire cinquecento.

Art. 370 c. p. c.

La multa non è applicata quando il documento, od uno dei documenti impugnati, sia stato dichiarato falso anche in parte.

La condanna del soccombente nel giudizio di falso civile alla multa, non può, come pena, domandarsi dalla parte, ma soltanto dal Pubblico Ministero. — *Appello Firenze, 15 maggio 1871. Mantellini—Pandolfini. Annali, V, 254.*

1. La multa comminata da questo articolo è inevitabile; però dev'essere pronunciata dal giudice o nella stessa sentenza che decide sul falso od in una posteriore provocata dal pubblico ministero. — Borsari, Gargiulo, Mattei a questo articolo.

Contra: Carré e Chauveau, *quest. 950* - Boncenne, *t. 2, p. 97, n. 210*, i quali pensano che l'ufficiale del registro possa domandare il pagamento della multa sebbene nella sentenza non sia stata pronunciata.

È a notarsi però che l'art. 246 Codice francese fissa un minimo della multa di lire 300, mentre l'articolo nostro si limita a stabilirne il massimo.

2. La condanna del soccombente nella querela di falso al rifacimento dei danni è obbligatoria o facoltativa pel giudice?

Gli scrittori francesi non sono su questo punto d'accordo. Alcuni vogliono che i giudici siano costretti a condannare sempre nei danni il soccombente nella querela di falso. — Carré, *quest. 951*; altri, e in maggior numero, vogliono che la condanna sia meramente facoltativa. — Pigeau, *t. 1, p. 362* - Thomine, *t. 1, p. 426* - Chauveau in Carré, *quest. 951*.

Borsari (*Comm. I, p. 436*), Gargiulo (*Comm., p. 812*), Mattei (*Annotaz.*) opinano che i giudici possano, per speciali gravi ed addotte ragioni, rigettare la domanda dei danni, e non debbano pronunziarvi se non sia stata avanzata.

Borsari manifestò un diverso avviso nel *Comm. al Cod. Sardo, III, n. CDLXVII*, ove dice precisamente che « la condanna ai danni, interessi e di diritto, e si pronuncia ancorchè non chiesta, salva la liquidazione di ragione ».

3. Secondo Borsari, Gargiulo e Mattei (*loc. cit.*), la desistenza dalla querela di falso salva dagli effetti di cui in questo articolo se sia eseguita prima che vengano assunte le operazioni dell'art. 303, purchè la parte contraria la accetti. Anche il Codice sardo 1854, teneva conto della desistenza solamente se era avvenuta dopo ordinata la prova dei motivi ammessi (art. 424).

Lo stesso Borsari ritiene che il rigetto della querela fatto nello stato di causa che esiste giusta l'art. 305 non apporti seco l'applicazione dell'articolo presente. Ed io l'ammetto, ma soltanto allora che la querela sia stata respinta per ragioni indipendenti dal falso, non perchè i motivi dedotti siano ritenuti insufficienti.

Il Codice francese (art. 248) stabiliva che l'ammenda non sarebbe incorso se la querela fosse stata respinta per qualsiasi ragione, ma non si deve dimenticare che secondo il detto Codice [ed i Codici sardi] subito dopo la dichiarazione del produttore che intende valersi del documento, aveva luogo la deliberazione del tribunale sulla ammissibilità o no della querela, mentre secondo il nostro Codice, la prima sentenza che si pronuncia nel giudizio di falso è quella che deve vagliare i motivi e le prove formulate a sostegno della iscrizione in falso.

4. Non v'è dubbio che il legislatore colla espressione generica « *soccombenza* » à contemplato non solamente quella che si verifica per la sentenza definitiva sul falso, ma eziandio quella che è conseguente alla dichiarazione del tribunale che i motivi sono insufficienti, od alla *decadenza* comminata dall'art. 304 capoverso, a colui che non produca nel termine ivi fissato le prove in appoggio della querela.

315. Il ministero pubblico deve promuovere l'applicazione delle pene stabilite negli articoli precedenti.

316. Le transazioni nei giudizi di falso in via civile non possono eseguirsi, se non siano omologate in giudizio, sentito il ministero pubblico.

Dalla maggior parte degli autori è ammesso che indipendentemente dalla omologazione, la transazione è efficace e valida fra le parti, li obbliga ad osservarla, soppesce la lite, e ciò perchè l'omologazione è richiesta solamente nello interesse pubblico, ai riguardi della giustizia punitiva, acciò non si sottraggano, col dare esecuzione ai patti della transazione, a chi di ragione i documenti impugnati.

Quelle est cette *exécution* pour la quelle il faut attendre les réquisitions du parquet et l'omologation du tribunal ? C'est la suppression des pièces qui ont été arguées de faux et qui ont dû être déposées et décrites ; c'est la remise ou la réintégration de celles apportées au greffe par des témoins ou autres personnes ; c'est enfin la destruction de tout ce qui pourrait conduire à la preuve du crime, à la découverte du coupable ou de ses complices, et fonder une accusation de faux principal. (Boncenne, t. 2, p. 196).

Contuttociò Carré, (*quest.* 959) e Dalloz (t. 16, p. 26, n. 33) sostengono che in difetto dell'omologazione la transazione è nulla di pien diritto. — *Contra*: Pigeau (t. 1, p. 249) Boncenne (*loc. cit.*), Mangin (*De l'act. pub.*, n. 30), Chauveau (in Carré, *quest.* 959), Borsari, *Comm.*, I, p. 433 - Gargiulo, *Comm.* p. 814 - Mattei, *Annotaz.*

Art. 7 c. p. p.

317. La parte che ha proposta querela di falso in via civile può sempre proporla in via penale. In questo caso il giudizio civile è sospeso, salvo quanto è stabilito nel capoverso dell'art. 308.

1. Impugnato un titolo per la via penale rimane assorbito ogni procedimento di falso per la via civile. — *Cass. Napoli*, 25 gennaio 1866. *Tanizio—Fantelli. Legge*, VI, 248.

2. La riassunzione della causa civile sospesa con pronuncia giudiziale per la pendenza di una querela di falso in via penale, ripropone la causa nello stato e termini in cui si trovava quando fu decretata la sospensione.

Se al momento della sospensione pendeva un incidente relativo alla forza probante di un documento, con la riassunzione vien riproposto necessariamente questo incidente e non il merito che per esso era rimasto sospeso. — *Appello Firenze*, 17 febbraio 1871. *Nanni—Martini. Annali* V, 3.

3. Iniziatosi il procedimento penale per falso deve sospendersi la causa civile, abbenchè il tribunale civile abbia dichiarato inammissibile la querela incidente di falso per il motivo che l'abuso di firme lasciate in bianco costituisce non la falsità ma la frode. — *Cass. Napoli*, 21 gennaio 1873. *Striani—Coco. Gior. dei Trib.*, II, n. 55.

4. Vedi art. 296, sent. n. 2° e 5.

1. Anche quando la parte che à prodotto il documento ha dichiarato di non servirsene, può l'interpellante promuovere giudizio penale, sebbene sia prevedibile che il producente, appena fatta la dichiarazione sopradetta, ritirerà il documento da lui depositato (come ne ha diritto) ed obbligherà così l'avversario a procurarsi con altri mezzi la prova del falso. — *Borsari, Gargiulo, Mattei a quest'articolo - Carré e Chauveau, quest. 962 - Pigeau, Comm. I, p. 488 - Boncenne, t. 2, p. 81, n. 197.*

2. Il giudice civile, per deliberare sulla sospensione o meno della causa civile in seguito alla querela penale, deve soltanto esaminare se quest'ultima fu regolarmente proposta ed indichi gli autori del reato, così che l'azione penale possa aver corso. — *Borsari, Gargiulo e Mattei loc. cit. - Chauveau in Carré, quest. 960.*

318. Non può essere pronunziata sentenza in causa di falso, se non sentito il ministero pubblico.

1. In tema di falso incidente è nulla qualunque sentenza incidentale, se il pubblico ministero non fu sentito. — *Appello Genova*, 6 giugno 1868. *Bongiovanni—Laccheri-Onetti. Bettini*, XX, 503.

2. Il pubblico ministero non ha obbligo di concludere nella causa in cui si sollevò l'incidente di falso e di antidata, quando l'incidente stesso sia terminato con un decreto del tribunale che rigettò la querela dello istante. — *Cass. Firenze*, 1 giugno 1874. *Pandolfini—Mantellini. Gior. dei Trib.*, III, n. 178.

Delle limitazioni recate alle attribuzioni del pubblico ministero colla legge 28 novembre 1875 parlerò nel commento all'art. 346.

SEZIONE V.

Del rendimento dei conti e della liquidazione dei frutti.

319. Chiunque sia tenuto a rendere un conto, deve presentarlo coi documenti giustificativi.

Art. 143, 145 legge
gistro.

1. Non è nullo il conto reso per non essersi depositato in cancelleria e giurato. — *Appello Napoli*, 24 maggio 1867. *Squillante—Laudisio. Bettini*, XIX, 274.

2. Alla semplice dichiarazione fatta in giudizio della cifra totale d'entrata e uscita non può darsi il nome di conto giudiziario, dovendo le cifre di questo essere non solo specificate, ma anco giustificate. — *Cass. Napoli*, 2 aprile 1870. *Terpollilli—Anelli. Legge*, X, 736.

3. Non fa mestieri di preliminar precetto esecutivo per istituire il processo di rendimento di conti ordinato con sentenza. — *Appello Brescia*, 15 dicembre 1871. *Padovani—Manzoni. Mon. Trib.*, XII, 844.

4. L'autorità giudiziaria può ammettere il valore giuridico del rendimento dei conti, anche quando sia stato fatto senza l'osservanza delle formalità stabilite dagli articoli 319 e seguenti Codice procedura civile. — *Appello Roma, 28 aprile 1872. Maciocchi—Ciocchi Desideri. Legge, XII, 851.*

Per ben comprendere il disposto da questo articolo e dai successivi ci è d'uopo notare una differenza importante che esiste tra il modo nel quale è trattata la materia del rendimento dei conti e della liquidazione dei frutti nel Codice attuale e quello nel quale era disciplinata nel Codice sardo.

Il Codice sardo, sul modello del Codice francese, trattava del rendimento dei conti e della liquidazione dei frutti nei procedimenti di esecuzione forzata, contemplando unicamente il caso che il rendimento dei conti e la liquidazione dei frutti fossero stati ordinati da una sentenza.

Il nuovo Codice però, considerando, come si esprime il Pisanelli, che colui il quale viene richiesto di dare un conto della gestita amministrazione, o dei frutti che deve restituire o consegnare, può presentarlo senza attendere una sentenza che lo dichiarò tenuto a darlo, e che supponendo pure che il rendimento dei conti o la liquidazione dei frutti sia stata ordinata da una sentenza non è per questo che l'uno o l'altra debbano comprendersi nei procedimenti di esecuzione forzata, risolvendosi l'operazione relativa in un procedimento probatorio *sui generis*, nel quale possono trovarsi complicati i mezzi di prova dei quali fu già tenuto discorso, introdusse due gravi modificazioni in questo argomento.

In primo luogo trattò della liquidazione dei frutti e del rendimento dei conti di seguito ai procedimenti probatori; in secondo luogo provvide perchè la sezione di cui ora ci occupiamo fosse applicabile così al caso in cui il rendimento di conti e la liquidazione di frutti si facciano spontaneamente come a quello in cui siano la necessaria conseguenza di una sentenza.

Ecco perchè, mentre all'art. 643 del cessato Codice di procedura era detto: « La sentenza che prescrive il rendimento di conto fisserà un termine fra cui il conto dovrà rendersi e deputerà un giudice dinanzi a cui si procederà a tale operazione » l'articolo presente prescrive in termini affatto generici che « chiunque sia tenuto a rendere un conto, deve presentarlo coi documenti giustificativi ».

Devo pertanto occuparmi della procedura che è da seguire quando si tratti di reddizione spontanea e allorchè si renda il conto a seguito di una sentenza che ne statuisca l'obbligo.

E mi sbrigherò con pochissime parole, poichè è mia opinione che tolta qualche disposizione, la quale evidentemente e naturalmente non è applicabile che all'un caso e non all'altro, del resto la procedura sia una e sola per ambedue gli eventi. Sancito cioè l'obbligo di rendere il conto mediante sentenza del giudice che fissa ben anche il termine entro il quale darvi esecuzione, e per ottenere la quale si dovrà necessariamente incoare un giudizio nelle forme ordinarie e con citazione davanti il giudice competente, per rendere effettivamente il conto si dovranno seguire le norme contenute in questa sezione V, incominciando da quella dell'articolo presente. E d'altro lato, quando si intenda di rendere il conto spontaneamente o dietro la semplice richiesta di chi vi ha diritto, si dovranno applicare egualmente le prescrizioni della sezione medesima e prima quelle di questo articolo.

Questo io dico però come regola generale, dappoichè sono d'avviso che non sia necessario che il tribunale faccia seguire tutto il procedimento contemplato in questa sezione V alla sua sentenza che ordina la presentazione del conto, quando abbia esso medesimo dati bastevoli per stabilire il conto. Così opina lo Scialoja (*Comm. Cod. Sardo, V, LXVI*), il quale cita in suo appoggio alcune decisioni della Cassazione di Francia, e con lui è pure il Borsari a pag. 444, vol. I del *Comm. al Cod. It.*

Posto adunque che tanto se l'obbligo fu spontaneamente riconosciuto, come se fu giudiziariamente stabilito, il primo atto che dovrà eseguirsi da chi è da rendere il conto è quello prescritto dall'articolo presente, vediamo in che esso consista.

L'espressione del testo è a dir vero un po' troppo concisa, potremmo anzi dire addirittura che è mancante qui come è oscura negli articoli che seguono: « Il conto deve essere presentato coi documenti giustificativi ». Ma da chi si produca, in qual modo ed a chi, la legge non lo indica, come non dichiara se il conto debba comunicarsi all'altra parte o le si debba dare avviso della fatta produzione.

Non era invece così nel Codice sardo, nell'art. 666 del quale erano fissate le norme seguenti: 1. che il conto era sottoscritto dalla stessa parte o da un procuratore specialmente autorizzato; 2. che esso veniva depositato in cancelleria unitamente al mandato e ai documenti giustificativi di cui si doveva formare un elenco; 3. che il deposito sarebbe notificato alla parte a cui si rende il conto con intimazione a prenderne comunicazione e deliberare.

Io stimo però che tutte queste regole debbano seguirsi anche ora; ognuna di esse è così necessaria che non so come se ne possa prescindere. E dico che tutte sono applicabili anche pel nuovo Codice perchè, come spiegherò in appresso, io non penso che le disposizioni contenute negli articoli seguenti debbano interpretarsi come suggerisce l'illustre cons. Borsari nel suo commento all'art. 323, del quale mi occuperò or ora.

Versando adesso sulla competenza io ritengo col Borsari, *Comm.*, p. 443, col Saredo, *Istit. n.* 564, e con altri molti, che essa sia determinata dall'art. 97 del Codice di procedura, pel quale l'azione di rendimento di conti si propone davanti l'autorità giudiziaria del luogo in cui l'amministrazione fu *conferita* o *esercitata*. È una di quelle competenze (dice l'illustre Borsari) che ha una base reale, *forum rei gestae*, quantunque l'azione non sia che personale. Questa giurisdizione è invariabile sia che il conto si offra dall'amministratore o sia giudizialmente richiesto dall'amministrato.

Quanto al grado del giudice da adire si avrà riguardo alla somma di cui si deve rendere conto. Se però, dato e accettato stragiudizialmente il conto d'un'amministrazione, si contesti poi sopra alcune speciali partite, la competenza del giudice si determina non già dall'importanza dell'amministrazione complessiva, a cui si riferisce il conto, ma dalla domanda di pagamento della somma controversa. Difatti se pur fosse necessario che il giudice esaminasse il conto intero, ciò non avrebbe alcuna influenza sulla competenza, poichè non è dall'esame occorrente dei documenti prodotti, e dalla loro entità che si desuma la competenza, ma bensì dalla insorta contestazione fra le parti.

320. Il conto deve contenere:

1. Lo stato delle cose di cui vi è obbligo di dar conto;
2. Le partite dell'esatto;
3. Le partite dello speso;
4. I residui da esigersi e gli oggetti da ricuperarsi.

Esso deve terminare con un riepilogo.

321. Quando l'esatto ecceda lo speso, il presidente, sull'istanza della parte interessata, ordina il pagamento del sopravanzo, senza che per ciò s'intenda approvato il conto.

Questa ordinanza ha effetto di sentenza spedita in forma esecutiva, e non si ammette reclamo contro di essa.

1. La prescrizione di questo articolo per cui in lite di resoconto, il presidente o il giudice delegato ordina, e senza appello, che sia versato il di più del proprio dare oltre il proprio avere, riguarda il caso che, eliminate giudizialmente date partite, su tutte le altre del resoconto non siavi contestazione. Tale provvedimento risolvesi nella autenticazione esecutoria d'un obbligo riconosciuto giudizialmente.

Non basta adunque la eliminazione giudiziale di date partite, perchè nasca il dovere del versamento della differenza fra il dare e l'avere; ma

Art. 553 e seg. c.

è necessario che su tutte le partite sia stato pronunziato. Senza ciò il debito o il credito è ancora incerto. — *Cass. Torino, 12 agosto 1867. Società mineraria di Montevarchi—Massone. Legge, VII, 934.*

2. Benchè questo articolo dichiari che non si ammette reclamo contro l'ordinanza del presidente che ingiunge al rendente il conto di pagare il sopravanzo, tuttavia questi può ricorrere al presidente d'appello contro tale ordinanza ogniqualvolta essa si fondi sovra un errore di fatto coll'avere ingiunto il pagamento di un sopravanzo che a tenore del conto stesso più non esiste. — *Appello Milano, 1 ottobre 1867. Pedrazzini—Pedrazzini. Mon. Trib., VIII, 985.*

3. La disposizione di questo articolo se allude al caso in cui l'eccezione dell'esatto sia dichiarata e messa in aperto dallo stesso conto, non abbraccia però quello in cui il sopravanzo esista velato e coperto da titoli immaginari, od incerti, od esagerati, che dall'amministratore vi sieno contrapposti. In questo caso la parte cui è presentato il conto deve provvedersi a termini dell'art. 322. — *Appello Bologna, 9 marzo 1870. Sassoli—Cavazza ll. cc. Gazz. dei Trib., 1870, 190.*

4. La parte che reclama e ottiene dal presidente il pagamento del sopravanzo dell'introito sull'uscita non accetta nè approva il conto, ma richiede soltanto quello su cui non cade controversia. — *Cass. Napoli, 11 novembre 1871. Quercia—Dentalo. Legge, XII, 1.*

1. Questo articolo accorda al presidente una facoltà che è assolutamente estranea a tutto il resto della procedura di rendimento di conti. L'ordinanza, che, sull'istanza della parte cui si dà il conto, egli emette per l'immediato pagamento di quanto per confessione stessa di chi rende il conto è in ogni caso dovuto, ha carattere di provvedimento provvisorio, di uno di quei provvedimenti che la legge anche in altri casi consimili dichiara di competenza del presidente.

Questo dico perchè non si confonda l'ordinanza di cui è parola in questo articolo con quella contemplata dall'articolo seguente: sono due cose affatto distinte. Anche dopo la nomina del giudice delegato il presidente potrà, quando gliene sia fatta istanza, provvedere pel pagamento del sopravanzo del conto. Ma di regola questo provvedimento sarà emanato prima ed indipendentemente da ogni altro.

Non è di questo avviso l'illustre Borsari, il quale connette la disposizione dell'articolo presente ad un sistema della procedura in discorso, che fu da esso esposto a pagina 444 del suo *Commentario*, e del quale parlerò in appresso.

2. Contro l'ordinanza del presidente relativa al sopravanzo del conto non è concesso reclamo. Questa disposizione è così assoluta da non ammettere alcuna eccezione?

La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che in alcuni casi sia permesso il reclamo, come, per esempio, quando il presidente ordini con manifesto eccesso di potere il pagamento d'una somma che superi l'effettivo del sopravanzo; o quando insorga tra le parti una controversia di qualche importanza che influisca sul risultato del conto senza essere veramente parte del conto stesso. Si immagini (dice lo Scialoja, *Comm. Cod. Sardo, V, CII*), che colui il quale rende il conto, sebbene riconosca l'eccedente dell'esatto, pure abbia delle giuste ragioni per ritenere il sopravanzo; che, per esempio, egli abbia ad offrire in compensazione di esso un suo credito liquido contro la parte avversaria e lo dichiari nel conto medesimo: ecco una lite estranea sotto certi rispetti al conto che si eleva fra le parti. In questi ed altri casi consimili, è giusto dar facoltà a chi rende il conto d'impugnare col reclamo al collegio l'ordinanza del presidente; tanto più che in siffatti rincontri il presidente oltrepasserebbe evidentemente i limiti dei poteri conferitigli, stante la controversia insorta fra le parti. (Saredo, *Istit. n. 567 - Borsari, Comm. all'art. 323, n. 2 - Gargiulo, Comm., p. 821 - Carré, quest. 1874, nota*).

3. L'ordinanza presidenziale produce ipoteca giudiziale. — Saredo, *Istit.*, 556 - Carré-Chauveau, *quest.* 1872 - Favard, t. 1, p. 617 - Thomine, n. 585 - Pigeau, II, p. 131 - Scialoja, *Comm. Cod. Sardo*, V, n. CI.

322. Quando la parte cui si rende il conto voglia impugnarlo, deve proporre le sue osservazioni con indicazione distinta delle partite impugunate, e con citazione a comparire davanti il presidente per la nomina di un giudice delegato.

Art. 148 e seg. c. p.

1. Benchè questo articolo non prefigga alcun termine entro il quale debbansi proporre le osservazioni in contrario al conto presentato, debbono però tali osservazioni proporsi nel tempo ordinario di giorni quindici dalla notificazione del deposito del conto stesso. Questo termine può essere prorogato quando la domanda sia inoltrata prima della sua scadenza. *Appello Torino*, 26 novembre 1867. *Luserna d'Angrogna—Mottura. Gazz. dei Trib.*, 1868, 243.

2. Nelle cause di rendimento di conti, dopo la presentazione del conto e le osservazioni in contrario, non può più aver luogo altro incumbente o discussione dinanzi al tribunale, ma deve aver luogo la nomina del giudice delegato avanti il quale devono le parti comparire. Quindi, se il conto presentato è contestato in alcune partite da chi lo riceve, il tribunale non può aderire alla domanda di chi lo presentò coll'ordinare a colui, cui venne dato, di dare visione di alcune carte riflettenti il conto stesso. *Appello Torino*, 2 marzo 1869. *Deregis—Finazzi, Legge*, IX, 770.

3. Non è il caso della deputazione di un giudice, per procedere alla liquidazione di un conto, se l'avversario non spiega in che consistano le allegate inesattezze, non contesta la causale di debito allegata nel conto, e trattisi di un residuo credito di facilissima liquidazione. — *Appello Torino*, 10 settembre 1870. *Valle—Casalegno. Legge*, XI, 252.

4. Un semplice contro-conto presentato dalla parte che vuole impugnare il rendimento dei conti prodotto dall'altra, non può attendersi come sufficiente a soddisfare alle prescrizioni dell'articolo presente, il quale vuole che l'impugnativa sia fatta per mezzo di osservazioni specifiche sopra ogni singola partita impugnata. — *Appello Lucca*, 30 gennaio 1871. *Cipriani—Cipriani. Annali*, V, 175.

5. Nel giudizio di rendimento di conti la parte che impugna il conto reso deve citare l'altra parte dinanzi al presidente per la delegazione del giudice. Se le parti non si accordano dinanzi al giudice delegato, egli deve rinviarle a udienza fissa del tribunale per la risoluzione delle questioni insorte. Il giudizio di rendimento dei conti è di sua natura sommario. Tanto più è sommario quando sorge accessoriamente al giudizio di divisione. — *Appello Firenze*, 16 gennaio 1875. *Nota—Bandi, Legge*, XV, 277.

323. Le parti discutono il conto davanti il giudice delegato, e questi ne fa processo verbale, enunciando le loro osservazioni.

Quando le parti siano d'accordo, il giudice approva il conto, e ordina il pagamento delle somme e la consegna degli oggetti dovuti. A questa ordinanza è applicabile il capoverso dell'art. 321.

Se le parti non siano d'accordo il giudice provvede a norma dell'art. 181.

1. Non rimangono pregiudicati i diritti delle parti dal semplice loro rinvio ordinato dal tribunale avanti uno dei suoi giudici sulla discussione del conto. — *Appello Genova*, 26 maggio 1866. *Perrone—Cusso. Gazz. dei Trib.*, 1866, 743.

2. Quando per un conto contestato in parte, il tribunale mandò procedere alla discussione, se rimangano giustificate le somme addebitate, le relative domande devono accogliersi. — *Appello Genova*, 16 febbraio 1867. *Oliva—Collano. Gazz. dei Trib.*, 1867, 778.

3. Il conto presentato nel modo dalla legge richiesto non può essere dichiarato irregolare, se restano ad esaminarsi le prove dirette ad ottenerne l'approvazione. — *Appello Ancona*, 14 ottobre 1867. *Ferrari—Ferrari. Gazz. dei Trib.*, 1867, 787.

4. Quando nella discussione di un conto una partita è contestata per speciali ragioni, è debito del giudice accennare nella sua sentenza ai motivi speciali che lo determinarono o ad ammettere o a rigettare l'eccezione. — *Cass. Torino*, 27 novembre 1867. *Rossi—Santagata. Gazz. dei Trib.*, 1867, 483.

5. Mandatosi alle parti per ordinanza di discutere un conto avanti il giudice commesso, se tale discussione non potè aver luogo per un incidente sollevatosi, devesi, prima di pronunciare in merito, mandare eseguire la detta ordinanza. — *Appello Casale*, 29 maggio 1869. *Vescovi—Pastore ll. cc. Gazz. dei Trib.*, 1870, 12.

1. Quale è il sistema che da questi due articoli verrebbe a risultare?

Ho già detto e ripetuto che su questo punto io mi discosto dalla autorevole opinione del cons. Borsari, e credo che altro e ben diverso da quello da lui tracciato sia il procedimento non troppo chiaramente delineato in questi articoli.

Ecco che cosa dice il Borsari: « Se io voglio far liquidare un conto, lo reco, corredato dei documenti e nella forma degli art. 319 e 320, al presidente del tribunale, che con ordinanza invita a sè l'altra parte in giorno ed ora destinata, e ne ascolta le ragioni. D'ordinario il conto subirà una discussione: intanto, se la parte interessata lo domanda, il presidente ordina il pagamento del reliquato passivo che è liquido e confessato, senza pregiudizio di un maggior debito.

« Inerendo a questa forma semplice e compendiosa, la legge non impone obbligo di comunicazione, mentre suppone che la parte o il suo procuratore si presenti: accetti il conto o dichiari di volerlo impugnare.

« Non sarà mica indispensabile che le osservazioni di cui parla l'articolo 322 si facciano subito; ed ecco il caso della necessità di un termine ma di un termine definito. Il Codice è muto; solo si sa che l'oppugnanza cita avanti il presidente per la nomina di un giudice delegato. Le operazioni di una discussione sono lunghe, sono distraenti: onde il giudice delegato subentra come in tutte le altre operazioni di questa natura. Questa disposizione dimostra pur anco e conferma come l'autorità presidenziale sia quella che deve adirsi in principio; ed essa dura competente sino al punto in cui la causa acquista una portata che la fa ascendere alla cognizione del collegio ».....

« Per quanto dice l'art. 323 sembrerebbe che l'accordo delle parti non potesse avverarsi nel congresso che si fa avanti il presidente; a me non pare. La discussione che ha luogo avanti il giudice delegato suppone che non vi sia stata accettazione pura e semplice del conto; si dovrà dunque inferirne che se vi fu accettazione pura e semplice, la questione finì nel suo primordio; tuttavia anche dopo una discussione le parti possono convenire, e allora nasce la ordinanza del giudice delegato che non dà luogo a reclamo. Se le parti non si trovano d'accordo, è allora che la causa si porta al tribunale.

« Ne segue che il rinvio della causa al tribunale non sarà mai opera del presidente; ma solo del giudice delegato ».

La citazione fu forse un po' troppo lunga, ma mi era d'uopo di farla per esporre nitidamente e completamente il sistema dell'illustre Borsari e procedere poi, sempre professando la massima riverenza e stima pel chiarissimo autore, alla critica del medesimo ed alla esposizione di quello che mi sembra migliore e più legale.

Ed anzitutto dichiaro che, combattendo il Borsari, intendo di combattere anche il Saredo, il quale al n. 565 delle sue *Istituzioni di procedura civile*, insegna che « il conto viene presentato al magistrato, il quale invita l'altra parte a giorno ed ora determinata, perchè venga a dire le sue ragioni » ed eziandio il Gargiulo che ripete nel suo *Comm.* (p. 824) quanto dice il Borsari.

Secondo il Borsari, il Saredo ed il Gargiulo, adunque, l'ufficio del presidente sarebbe: 1. di ricevere il conto; 2. di invitare a sè l'altra parte per esporre le sue ragioni sul conto; 3. di emettere il provvedimento contemplato dall'art. 321; 4. di assistere ad una discussione preliminare del conto; 5. di nominare un giudice delegato pel seguito della discussione quando non gli riesca di mettere d'accordo le parti.

Tolto però il provvedimento al n. 3, del quale parla l'art. 321, e che ho dimostrato essere affatto indipendente dalla procedura che ci occupa e sta totalmente da sè, quante altre di queste facoltà e mansioni trovano appoggio nel Codice?

Quella sola al n. 5, la nomina cioè di un giudice delegato, fatta dietro istanza della parte che intende impugnare il conto.

Ed infatti, è egli vero che il conto debba presentarsi al presidente? Nelle osservazioni all'articolo 319 ho già accennato che è mia opinione che il conto si debba depositare in cancelleria unitamente al mandato e ai documenti giustificativi. Allora mi sono anzi fatto forte dell'autorità dello stesso cons. Borsari, il quale mostrava di ritenere che quantunque non richiamate nel nuovo Codice dovessero applicarsi al caso le savie disposizioni dell'articolo 666 del Codice di procedura sardo. Nè aveva torto di citare l'opinione del Borsari. Ed infatti nelle sue annotazioni all'art. 319 egli così si esprime: « Vedremo, proseguendo l'esame, che la nuova procedura per commendevole amore di semplicità si presenta incompleta: eccone frattanto un saggio »..... Bisognerà bene adottare le regole che erano prescritte nell'art. 666. Ognuna di esse è necessaria. Non avrebbe diritto di esaminare, criticare, e fare sue istanze quella parte a cui si rende il conto, sì ponderoso e importante affare? Non avrà un termine a rispondere e deliberare? »

Se pertanto si ammetta (e ne dimostrerò anche più innanzi la necessità) che il conto si deposita in cancelleria, e se ne dà comunicazione all'avversario, cade da sè la ragione principale che il cons. Borsari adduceva per stabilire la legalità del suo sistema.

Che poi il deposito sia da farsi in cancelleria basta a provarlo la dizione dell'art. 319: « Chiunque sia tenuto a rendere un conto, deve presentarlo coi documenti giustificativi ». Non è punto detto che la presentazione si faccia al presidente, e nel silenzio ci è giuoco forza arguire che debba invece eseguirsi presso quell'ufficio che è espressamente incaricato di tutti i depositi d'atti e documenti, e cioè presso la cancelleria.

Ma v'ha di più: l'art. 322 contrasta assolutamente col sistema del consiglier Borsari, e suppone necessariamente la comunicazione del conto e di conseguenza il previo deposito in cancelleria. Per questo articolo, la parte a cui si rende il conto, se voglia impugnarlo deve proporre le *sue osservazioni con indicazione distinta delle partite impugnate, e con citazione a comparire davanti il presidente per la nomina di un giudice delegato*. Ora è chiaro che sarebbe impossibile pretendere che la parte proponesse osservazioni distinte e specifiche senza aver *prima e con tutta tranquillità* esaminato il conto; quindi è d'uopo intendere che fatta la comunicazione del conto la parte a cui è reso abbia un termine congruo (e ritengo quello generale per rispondere e cioè di giorni 15) per esaminarlo e ponderarlo, e non già che *ex abrupto*, davanti il presidente, debbansi indicare le osservazioni che al conto si vogliono fare.

Ma che la cosa non debba essere così, come insegna Borsari, convince in modo indubbio la circostanza che nell'atto che propone le sue osservazioni la parte deve anche citare il rendente il conto a comparire davanti al presidente per la nomina del giudice delegato. Questa citazione esclude assolutamente che la parte a cui si rende il conto possa trovarsi già davanti al presidente e dal medesimo invitata per esporre le sue ragioni sul conto. E ben vero che anche l'egregio cons. Borsari ammette che *non è necessario* che le osservazioni di cui parla l'art. 322 si facciano subito e che in questo caso l'opponente avrà un termine per proporre e citare l'avversario davanti al presidente per la nomina del giudice delegato. Ma questa concessione mi sembra contraddittoria al sistema dallo stesso autore adottato. Se la parte produce il conto *al presidente*, il quale invita l'altra parte a comparirgli dinanzi per la discussione, non sarebbe logico invece che, riconoscendone la necessità, il presidente stesso concedesse un termine per fare le osservazioni davanti a lui e dopo le medesime nominasse il giudice delegato per la prosecuzione della procedura?

La prima volta adunque che le parti compariscono davanti al presidente si è dietro citazione della parte alla quale fu reso il conto, dopo quindi che il conto fu già presentato, dopo che le osservazioni furono fatte, ed all'unico scopo di sentir nominare il giudice delegato.

E perchè è necessario l'intervento del presidente, mentre nei Codici cessati, non escluso l'ultimo sardo, di questo intervento non era fatta parola? La ragione è ovvia, e sta precisamente nella importante innovazione che avvertii essere stata fatta in questo procedimento dal nuovo Codice. Nei Codici cessati la procedura di rendimento di conti aveva luogo soltanto dopo una sentenza che avesse ordinato di rendere un conto; questa sentenza come fissava il termine per esaurire la pratica da essa imposta, deputava un giudice dinanzi al quale si dava corso alla procedura. Il nuovo Codice invece prevede e disciplina oltre a questo caso anche quello in cui il conto si renda spontaneamente; ecco perchè era d'uopo provvedesse in altro modo per la nomina del giudice delegato, ecco le ragioni dello intervento del presidente.

A questa nomina è limitato l'ufficio del presidente in tale procedura; nessuna discussione preliminare del conto si farà davanti di lui, ma lo sviluppo delle osservazioni già proposte avverrà interamente davanti al giudice delegato.

Lasciando ora la critica e riassumendo il mio sistema, eccolo in brevi parole:

Il conto formato giusta il disposto dell'art. 320 è depositato nella cancelleria del tribunale coi documenti giustificativi di cui si farà pure l'elenco. Tale deposito è notificato all'altra parte con intimazione a prenderne comunicazione e deliberare.

Qualora la parte cui si rende il conto voglia impugnarlo, deve proporre (nel termine di 15 giorni) le sue osservazioni con distinta e specifica indicazione delle partite impugnate, comunicarle all'altra parte e citarla nel tempo stesso davanti il presidente per la nomina di un giudice delegato. Davanti al giudice delegato incomincerà la discussione a seguito della quale, se le parti sono d'accordo, il giudice approva il conto e provvede con ordinanza, non suscettibile di reclamo, al pagamento del dovuto, e se l'accordo non è possibile (anche se una sola delle parti è comparsa) rimette le parti ad udienza fissa davanti al collegio.

Questo procedimento oltrechè essere chiaro e semplice ci sembra perfettamente conforme alla legge, alla quale invece contraddirebbe nel modo più manifesto quello tracciato dagli autori succitati.

2. Dicendo l'art. 323 che « le parti discutono il conto » s'è forse a credere che innanzi al giudice delegato si debbano presentare le parti personalmente, o almeno i procuratori muniti d'un mandato speciale?

Lo Scialoja (*Comm. Cod. Sardo*, V, CV) avverte che la questione fu risolta dalla sentenza 24 luglio 1840 della Cassazione francese nella quale fu ritenuto esser principio generale in materia di procedura, che ogniquale volta la legge non richiede espressamente la comparizione personale delle parti, i loro procuratori hanno qualità per rappresentarle. La dottrina è seguita

lo stesso avviso della Cassazione. — Carré-Chauveau, *quest.*, 1880 - Delaporte, II, p. 126 - Favard, I, p. 618.

3. L'espressione dell'art. 323 — *il giudice approva il conto* — significa forse che il giudice delegato ha facoltà di rilasciare ordine esecutivo che tenga le veci di una vera sentenza?

L'accettazione del conto, dice Borsari, che si fa avanti il giudice delegato è puramente e semplicemente un *concordio giudiziale*, e partorisce a favore dell'altra parte *l'eccezione della confessione giudiziale*. Pertanto, qualora si rendesse necessaria una sentenza per rendere eseguibile la convenzione giudiziale appartiene al tribunale il pronunciarla. — *Conforme*: Gargiulo, *Comm.* p. 824.

A mio avviso però la locuzione dell'art. 323 dimostra non essere necessaria la sentenza del tribunale. L'ordinanza del giudice delegato a infatti forza di sentenza spedita in forma esecutiva, lo dice l'articolo, è quindi eseguibile e produrrà ipoteca giudiziale a favore del creditore.

L'art. 326 poi non è applicabile perchè anzi prevede soltanto il caso in cui la parte alla quale si rende il conto non abbia fatto osservazioni, o non sia comparsa davanti il giudice. In questi casi non essendosi verificato l'accordo in presenza di chi può omologarlo e darvi forza esecutiva, la legge autorizza la parte che produsse il conto a provocare la sentenza che lo approvi.

Di tale avviso è anche l'illustre Scialoja nel *Comm. Cod. Sardo*, V, CVII, ove dice: « Presso noi, quando le parti sono d'accordo, il giudice delegato ne concede atto, approva il conto, ed emana un'ordinanza pel pagamento della somma o pella consegna dei valori riconosciuti dovuti; sicchè non è necessario provocare una sentenza del tribunale per conferir forza esecutiva alla transazione verificatasi tra le parti. Il giudice delegato, che la constata ed ordina che sia eseguita, rappresenta lo stesso tribunale ». Cotesta opinione che è pure seguita dal Mattei (*Annotaz.*) trova conferma anche nella relazione Pisanelli ove è detto che « sarà dopo la sentenza od il provvedimento, che dichiara l'importo del debito e ne ordina il pagamento, che troveranno la loro applicazione i procedimenti di esecuzione forzata ».

324. Si possono ammettere come giustificate le partite, per le quali non si può o non si suole riportare ricevuta, quando siano verisimili e ragionevoli, obbligando chi rende il conto, se si creda necessario, ad asseverarne la verità con giuramento.

1. Nelle cause di rendimento di conto non è interdetto al giudice, risolte tutte le questioni proposte da chi lo impugna, di pronunciare definitivamente sul risultato liquido del medesimo. — *Appello Genova*, 7 dicembre 1867. *Raffo—Garibaldi. Gazz. dei Trib.* 1868, 486.

2. Questo articolo non si applica che alle partite di piccola entità, non a quelle di molto rilievo, a riguardo delle quali non è probabile siasi omessa la cautela dell'atto scritto. — *Appello Casale*, 18 febbraio 1871. *Vacca—Vacca. Giurisprudenza*, VIII, 143.

325. Sulla domanda della parte che rende il conto si può accordarle un'indennità per le spese necessarie, a cui abbia dato luogo la compilazione, e il rendimento del medesimo.

Chi è tenuto a rendere un conto non può pretendere che gli venga anticipato l'importo presuntivo delle spese del medesimo.

Questo articolo autorizza bensì ad accordare una indennità per le spese necessarie del conto, non ad anticiparle. Quest'obbligo dell'anticipazione non può ammettersi neppure nel caso in cui la parte a cui si deve rendere il conto sia ammessa al beneficio del gratuito patrocinio. — *Appello Brescia, dicembre 1873. Piatti—Gariboldi. Mon. Trib., XV, 506.*

Spetta al tribunale di pronunciare sulla domanda di cui si parla in questo articolo. — Borsari, *Comm.*, I, p. 446.

Art. 1377 c. c.

326. Quando chi deve rendere il conto non lo presenti nel termine stabilito, l'autorità giudiziaria può ammettere chi lo ha chiesto a determinare anche con giuramento la somma dovuta.

Se la parte a cui si rende il conto non abbia fatto osservazioni a norma dell'art. 322, o non sia comparsa davanti il giudice, l'autorità giudiziaria può, sull'istanza dell'altra parte, approvare il conto.

1. Il termine stabilito dai giudici per rendere un conto non è perentorio, e se il ritardo è scusabile si ammette la discussione del conto, tanto più se si chiese una proroga.

Il termine sopradetto non è fatale a meno di una espressa comminatoria, e possono i giudici accordare una proroga concorrendovi giusti motivi. — *Appello Genova, 2 marzo 1866. Traversa—Fabbriceria della Chiesa di Pentema. Gazz. dei Trib. 1866, 423.*

2. La fissazione di un termine che la sentenza fa ad una parte per la presentazione del conto, a pena di stare al caricamento che le verrà dato dall'avversario col giuramento *in litem*, non si rende effettiva se non dopo un'altra pronuncia nella quale il giudice deliberi se allo stato della causa l'ingiunto meriti realmente di subire la pena comminata.

Quindi il giudice può ammettere la discussione del conto presentato dopo il trascorso del termine assegnato e mentre ferveva disputa intorno ad una proroga di esso. — *Cass. Torino, 28 agosto 1868. Chiò—Giani. Bettini, XX, 829.*

3. La prestazione del giuramento per parte del creditore nella resa di conto non importa che si debba prestare cieca fede alla somma dichiarata con esso; quindi il magistrato, sia in vista di nuovi documenti sia in vista di altra prova e delle difese che su esso si fanno, può giudicare la causa senza aver riguardo a siffatto giuramento. — *Cass. Napoli, 18 gennaio 1870. Capitolo di Andria—Campanile. Bettini, XXII, 52.*

4. Il termine prefinito dall'autorità giudiziaria alla parte condannata a rendere un conto per la presentazione del medesimo, non è di sua natura perentorio. Quindi la parte alla quale deve rendersi il conto non acquista *ipso jure* alla scadenza di detto termine irrevocabile diritto a determinare essa stessa con giuramento la somma di cui si pretenda creditrice per sopravanzo. — *Appello Brescia, 15 dicembre 1870. Padovani—Manzoni. Mon. Trib., XII, 844.*

5. Il silenzio di colui che può avere interesse ad impugnare il conto non induce approvazione dello stesso, occorrendo a tal'uopo adire il magistrato. — *Appello Roma, 11 dicembre 1871. Lostray—Petrighi. Legge, XIII, 5.*

6. La parte condannata a rendere un conto, non decade dal diritto

di presentarlo, per ciò solo che sia trascorso inutilmente il termine stato all'uopo fissato.

La decadenza non si incorre se non nel caso in cui sia preceduta l'istanza della parte contraria.

La semplice notificazione della sentenza d'appello, che confermò puramente quella di primo grado, portante la prefinizione di un termine a rendere il conto, decorribile dalla scadenza dell'appello, non vale a far risorgere il detto termine ed a costituire in mora la parte obbligata al resoconto. — *Cass. Torino, 18 novembre 1874. Grassi—Belloni. Mon. Trib., XVI, 16.*

7. Perchè possa ammettersi l'attore chiedente un rendiconto a determinare con giuramento la somma dovuta, non basta che il convenuto non abbia presentato il conto nel termine prefissogli dall'autorità giudiziaria, ma è necessario che non si possa in altro modo provare l'ammontare della somma dovuta, e che al giudice siano dati sufficienti elementi per determinare la somma fino alla concorrente quantità della quale esso potrà prestar fede all'attore giurante.

Quindi è che presentatosi dal convenuto il conto dopo la scadenza del termine prefissogli alla presentazione, ma prima che l'attore abbia adempiuto all'obbligo di somministrare al giudice gli elementi per determinare la somma fino alla concorrente quantità della quale esso attore potrà essere creduto, quel conto è utilmente presentato, e giusta è quella sentenza la quale piuttostochè ammettere l'attore alla prestazione di un giuramento non più giustificato dalla necessità, rimette le parti per la discussione del conto dinanzi a un giudice delegato. — *Appello Bologna, 16 aprile, 1875. Costa—Vecchi. Gior. dei Trib., IV, n. 160.*

1. La disposizione di questo articolo riguardo al giuramento estimatorio deve essere posta in relazione coll'art. 1377 del Codice civile. Se il conto non si presenta, l'attore, che lo chiese, non è per questo dispensato da ogni altra prova che non sia il suo diritto generico di avere il conto. Se il conto non fu esibito, non può dirsi divenuto impossibile all'attore fare una prova qualunque dei suoi crediti. E se egli vuol essere ammesso al giuramento dovrà mostrare questa impossibilità della prova, giusta l'art. 1377 Codice civile. Una dimostrazione qualunque dell'entità di un'amministrazione, della qualità dei negozi trattati, dei capitali e delle rendite amministrate, potrà pur farsi: peggio per l'amministratore se egli non si cura di provare la spesa da lui fatta. — *Borsari, Comm., I, p. 447 - Gargiulo, Comm., p. 828 - Mattei, Annotaz.*

2. Non deve deferirsi il giuramento all'attore che in caso di impossibilità d'ogn'altra prova. (*Appello Casale, 1 settembre 1854; Appello Genova, 1 febbraio 1850; Bettini, 1854, II, 703 e 1850, II, 211.*)

Il giudice deve fissare egli medesimo la somma fino alla concorrente quantità della quale si potrà prestar fede all'attore in conseguenza del giuramento.

L'impossibilità di accertare un valore altrimenti che col giuramento *in litem* è relativa; e quindi è abbandonato al criterio del giudice l'esaminare se si verifichi o no. (*Cass. Torino 27 maggio 1850. Bettini, 1850, I, 363. Scialoja, Comm. Cod. Sardo, V, n. XCI.*)

Non basta il semplice deposito del conto perchè l'obbligato a renderlo sfugga alle conseguenze di questo articolo; il deposito deve essere accompagnato dai documenti giustificativi, altrimenti non sarebbe altro che una pura assertiva che non meriterebbe alcuna considerazione. (*Appello Genova, 1 febbraio 1850. Bettini, 1850, II, 211; Senato di Genova, 25 novembre 1831. Ger-vasoni, 1831, p. 442. Scialoja, Comm. Cod. Sardo, V, XCVI - Borsari, Comm., I, p. 447.*)

3. Se la parte presenta il conto quando è stata già ammessa la prova del caricamento estimatorio, sia o non compiuta, o quando è stato ammesso

il giuramento, sia o non prestato, il tribunale potrebbe rivenire sulla sua sentenza, e mandare alla parte cui si rende il conto di fare le sue osservazioni in contrario, per procedersi indi alla discussione innanzi il giudice delegato.

In ogni modo, provvedendo nella sua sentenza a termini di ragione, ei non potrebbe non avervi alcun riguardo, massimamente quando fosse rivestita di tutte le formalità richieste dalla legge. — Scialoja, *Comm. Cod. Sardo*, V, n. XCVIII.

Il Borsari invece, in termini forse un po' ambigui, così opina: « Si può sempre presentare il conto finchè non faccia ostacolo la sentenza definitiva che determina la somma da giurarsi, e col giuramento prestato la condizione siasi verificata. (*Comm.*, I, p. 448).

4. Siccome il termine per presentare un conto deve essere stabilito, avuto riguardo all'entità del medesimo ed alle circostanze speciali del caso, così ritengo che spetti sempre all'autorità giudiziaria di fissarlo con sentenza.

327. Non si fa luogo a revisione di conti, salvo alle parti in caso di errori, omissioni, falsità o duplicazione di partite, il diritto di proporre distintamente le loro domande.

1. La legge permette di rinvenire sopra un conto già approvato nel solo caso che si provi essere nel conto occorsi errori ed omissioni. — *Cass. Torino*, 27 agosto 1866. *Sanna—Massone. Gazz. dei Trib.*, 1866, 419.

2. Non ostante l'approvazione di un conto presentato in giudizio può la parte volerne rettificati gli errori od omissioni, non che i doppi impieghi che si possono riconoscere. — *Appello Genova*, 11 maggio 1867. *Middleey—Ravenna. Gazz. dei Trib.*, 1867, 756.

1. La differenza che corre tra la *revisione* d'un conto e la sua *rettificazione* è rilevata dal Dalloz nei seguenti termini:

« La revisione di un conto importa la disamina di ciascuna delle partite del *debito* e *credito*; e nel caso in cui il conto è il risultato dei saldi di diversi conti particolari, è la disamina e la discussione di ciascuna delle partite del debito e del credito di questi conti particolari. Rivedere il conto è rifarlo: questo è vietato dalla legge [*Cassaz.* 19 febbraio 1834]. Ma rettificare un conto, additarne gli errori, è specificare con documenti giustificativi e prove gli articoli del debito e del credito che racchiudono gli errori, sia nei conti particolari, sia nel conto generale che può esserne composto: ecco quel che è permesso. Quindi, come si vede, nella revisione il conto è messo tutto in discussione; nella rettificazione soltanto alcuni articoli sono contestati; quella trae seco una discussione generale; questa non attacca che punti determinati (*Dalloz, v. Compte* n. 150).

2. La dottrina e la giurisprudenza ritengono concordemente che la parola *errore* debba estendersi agli errori materiali e singolarmente agli errori di calcoli, e non già a tutti gli errori possibili sia in fatto, sia in diritto, altrimenti si verrebbe a riformare non certe partite del conto, ma la decisione giudiziaria, il che sarebbe contrario ai principi della cosa giudicata. — Scialoja *Comm. Cod. Sardo*, V, n. CXXXII - *Dalloz, Comptes*, n. 178.

3. Dovrebbero considerarsi come equivalenti ad errori materiali quelli che risultassero da documenti sconosciuti al momento dell'approvazione del conto, perchè in questo caso le parti non potevano discutere cogli elementi del conto l'esattezza delle diverse partite di cui il conto stesso si componeva. *Carré, quest.*, 1886, 4 - *Biblioteca del diritto, Voc. conto.*, n. 149 - *Mattei, Annotaz.*

4. Se l'errore e gli altri difetti del conto furono già subbietto di discussione o di giudizio, non si può far luogo al giudizio di rettificazione. — Borsari, *Comm.*, I, p. 451 - Scialoja, *Comm. Cod. Sardo*, V, n. CXXVI - *Mattei, Annotaz.*

5. I casi che danno luogo alla rettificazione permettono anche l'esercizio del rimedio della revocazione: i due rimedi si compenetrano. Però, promossa la revocazione, non si potrà poi esperire il giudizio di rettificazione, mentre dopo la rettificazione potrebbe esercitarsi il rimedio della revocazione.

Il vantaggio che si ha collo speciale rimedio preveduto da questo articolo è quello che al giudizio di revocazione sono statuiti termini e non lunghi, laddove l'azione di rettificazione è proponibile sino alla prescrizione, che i più ritengono di 30 anni. — Borsari, *Comm.*, I, p. 450.

6. Davanti a chi ed in qual modo si propone la rettificazione?

È certo che la rettificazione è materia di un giudizio affatto nuovo e non è più un'azione di rendiconto da istituirsi nel luogo della tenuta amministrazione; è un'azione personale, e segue la regola comune della competenza. — Borsari, *Comm.*, I, p. 450 - Saredo, *Istit. n.* 571 - Mattei, *Annotaz.* Gargiulo, *Comm.* p. 831.

La domanda dovrà esser proposta con atto di citazione e contenere l'oggetto cui si riferisce, ridotto a specifiche conclusioni; e perciò precisare l'errore, l'omissione, la partita falsa di cui si pretende la rettificazione.

Il cammino della procedura è analogo a quello del rendimento di conto. Le parti sono rinviate innanzi ad un giudice delegato per discutere le partite da rettificarsi; ei distende processo verbale della loro discussione; se non compone la lite, le rimette ad udienza fissa davanti al tribunale, il quale decide.

Essendo il giudizio di rettificazione un giudizio nuovo, è permesso appellare dalla relativa sentenza. — Borsari, *Comm.* I, p. 420 - Scialoia, *Comm. Cod.* Sardo, V, n. CXXXIX e CXL - Mattei, *Annotaz.*

7. Se il conto fu liquidato da arbitri, conviene adire il foro ordinario, perchè la facoltà di essi sarebbe spirata colla definitiva loro liquidazione. — *Biblioteca del diritto, loc. cit. n.* 163, 164, 165.

328. Per la liquidazione dei frutti si osservano le disposizioni degli articoli precedenti, in quanto siano applicabili.

SEZIONE VI.

Delle cauzioni.

329. Quando la idoneità della cauzione non sia contraddetta, o sia ammessa dall'autorità giudiziaria, il fidejussore con atto ricevuto dal cancelliere dichiara di sottomettersi a tutte le obbligazioni relative.

Quest'atto è esecutivo anche per l'arresto personale, se vi è luogo, senza che sia necessaria alcuna sentenza.

1. Questo titolo, a differenza di quelli analoghi dei Codici cessati ed anche dell'ultimo sardo, non regola che tre fatti: 1. l'accettazione e dichiarazione dell'obbligo della fideiussione; 2. la prestazione della cauzione mediante deposito di denaro o di cedole del debito pubblico dello Stato; 3. la estensione della facoltà di ricevere la cauzione mediante delegazione di altro giudice. Nulla vi si dice sull'atto che sancisce l'obbligo della cauzione, nulla sul procedimento che riguarda la proposta e l'accettazione della cauzione medesima.

Se non si parla del primo argomento è per la ragione medesima che consigliò il laconismo nell'art. 319, perchè cioè si volle in questa sezione comprendere tanto il caso in cui la cauzione si presti spontaneamente, come quello nel quale siasi atteso che una sentenza condannasse a darla.

Art. 1904, 1905, 1921
seg., 2094 cod. civ.; 727
seg. cod. com.; 554 n. 2
c. p. c.

Ma anche partendo dal supposto che sull'obbligo di dar cauzione non vi fosse più discussione o perchè le parti si fossero messe d'accordo, o perchè una sentenza sia venuta a definire la insorta questione, mi sembra che il nuovo Codice non avrebbe dovuto obbliare le norme che nei Codici sardi tanto chiaramente disciplinavano la proposta e l'accettazione della cauzione.

Le disposizioni di questa sezione « furono ridotte a grande semplicità » disse la relazione governativa, ma questa semplicità nuoce alla chiarezza.

Se però le disposizioni dell'art. 652 del Codice sardo non furono ripetute nel Codice attuale, devono tuttavia seguirsi nella pratica. La cauzione cioè dovrà essere proposta con atto notificato alla parte contraria e contenere diffidamento del deposito già eseguito in cancelleria dei documenti comprovanti l'idoneità della cauzione ed offerta della loro comunicazione, salvo il caso che la legge non esiga che tale idoneità sia comprovata con documenti.

Relativamente all'accettazione della cauzione, l'articolo prevede il caso che possa essere necessario che ne sia ammessa l'idoneità mediante sentenza ma nulla ci dice sul relativo procedimento.

Non si credette opportuno di prescrivere che il rifiuto della cauzione debba farsi in un dato termine e non si impose al giudice di stabilirlo. Se pertanto chi ha diritto alla cauzione non si pronuncia potrà l'altra parte fargli assegnare un termine a deliberare o far decidere dai giudici l'idoneità della cauzione offerta.

Una volta poi che si intenda rifiutare la cauzione si dovrà comunicare all'avversario il rifiuto ed il tribunale giudicherà sull'incidente.

Pronunciata la sentenza sull'idoneità della cauzione sono applicabili le regole stabilite da questo articolo riguardo all'atto di sottomissione del fidejussore.

2. Quando sarà luogo all'arresto personale del fidejussore come conseguenza immediata del solo atto di sottomissione?

Se il debito principale fosse compreso in una delle tre categorie dell'art. 2094 del Codice civile, o si trattasse di debito commerciale, e a questo effetto si obbligasse il fidejussore nell'atto di sottomissione. Non v'ha luogo poi all'arresto se l'obbligo principale, che è la base e la misura della fidejussione, non espone all'arresto personale lo stesso debitore principale (articolo 1900 Codice civile). — Borsari, *Comm. I*, p. 455 — Gargiulo, *Comm.* p. 837 — Mattei, *Annotaz.* — Saredo, *Istit.* n. 576.

330. La cauzione può darsi anche depositando nella cancelleria denaro o rendite sul debito pubblico dello Stato, al portatore, al valore nominale.

Quando il valore nominale sia superiore al valore di borsa, si fa nella cauzione l'aumento concordato dalle parti, o, in difetto, stabilito dall'autorità giudiziaria.

Il cancelliere fa processo verbale del deposito.

331. Quando il domicilio, o la residenza, o dimora delle parti o del fidejussore sia distante dal luogo del giudizio, l'autorità giudiziaria può delegare il cancelliere della pretura per ricevere la cauzione, o richiedere per questo oggetto un'altra autorità giudiziaria a norma dell'art. 208.

SEZIONE VII.

Della interruzione e della cessazione del procedimento.

§ I.

*Delle cause che danno luogo alla riassunzione d'istanza
o alla costituzione di nuovi procuratori.*

332. La citazione deve essere rinnovata quando prima della scadenza del termine per comparire avvenga la morte o il cambiamento di stato di una delle parti, o la cessazione dell'ufficio per cui doveva comparire in giudizio, ed essa non abbia precedentemente nominato un procuratore, o il nominato non siasi costituito o non si costituisca in causa.

1. La costituzione di nuovo procuratore pel caso di morte di una delle parti allora solo è necessaria quando la morte sia avvenuta durante la istruzione della causa. — *Appello Milano, 14 luglio 1866. Guzzi-Brioschi-Trezza. Bettini, XVIII, 432.*

2. La rinnovazione della citazione, prescritta da questo articolo, deve solo aver luogo quando il cambiamento di stato di una delle parti sia attuale ed effettivo, prodotto unicamente dalla natura, non quando esso abbia bisogno ancora di tempo per estrinsecarsi.

Tale rinnovazione deve anche aver luogo quando il cambiamento di stato segue per autorità di sentenza, come nel caso di interdizione rievocata, ma in tale caso la sentenza deve essere divenuta esecutiva prima della scadenza dell'atto di citazione. — *Appello Torino, 6 settembre 1871. Foce—Perazzoli. Bettini, XXIII, 675.*

Scrive il Pisanelli nella *Relazione*:

« L'interruzione del procedimento ha luogo allorchè viene a mancare la persona giuridica già esistente nel giudizio, o la medesima cessa di esservi rappresentata. Si rende allora necessaria la ripresa d'istanza, per cui il giudizio si continua in contraddittorio della nuova persona chiamata e comparsa nella lite, onde restituire alla difesa perturbata dall'inaspettato avvenimento la forza di cui abbisogna ». (Vedi Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CDLXX.

« L'interruzione avviene per cinque cause, delle quali tre riguardano le parti, e due riguardano i procuratori. Quanto alle parti, l'istanza deve riprendersi, se accade la morte o il cambiamento di stato di una delle medesime, o la cessazione dall'ufficio, in forza del quale doveva stare in giudizio. Essa deve riprendersi per la costituzione di un nuovo procuratore, se quello già costituito muore, o cessa dall'esercizio per dimissione, sospensione o interdizione.

« Il progetto seguendo la distinzione adottata dai vigenti Codici tra le cause d'interruzione che riguardano le parti e quelle relative al procuratore, stabilisce che le prime non producono effetto se non, in quanto vengono notificate, mentre per rendere operative le seconde non si richiede veruna notificazione. La ragione della differenza è palese. Nel primo caso deve presumersi la ignoranza dell'evento che può interrompere il procedimento, imperochè non è sempre facile alle parti, e tanto meno al suo procuratore di conoscere la morte, il cambiamento di stato dell'altra parte, o la

cessazione dell'ufficio per cui stava in giudizio; non deve dipendere dalla negligenza di coloro che sono chiamati a rappresentarla, o dalla collusione loro col procuratore già costituito di coprire col silenzio il proseguimento del giudizio, per venirlo poscia ad impugnare come nullo. Per contro l'evento che interrompe il corso dell'istanza nei rapporti del procuratore non può mai essere ignorato dal procuratore dell'altra parte; le relazioni continue che passano tra i patrocinatori esercenti presso un'autorità giudiziaria, fanno tosto conoscere la morte o la cessazione di uno dei medesimi dall'esercizio.

« Però quanto alle cause d'interruzione che riguardano la parte, si è anche creduto necessario di derogare alla suaccennata regola, qualora i detti casi avvengano prima della scadenza del termine fissato nella citazione per comparire in giudizio, e semprechè non vi sia costituzione di procuratore per rappresentarla.

« Se l'avvenimento accade dopo trascorso il termine fissato per comparire, senza che siavi costituzione di procuratore, la parte già trovandosi in istato di contumacia, non occorre alcun atto di ripresa d'istanza per continuare un contraddittorio che non esiste per volontà della parte stessa.

« Ma quantunque gli accennati casi succedano durante il termine stabilito per comparire, non sarà tuttavia necessaria la ripresa dell'istanza fin tanto che non siano notificati, ove abbia luogo la costituzione di procuratore nell'interesse di quella parte, imperocchè l'essere avvenuta la morte, il cambiamento di stato o la cessazione dell'ufficio durante il ridetto termine, anzichè nell'ulteriore corso del giudizio, non altera sostanzialmente la condizione del giudizio medesimo dal punto che vi ha costituzione di procuratore. Ma quando non segua tale costituzione, la necessità della difesa richiede che l'istanza sia ripresa contro la persona giuridica chiamata a rappresentare la parte che, durante il termine per comparire, cessò di vivere, cambiò di stato o cessò dall'ufficio per cui doveva sostenere il giudizio.

« Però, i fatti che influiscono sul corso del procedimento, e sull'uso delle forme al riguardo stabilite dalla legge, devono ancora coordinarsi allo stato in cui si trova la istruzione della causa, per modo che esercitano una diversa influenza secondo il diverso stadio dell'istruzione medesima.

« Viene pertanto stabilito che se i casi, i quali darebbero luogo alla interruzione del prodimento, avvengono allorchè la causa già trovasi in istato di essere giudicata, non sarà mai necessaria per la decisione della medesima alcuna citazione per ripresa d'istanza o per costituzione di un nuovo procuratore.

« L'istruzione della causa essendo compiuta, cessa la ragione della sospensione del procedimento, la quale non potrebbe avere altro scopo che quello di ritardare la sentenza. È principio di ragion civile che la cessazione del mandato non sospende l'esecuzione degli affari conchiusi, come tale cessazione non dispensa il mandatario od i suoi successori dal provvedere intanto a ciò che le circostanze indispensabilmente richiedono ».

333. La parte deve essere citata per la continuazione del giudizio, se dopo la costituzione dei procuratori, ma prima che la causa sia in istato di essere giudicata, sia notificato alcuno dei casi indicati nell'articolo precedente.

1. Se un litigante muore pendente la lite, e la di lui morte sia ignorata tanto dal suo procuratore come dalla parte avversaria, gli atti in causa, sono tuttavia validi ed è pur valida la sentenza dopo tale fatto emanata.

Non può aversi riguardo a morte o cangiamento di stato di cui non fu fatta notificazione, e se tale notifica si fa rimangono validi gli atti eseguiti prima di essa. — *Cass. Torino, 8 gennaio 1870. Zanelli—Municipio di Bagnacavallo. Gior. delle Leggi, III, 32.*

2. La parte che deve essere citata personalmente è quella che è notificata i fatti indicati nell'art. 332, non già l'altra a cui quella notificazione fu fatta. Quindi il procuratore della parte che, per esempio, succeda nel giudizio al defunto, adopera rettamente se fa notificare la morte della parte e la riassunzione del giudizio al procuratore della controparte e non a questa personalmente. — *Appello Perugia, 2 marzo 1870. Santi—Santi. Annali, IV, 58.*

3. L'incidente sulla irregolarità del giudizio pel decesso di un collitigante e perciò sulla necessità di chiamare i di lui eredi in causa è sollevato in tempo utile se la denuncia venne fatta con cedola prima che la iscrizione della causa rimanesse ferma a ruolo.

Non è necessario di notificare il decesso per atto d'uscire, nè di produrre l'atto di morte. — *Appello Torino, 26 ottobre 1870. Bach—Vigna. Gazz. dei Trib., 1871, n. 7.*

4. Quando la parte che muta stato o della quale cessa l'ufficio nel corso del giudizio e dopo la costituzione dei procuratori non si dà cura di notificare all'altra parte il cambiamento di stato o la cessazione dell'ufficio, continua a rimanere nell'ufficio medesimo con legittimità di persona. — *Cass. Firenze, 5 febbraio 1872. Mancini—Tiribischi. Annali, VI, 9.*

5. Se tra più consorti in lite uno venga a mancare di vita, la riassunzione dell'istanza con formale citazione è richiesta rimpetto agli eredi del defunto non degli altri consorti che sono in causa, a riguardo dei quali basta che l'attore, per semplice comparsa, dia notizia della fatta riassunzione. Chi riassume la istanza non è tenuto ad offrire al citato comunicazione degli atti, dei documenti e delle prove. — *Appello Milano, 4 aprile 1873. Vassena—Chinali. Annali, VII, 379.*

1. Non credo si possa porre in dubbio che la parte, la quale nei casi da questo articolo previsti deve essere citata per la continuazione, sia precisamente quella riguardo alla quale quei casi si sono verificati. Perciò, se questa ha dei consorti in lite, non sarà d'uopo che anche contro di questi l'istanza sia riassunta con apposita citazione, ma basterà che della citazione del correo si dia loro notizia mediante comparsa per poter contro tutti legalmente proseguire il giudizio.

2. Per la notificazione della morte d'una parte non occorre la comunicazione dell'atto formale di decesso. — *Chauveau in Carré, quest., 1280 bis - Pigeau, Comm. t. I, p. 607 - Borsari, Comm. Cod. Sardo, III, n. CDLXXIX.*

Si aggiungerebbe poi alla legge se si pretendesse che nel caso di morte della parte, dovesse il notificante designare gli eredi da quella lasciati.

334. La parte dev'essere parimente citata, se, durante il giudizio, ma prima che la causa sia in istato di essere giudicata, avvenga la morte, la cessazione dall'esercizio, la sospensione o la interdizione di uno dei procuratori costituiti, ancorchè tali casi non siano stati notificati.

Se il procuratore di uno dei litiganti rinuncia al patrocinio assunto, e di tale rinuncia è fatta regolare notificazione alla controparte, è questa in obbligo di riassumere l'istanza a norma dell'art. 336 ed è in diritto di proseguire nelle istanze, in contumacia del citato, se il medesimo non comparisca rappresentato da un nuovo procuratore. — *Appello Cagliari, 29 ottobre 1870. Corvetto—Capitolo di Cagliari. Legista, I, n. 14.*

1. Se il procuratore cessa per revocazione della parte o per aver rifiutato di rappresentarla, non à luogo la riassunzione d'istanza. — Saredo, *Istit.*, n. 582 - Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CDLXXIII.

2. Quale sarà il valore degli atti fatti senza premettere la citazione in riassunzione quando sia necessaria?

Borsari (*Comm.* I, p. 457), Saredo (*Istit.* n. 583), Gargiulo (*Comm.* p. 844), Mattei (*Annotaz.*), insegnano che sono validi quelli atti che sono necessari per la tutela di un diritto che altrimenti correrebbe pericolo; ma è vietato ogni atto di rito ordinario sotto pena di nullità, poichè difetterebbe degli elementi che ne costituiscono l'essenza, in specie mancherebbe la qualità legittima della parte a stare in giudizio.

Io credo, soggiunge il Borsari, che il procuratore in contrario costituito non sia privato della sua qualità per la comunicazione degli atti indispensabili, o che non possano differirsi senza pericolo. Mancando il procuratore, la notifica si farebbe alla parte.

Sebbene la nullità degli atti non sia dal nostro Codice decretata come lo era dal precedente sardo (art. 436), pure non si può metterla in dubbio: essa scaturisce dal disposto dall'art. 56 Codice procedura civile, e dalla ragione per la quale il legislatore dettò le norme contenute in questo paragrafo, l'essere, cioè sopravvenuto un fatto che impedisce alla parte di attendere alla propria difesa, che trae seco la interruzione del legittimo contraddittorio.

Senonchè è per tale motivo che io ritengo non abbiasi a fare la differenza ammessa dagli autori sunnominati tra atti urgenti ed atti differibili. Urgenza io non so concepire se per il fatto dalla legge contemplato il procedimento si interrompe, i termini restano sospesi e riprendono il loro corso soltanto dopo la riassunzione d'istanza; e perciò l'ipotesi della prossima scadenza del termine utile ad eseguire un atto non regge. Quanto agli atti conservativi, se per ottenerli od operarli, fa mestieri il contraddittorio, è evidente, secondo me, che finchè questo manca, non si possono domandare. La parte, del resto, che vede in pericolo i propri diritti, potrà, dimostrando il pericolo stesso, ottenere il sequestro cauzionale, di cui all'art. 924 C. p. c., o quando non ne sia il caso riassumerà sollecitamente l'istanza, come le ne è data facoltà dalla legge.

3. La nullità è relativa e non produce i suoi effetti che a favore degli eredi della parte deceduta o della parte che ha perduto il proprio procuratore. Non può credersi infatti che il legislatore, pronunciando la nullità degli atti fatti dopo la morte d'una parte, *abbia avuto soltanto* in vista l'interesse di coloro i quali potrebbero sentire pregiudizio per effetto degli atti ai quali non hanno potuto attendere, in una parola l'interesse degli eredi, dei creditori ed aventi causa da colui in nome del quale si sarebbe agito quando egli più non esisteva. Così pensano Carré e Chauveau (*quest.* 1280) e Demiau (p. 251 *seg.*).

Che la nullità non possa essere opposta se non dalla parte che non era legittimamente rappresentata in causa, devonsi ammettere anche presso di noi poichè l'interruzione è stabilita a favore di lei, e per l'art. 57 non si possono accampare nullità alle quali l'opponente stesso abbia dato causa, o che riguardano formalità ordinate nel solo interesse di una parte.

Art. 174, 390 c. p. c.

335. Quando la causa trovisi in istato di essere giudicata, non è necessaria per la decisione di essa la citazione per riassunzione d'istanza, o per costituzione di nuovo procuratore.

La causa è in istato di essere giudicata quando sia rimasta ferma l'iscrizione a ruolo, e, nei procedimenti sommari, quando la relazione all'udienza sia cominciata.

Se pel disposto di questo articolo, avvenuta la morte d'uno dei litiganti quando la causa trovisi in istato di essere giudicata, non è neces-

sario riassumere l'istanza contro l'erede, nulla però impedisce all'erede di presentarsi volontariamente a sostenere le domande del defunto. — *Cass. Napoli, 13 febbraio 1873. Capassino—Ferrarese. Annali, VII, 196.*

336. La citazione per la riassunzione d'istanza, o per la costituzione di un nuovo procuratore, è fatta nei modi e coi termini stabiliti nel Titolo III di questo libro.

Nella citazione si enunciano i nomi e cognomi dei procuratori già costituiti in causa.

Se la parte contro cui si riassume l'istanza ha procuratore costituito nel giudizio, l'istanza è riassunta con comparsa notificata al procuratore.

La riassunzione d'istanza contro la parte che à costituito procuratore in causa, può farsi validamente, con citazione personale alla medesima, anzichè colla notificazione della comparsa al detto procuratore, purchè a proprie maggiori spese. — *Appello Genova, 5 luglio 1872, Municipio di S. Giulia—Economato Generale. Annali, VI, 419.*

1. Quando si può riassumere l'istanza con comparsa invece che con citazione?

Alla prima lettura dell'ultimo capoverso di questo articolo potrebbe credersi che allorché, prima del cangiamento di stato o della morte di una parte, ambidue i contendenti fossero rappresentati in causa, potesse riassumersi la lite anche contro la parte, a favor della quale si verificò la interruzione del giudizio, mediante semplice comparsa notificata al procuratore che prima la rappresentava. — Ma è forse ammissibile che gli eredi d'uno dei litiganti possano essere citati in riassunzione di lite, con comparsa notificata al procuratore del loro autore, in luogo che con atto di citazione personale? Io mi permetto di dubitarne. Sospeso il procedimento per la notificazione d'uno dei casi previsti dall'art. 333, cessa il mandato nel procuratore di colui che à subito il cangiamento di stato o è morto, ed è mestieri che avvenga di poi una nuova costituzione di procuratore.

La riassunzione dovrà quindi farsi per comparsa in questi due casi: 1. Quando la persona che dovrebbe citarsi in surrogazione della parte rispetto alla quale si è verificato il bisogno della riassunzione d'istanza, stia già in causa legittimamente rappresentata in altre qualità; 2. Quando l'istanza sia riassunta a cura di quella parte stessa che à subito il cangiamento, o del suo successore, contro l'altra già rappresentata da un procuratore.

Fuori di questi casi la riassunzione di lite dovrà notificarsi personalmente alla nuova parte.

2. Borsari (*Formulario* p. 142), e Gargiulo (*Comm.* p. 846), ritengono che dovendosi citare la controparte perchè costituisca un nuovo procuratore sia mestieri di far fissare dal tribunale il termine entro il quale la costituzione medesima abbia da seguire. Io non so veder ragione di questo sistema e mi sembra che esso contraddica eziandio apertamente al disposto dell'articolo presente.

« La citazione per la costituzione di nuovo procuratore è fatta nei modi e termini stabiliti dal titolo terzo di questo libro ». È chiaro adunque che l'atto dovrà essere redatto nella forma della citazione e contenere l'invito a *comparire* in giudizio, ossia a *costituire il nuovo procuratore* nel termine che la legge stessa designa all'art. 148, quando non siasi, a sensi dell'art. 154, ottenuta dal presidente l'abbreviazione del termine di *comparizione*.

3. Sospendendosi il giudizio per morte d'una delle parti la riassunzione deve farsi simultaneamente contro tutti i suoi eredi. Però la riassunzione

Art. 132 seg. c. p. e.

d'istanza non è indivisibile, e può quindi l'istanza, secondo i casi, essere validamente ripresa contro gli uni e non contro gli altri. — Saredo, *Istit. n. 586* - Chauveau in Carré, *quest.*, 1286, 4.

4. Degli effetti della sospensione del provvedimento sulla perenzione di istanza tratterò nell'art. 338 (vedi nota n. 4).

337. Quando la parte citata per riassumere l'istanza o per costituire nuovo procuratore non comparisca, la causa si prosegue in sua contumacia.

1. Sebbene la parte prima comparsa non costituisca procuratore a seguito della riassunzione d'istanza, è opinione degli autori che non goda per effetto della sua contumacia della posizione privilegiata che la legge ha concesso al vero contumace, e ciò perchè il giudizio essendosi dapprima incominciato in contraddittorio, la condizione delle parti era inalterabilmente fissata. Perciò gli articoli 381 e 382 delle disposizioni speciali ai giudizi contumaciali non saranno applicabili in questo caso. — Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. CDLXXXIV e *Comm. Cod. It.*, I, p. 460 - Gargiulo, *Comm.*, p. 847.

Però l'istruttoria si continua in confronto della parte invece che del suo procuratore, e poichè la notificazione personale degli atti intraprenderebbe il corso del procedimento, dovrà ritenersi permessa la notificazione mediante affissione.

Contuttociò io credo che debbasi riguardare come un giudizio nuovo quello che si riassume non più in confronto della persona prima citata, sebbene con altra veste o qualità, ma contro altri individui a lei succeduti. In tal caso la non comparizione di costoro dovrebbe aversi siccome vera contumacia e pel nuovo giudizio sarebbero da seguire tutte le norme dei giudizi contumaciali.

2. Saredo (*Istit. n. 587*) e Mattei (*Annotaz.*) insegnano che la non comparizione della parte citata in riassunzione d'istanza per costituire nuovo procuratore non ha per risultato che la causa riceva uno scioglimento in merito: secondo essi dovrebbe pronunciarsi una sentenza contumaciale ma al solo scopo di dichiarare riassunta la causa. Ed appunto perchè, soggiungono i sullodati autori, l'effetto della contumacia riguarda soltanto la riassunzione e non il merito della causa, ne consegue che se di molte persone citate per la riassunzione d'istanza o per la costituzione di nuovo procuratore, alcune soltanto compariscano, si faccia luogo alla riunione per l'effetto della contumacia, ma non si debba ordinare una nuova citazione.

Tutto ciò, a mio avviso, suppone che esista nel nostro Codice una disposizione conforme a quella dell'art. 349 del Codice francese. Infatti ivi era detto che « si à l'expiration du délai, la partie assignée en reprise ou en constitution ne comparait pas, il sera rendu jugement qui tiendra la cause pour reprise et ordonnera qu'il sera procédé suivant les derniers errements (ultimo stato della procedura), et sans qu'il puisse y avoir d'autres délais que ceux qui restaient à courir ». Né i Codici sardi, nè l'attuale hanno riprodotto codesto articolo; è quindi a ritenere che pel solo fatto della non comparizione della parte la causa si prosegue, senz'uopo di autorizzazione del tribunale.

Quanto al procedimento da seguirsi nel caso in cui soltanto alcune delle parti citate in riassunzione d'istanza compariscano, non sarà mai da parlare di unione delle cause dei comparsi con quelle dei non comparsi, poichè codesto sistema fu abbandonato dal Codice vigente, e nemmeno si dovrà ammettere l'obbligo della nuova citazione ai non comparsi, eccetto se la riassunzione sia avvenuta quando essi non avevano in precedenza costituito procuratore. E questo il caso in cui tutte le disposizioni della successiva sezione XII troveranno piena applicazione.

§ II.

Della perenzione d'istanza.

338. Qualunque istanza è perenta se per il corso di anni tre non siasi fatto alcun atto di procedura.

Art. 145, 383, 447, 464
c. p. c.; 2128 c. c.

L'istanza è altresì perenta quando non siasi chiesta la dichiarazione di contumacia nel termine stabilito dall'articolo 383.

1. Dopo l'iscrizione della causa a ruolo non può più aver luogo perenzione d'istanza.

La cancellazione della causa dal ruolo, per consenso delle parti in vista dei tentativi di conciliazione e la sospensione del giudizio per tal motivo, non lasciano similmente luogo a perenzione d'istanza. — *Cass. Torino*, 7 luglio 1862. *Città di Cherasco—Balbo. Legge*, II, 740.

2. Una domanda proposta *ex integro* non implica necessariamente e di per sé, la ripresa di una domanda precedente, benchè abbia il medesimo scopo, e quindi incorre nella perenzione il precedente atto processuale se il nuovo atto non lo richiama o non accenna in alcun modo a ripresa d'istanza. — *Cass. Milano*, 9 agosto 1862. *Bianchi—Bianchi. Legge*, II, 825.

3. Non ha luogo la perenzione d'istanza se la prosecuzione della lite venne sospesa per accordo delle parti in pendenza di trattative per un amichevole componimento. — *Cass. Milano*, 27 maggio 1863. *Municipio di Cherasco—Balbo. Legge*, III, 713 — *Appello Torino*, 2 aprile 1864. *Legge*, IV, 628 — *Trib. di Modena*, 16 dicembre 1872. *Gardino—Chini. Legge*, XIII, 136 — *Appello Napoli*, 22 maggio 1867. *Demario—Caltacante. Bettini*, XIX, 264.

4. Anche la nuova citazione che l'attore e appellante ponno trasmettere al contumace per impedir l'opposizione deve farsi entro il termine di 60 giorni per non incorrere nella perenzione. — *Appello Napoli*, 3 agosto 1866. *De Filippis—Comune di Corleto. Annali*, I, 134.

5. Ad interrompere la perenzione vale il deposito di atti che si comunicano ma non vale il ritiro dei medesimi dalla cancelleria. — *Appello Parma*, 20 dicembre 1866. *Mazzani—Le Brun—Coghi ll. cc. Mon. Trib.*, VIII, 224.

6. La perenzione dell'istanza per non essersi nei 60 giorni chiesta dichiarazione di contumacia è inapplicabile non solo ai giudizi con procedimento sommario, ma anche a quelli che iniziati a procedimento sommario furono poi rinviati al formale. — *Appello Napoli*, 28 gennaio 1867. *Spinelli—Bacileo. Gazz. del Proc.*, II, 140.

7. La perenzione d'istanza si può invocare tanto dall'attore quanto dal convenuto. — *Appello Parma*, 9 aprile 1867. *Prati—Molinelli. Annali*, I, 339.

8. Perchè l'istanza sia perenta conviene che l'attore abbia acquistata facoltà di far dichiarare contumace l'avversario, e che questa facoltà non abbia esercitata nei 60 di dal termine a comparire. La qual facoltà egli non acquista se entro tal termine il suo procuratore non deposita nella cancelleria gli atti e documenti e il mandato.

Il procuratore del convenuto non comparso nel termine della citazione non può dedurre la perenzione contro l'istanza dell'attore. — *Appello Potenza*, 15 aprile 1867. *Mangieri—Cupoli. Annali*, I, 261.

9. Ad interrompere il corso della perenzione è insufficiente la registrazione della sentenza proferita nel giudizio d'appello, ma è necessario un atto di procedura. — *Appello Ancona*, 20 marzo 1868. *Tarducci—Almaglia. Annali*, II, 354.

10. Il convenuto o appellato non può invocare la perenzione della istanza perchè l'attore o appellante non comparso nel termine non abbia chiesta la dichiarazione di contumacia nei 60 giorni, poichè per l'art. 380 tale dichiarazione non poteva mai chiedersi se non da chi avesse costituito procuratore. — *Appello Potenza*, 14 dicembre 1868. *Carbonara—Catenazzo. Annali*, III, 653. — *Appello Potenza*, 7 febbraio 1870. *Ginari—Truppi. Gazz. dei Trib. di Napoli*, 1870, n. 9 marzo — *Appello Napoli*, 17 marzo 1870. *Henzel—Parziale. Gazz. del Proc.*, VI, 67. — *Appello Napoli*, 25 febbraio 1870. *Conforti—Panza. Gazz. del Proc.*, IV, n. 24. — *Appello Napoli*, 15 febbraio 1871. *Guido—Guido. Annali*, V, 397.

11. I ricorsi in cassazione non vanno soggetti a perenzione nè a prescrizione di trent'anni. — *Cass. Napoli*, 20 luglio 1869. *Canneva—Califano. Bettini*, XXI, 452.

12. La perenzione dell'istanza che si incorre ove nel termine di 60 giorni non sia chiesta dichiarazione di contumacia non à luogo nei giudizi a procedimento sommario. — *Cass. Napoli*, 23 luglio 1869. *Roberti—Patroni. Legge*, X, 30. — *Cass. Napoli*, 19 febbraio 1867. *De Nicola—De Finno. Annali*, I, 189. — *Cass. Napoli*, 25 ottobre 1870. *Bruno—Criscitelli. Legge*, XIII, 563. — *Appello Napoli*, 8 febbraio 1867. *Coiro—Sezzelli. Giurisprudenza*, IV, 259. — *Cass. Napoli*, 28 giugno 1867. *Zaffarano—Fontana. Annali*, I, 325. — *Cass. Napoli*, 22 maggio 1869. *Monte Manzo—Caracciolo. Annali*, III, 325. — *Appello Palermo*, 11 settembre 1868. *Badulato—Cammarata. Annali*, II, 611.

13. Quando l'azione è individua, o quando si tratti di causa di comune interesse fra più litiganti, la perenzione deve aver luogo per tutti, o per nessuno di loro. — *Cass. Napoli*, 24 luglio 1869. *Scioli—Lombardi. Annali*, III, 267.

14. La disposizione dell'art. 383 che impone il termine di 60 giorni entro il quale la parte interessata può nel procedimento formale davanti i tribunali civili e le corti d'appello chiedere la dichiarazione di contumacia della controparte non è applicabile ai procedimenti formali avanti il tribunale di commercio. — *Appello Milano*, 5 agosto 1869. *Vacca—Vinca. Mon. Trib.*, X, 908. — *Contra: Appello Napoli*, 23 luglio 1869. *Beltrami—Dir. delle Gabelle. Annali*, III, 309.

15. Comunque l'appellato abbia notificato un atto di costituzione di procuratore, se questa non è sorretta dal deposito del mandato, l'appellante deve sempre fra i 60 giorni chiedere la dichiarazione di contumacia, e quando non l'abbia richiesta il suo appello è perento. — *Appello Napoli*, 25 ottobre 1869. *Lecaldano—Bordone. Bettini*, XXI, 772.

16. Le sole istanze e gli atti di procedura relativi sono soggetti a perenzione. In specie: di regola, non sono soggetti a perenzione gli atti di comando e le ingiunzioni, che ordinano al debitore di soddisfare la sua obbligazione.

Tali atti sono solo soggetti a perenzione quando intervenga contro essi opposizione, convertendosi essi allora in citazione, e così in istanze giudiziali.

E quindi, in difetto di opposizione, quegli atti interrompono la prescrizione, quantunque si abbiano da rinnovare per procedere agli atti esecutivi. — *Cass. Torino*, 10 marzo 1870. *Finanze—Bignone l. cc. Giurisprudenza*, VII, 273.

17. Quando è intervenuta una pronunzia della corte di cassazione che ha rinviato ad altro tribunale o ad altra corte la decisione della causa, la istanza non riprende il suo corso finchè la pronunzia della cassazione non sia notificata.

Quindi sebbene dal giorno dell'avvenuta cassazione della sentenza siano decorsi tre anni senz'alcuna delle parti abbia fatto alcun atto di procedura avanti al tribunale o corte di rinvio, non ha luogo perenzione dell'istanza. — *Appello Napoli*, 20 dicembre 1871. *Congregazione di Rossano—Dodaro. Annali*, VI, 131. — *Contra: Appello Casale*, 31 gennaio 1871. *Vinca—Ricca. Annali*, V, 249.

18. Secondo il cessato codice di procedura civile (art. 462) in caso di ripresa di prima istanza o di costituzione di nuovo procuratore, non sospendevasi punto il corso della perenzione, ma soltanto il termine di essa rimaneva allungato di 180 giorni. Questo prolungamento di termine non essendo più concesso dal nuovo codice, non può più applicarsi nemmeno alle cause nelle quali la ripresa d'istanza o la costituzione di nuovo procuratore si fosse verificata sotto il codice anteriore.

Il pagamento di una tassa di registro non è atto di procedura, e quindi non è tale da interrompere il corso della perenzione. — *Cass. Torino*, 29 luglio 1870. *Tarducci—Almaglia. Annali*, V, 287.

19. L'appello proposto con procedimento formale cade in perenzione se l'appellante dentro i 60 giorni non chiede la dichiarazione di contumacia dell'appellato. E ciò quand'anche il procedimento formale sia stato dopo i 60 giorni tramutato in sommario. — *Cass. Napoli*, 17 febbraio 1872. *Bruno—Criscitelli. Annali*, VI, 93.

20. L'iscrizione a ruolo è un atto che mantiene incolume e perenne il procedimento.

Il termine per la perenzione non comincia a decorrere che dalla data del provvedimento che cancella la causa dal ruolo. — *Cass. Napoli*, 23 marzo 1872. *Comune di Cardito—Montesano. Legge*, XIII, 563.

21. Sono atti di procedura che impediscono la perenzione d'istanza, la presentazione del ricorso per domanda di separazione, il decreto del presidente, la notificazione del ricorso e decreto all'altra parte, ed il decreto di tentata conciliazione. — *Appello Cagliari*, 8 aprile 1872. *Vidili—Paderi. Legge*, XIII, 1152.

22. Chi è stato condannato in contumacia non può proporre in appello la perenzione che si sarebbe verificata nella prima istanza per non avere l'altra parte domandato nei 60 giorni la dichiarazione della sua contumacia. — *Appello Venezia*, 30 aprile 1873. *Comune di Asiago—Fabrello. Annali*, VII, 358.

23. La perenzione essendo fondata sulla presunzione dell'abbandono, viene interrotta da qualunque atto di procedura che la parte contro cui chiedesi la perenzione abbia notificato ad una delle parti diversa da quella che la perenzione domanda. — *Appello Catania*, 24 settembre 1873. *Ospizio—Patanè. Legge*, XIII, 168.

24. Anche quando l'appellante non sia comparso in termine incorre nella perenzione dell'appello, se entro i 60 giorni in procedimento formale non abbia chiesto la dichiarazione di contumacia dell'appellato. — *Appello Napoli*, 11 maggio 1874. *Micillo—Maio. Bettini*, XXVI, 673.

25. L'opposizione a sentenza contumaciale essendo una istanza di gravame ordinario va soggetta a perenzione. — *Appello Napoli*, 29 maggio 1874. *Salemme—Municipio di S. Angelo dei Lombardi. Bettini*, XXVI, 517.

26. L'iscrizione della causa a ruolo è un vero e proprio atto di procedura, il quale per sé stesso basta ad interrompere il corso della peren-

zione ordinaria. — *Cass. Firenze, 3 dicembre 1874. Girelli—Bontae. Annali, IX, 42.* — *Appello delle Calabrie, 15 febbraio 1869. Rogger—Piro. Legge, IX, 423.* — *Appello Messina, 9 febbraio 1871. Chemi—Longo. Legge, XI, 564.*

1. Sulla perenzione il Pisanelli nella sua *Relazione* scrive quanto segue:

« Parlando dei giudizi in generale, fu avvertito che ogni litigio è per sé stesso un male, che richiede tutte le sollecitudini della società, onde vi sia posto un termine. Il legislatore deve intendere a far cessare le incertezze, le agitazioni che ne sono la conseguenza. Ma questo fine verrebbe a mancare, quando un giudizio per causa di una sospensione volontaria fra le parti, o prodotta da circostanze speciali, rimanendo indefinitamente sospeso passasse di generazione in generazione.

« La perenzione è destinata a prevenire questo danno. Essa, come fu già accennato, sta all'istanza giudiziale, come la prescrizione all'azione. Si compie per l'abbandono in cui le parti, cessando da ogni atto di procedura, abbiano lasciato il giudizio durante lo spazio di tre anni.

« Il Codice francese, informandosi alle consuetudini osservate in alcuna di quelle provincie, secondo le quali la perenzione non aveva luogo di diritto, rendette necessaria una domanda formale della parte interessata; finché non viene proposta questa domanda, la perenzione potrà, anche dopo i tre anni di abbandono del giudizio, essere esclusa da un atto di procedura.

« Ne segue che nel sistema del Codice francese è sempre necessario un nuovo procedimento, che può percorrere tutti i gradi della giurisdizione, per ottenere che il primo sia dichiarato estinto. La perenzione di un procedimento abbandonato non si acquista altrimenti, che col prezzo di un nuovo procedimento. Si viene così a togliere alla perenzione il suo vero carattere, quello cioè di una eccezione perentoria che si oppone alla parte contraria, la quale volesse proseguire un'istanza che ha già finito il suo tempo.

« Il progetto seguendo pertanto il Codice ginevrino ed il sardo, considera la perenzione come un'istituzione perfettamente analoga alla prescrizione, come un diritto che si acquista in forza della legge. Perché sussista non è necessario di chiedere al giudice una dichiarazione relativa, ma, come avviene di qualunque altra eccezione, basta che venga opposta dalla parte interessata.

« Il Codice francese stabilisce che l'attore nel giudizio principale deve essere condannato a tutte le spese della procedura perentoria. Ma, oltretutto questa disposizione non può conciliarsi col sistema della perenzione che si compie di diritto, e che perciò esclude la necessità dell'intervento dell'autorità giudiziaria, di una sentenza e di una condanna, sembra essere più conforme ai principii di equità porre a carico di ciascuna delle parti le spese che ha fatto nella procedura perentoria. Che l'abbandono in cui questa fu lasciata, si debba attribuire alla semplice negligenza delle parti, ovvero al dubbio che le rese incerte sul legale fondamento delle rispettive pretese, sarà pur sempre vero che la negligenza e l'incertezza sono comuni ad ambedue, che la perenzione è il fatto di entrambe. Non havvi quindi ragione per imporre le spese a carico soltanto di una delle medesime.

« La perenzione quantunque non estingua l'azione, rende nulla e come non avvenuta la procedura. L'azione potrà nuovamente proporsi, quando non vi osti la prescrizione, ma gli atti della procedura perentoria non possono più esercitare alcuna influenza.

« Però, ammettendo come regola l'annullamento degli atti seguiti nella procedura perentoria, dovrà conchiudersi che niuno di essi possa conservare la sua efficacia nella nuova istanza che venisse proposta in giudizio?

« Il Codice francese non stabilisce veruna eccezione alla regola anzidetta. Il Codice ginevrino ne ammette due: quantunque l'istanza sia rimasta perentoria, le parti potranno valersi: 1. delle confessioni, dichiarazioni e giuramenti che risultino da atto scritto; 2. delle deposizioni dei testimoni che non si trovino più in vita, quando siasi delle deposizioni stesso processo verbale.

« Il concetto che informa il Codice ginevrino è quello per cui vuoi distinguere tra atti di forma ed atti di sostanza, tra la procedura che è il metodo della difesa e le prove che ne sono il mezzo. Allo stesso concetto cercò pure di accostarsi la dottrina degli scrittori francesi, quantunque il testo della legge non vi porgesse argomento. Infatti, se il giuramento fu prestato, il silenzio posteriore delle parti non può distruggere un documento acquistato nel giudizio, come non distrugge quelli formati prima del giudizio stesso. Se un fatto venne confessato dalla parte, dichiarato dai periti e dal magistrato nel processo dell'ispezione giudiziale, l'abbandono totale del procedimento pel tempo necessario alla perenzione non può per sé stesso menomare la verità del fatto confessato o dichiarato. Parimente il silenzio delle parti non può in alcun modo influire sulla credibilità delle deposizioni dei testimoni.

« Però il Codice ginevrino distingue tra le deposizioni dei testimoni che poscia morirono e quelle dei testimoni che si trovano tuttora in vita. La ragione che di tale distinzione si adduce nei motivi del detto Codice si è, che escludendo le deposizioni dei primi si verrebbe a favorire la malafede, mentre ammettendo le deposizioni dei secondi si ritornerebbe, senza necessità, al sistema degli esami scritti che è da quel Codice respinto.

« Ma l'accennata ragione che è connessa al sistema del Codice ginevrino sugli esami dei testimoni, i quali devono sempre deporre davanti l'intero collegio, salvo il caso di legittimo impedimento, non è applicabile nel sistema del progetto, il quale ammette l'esame dei testimoni sia davanti l'intero collegio, sia davanti un giudice delegato.

« Il progetto generalizzando quindi il concetto del Codice ginevrino, adottato solo in parte dal Codice sardo, dichiara che la perenzione non estingue le prove che risultino dagli atti. Esso stabilisce inoltre che rimangono salvi gli effetti delle sentenze pronunziate. La decisione costituisce pur essa una verità giuridica che non può essere annientata dalla sola perenzione.

« Ove la perenzione abbia luogo in un giudizio di opposizione, di appello o di rievocazione, è palese che rimanendo estinto il procedimento diretto ad impugnare una sentenza, questa deve necessariamente acquistare la forza di cosa giudicata. E però altresì palese che quando nel giudizio di opposizione, di appello o di rievocazione una sentenza avesse già modificati gli effetti giuridici della sentenza impugnata, questa più non potrà acquistare la forza di cosa giudicata contro il pronunziato della nuova sentenza ».

2. Può la perenzione essere opposta da ambedue le parti in causa?

La soluzione affermativa non può essere dubbia. Sotto il Codice francese, imputandosi la perenzione soltanto a colpa o negligenza dell'attore (Carré, *quest.* 1427), si riteneva che dessa non potesse essere invocata che dal convenuto contro l'attore, a carico del quale stavano le spese del giudizio perento. I Codici sardi però ed il Codice attuale hanno mutato sistema, e fermandoci più specialmente all'ultimo, le disposizioni in esso contenute e le relazioni ministeriali che ne spiegano lo spirito ce lo provano ad evidenza.

Difatti, nell'articolo 340 è detto che « *chi intende approfittare della perenzione deve proporla espressamente* », e questa frase non può che riferirsi così all'attore come al convenuto, poichè corrisponde all'altra scritta all'art. 493 del Codice sardo 1854: « *Quella però delle parti, che intende usare il beneficio della perenzione, dovrà proporre formalmente l'eccezione* ». Oltre a ciò l'art. 342 pone a carico d'ambe le parti le spese del giudizio perento perchè (ce lo dichiara la *Relazione Pisanelli*), la perenzione è il fatto così dell'attore che del convenuto; dunque è logico il dedurne che anche il diritto di invocarla compete ad entrambi — *Conforme Saredo, Istit. n. 596.*

3. I casi fortuiti servono ad interrompere la perenzione?

Parecchi tra gli autori ed i giudicati di Francia risposero che sì, per analogia della massima: *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Vedi Chauveau e Carré, *quest.* 1420 - *Biblioteca del diritto voc. Perenzione*, n. 81, 112, 113 - e così pure Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. DXXIX.

Contuttociò io adotterei l'opinione più rigorosa, sia perchè anche verificatosi il caso fortuito, ad esempio l'incendio di documenti importanti, si può agevolmente sospendere il corso della perenzione con un atto processuale

qualsiasi, come per la ragione che non potendo il caso scusare la mancanza delle prove indispensabili in appoggio dell'azione, tanto meno deve avere influenza per impedire gli effetti della perenzione.

4. E interrotta la perenzione per effetto di trattative di amichevole componimento?

Lo ammettono: Chauveau in Carré, *quest.* 1419 - Pigeau, *Comm.* t. 1, p. 684 - Merlin, *Rep.* sez. I, § 2, 10 - Favard, t. 4, p. 193, n. 6 - Thomine, t. 1, p. 642 - Reynaud, *Traité de la peremption*, p. 53 - Borsari, *Comm.* I, p. 462 - Gargiulo, *Comm.* p. 854, riservando però ai magistrati l'indagine delle circostanze peculiari ad ogni singolo caso.

Nel silenzio della legge e considerando che, non potendosi presumere che le parti ne ignorino le disposizioni, era facile ad esse di tutelare il loro interesse pel caso che le pratiche amichevoli andassero a vuoto, tanto più che il termine dalla legge fissato per la perenzione è sufficientemente lungo, riterrei non potesse accogliersi tale benigna soluzione, che lasciando soverchio arbitrio al magistrato nell'applicazione dellà legge, le toglie ogni valore e prestigio. — *Conforme*: Saredo, *Istit.* n. 595.

5. L'interruzione d'istanza impedisce il decorso della perenzione?

Quando il procedimento è interrotto per la notificazione del cangiamento di stato e della morte d'una parte o per il solo fatto della morte o della cessazione dall'ufficio del procuratore, la perenzione non può effettuarsi ed il termine di essa comincia a decorrere dalla citazione riassuntiva dell'istanza.

6. Quali sono gli atti che interrompono il corso della perenzione?

Gli *atti di procedura*, dice il nostro articolo, ed il Borsari (*Comm.*, I, p. 462) aggiunge che deesi devono avere *rapporto col giudizio pendente* ed essere nel loro genere *compiuti*.

Venendo ai particolari: la iscrizione a ruolo di spedizione della causa non solamente interrompe la perenzione come ogni altro atto processuale, ma conserva perenne il procedimento, impedendo che la perenzione vi operi mai più i suoi effetti. Difatti, iscritta la causa a ruolo e chiusa l'istruttoria, non sarebbe più possibile la notificazione di alcun altro atto per sospendere la perenzione, e la prosecuzione del giudizio, più che in arbitrio delle parti, sta nel potere del magistrato. — *Conforme*: Carré, *quest.* 1440. — *Contra*: Chauveau in Carré, *ib.* - Merlin, *Rép. v. Peremp.*, sez. I, § 2, 4 - Dalloz, t. 22, p. 257, n. 9 - Reynaud, n. 55.

Però la iscrizione a ruolo può essere cancellata o nei casi previsti dall'art. 219 del reg. gen. giud., per negligenza d'una parte, ovvero per accordo delle parti; verificandosi queste ipotesi il termine della perenzione incomincia a decorrere di nuovo dalla data del provvedimento che ordinò la cancellazione nella prima, e dall'atto col quale si eseguisce l'accordo delle parti nella seconda.

7. La perenzione è o no divisibile?

Fu codesta una questione agitatissima in Francia, non però quando l'oggetto della causa fosse indivisibile, poichè in questo caso, tutti convennero che la indivisibilità dell'oggetto si comunica all'istanza. Nell'ipotesi che si tratti di interessi divisibili, il Pigeau (*Comm.* t. I, p. 677) sostenne la divisibilità della perenzione, ma la teoria contraria fu accolta dai più ed oggi si può dire non ha oppositori. — Carré e Chauveau, *quest.* 1427 - Dalloz, *Rép. v. Peremption*, n. 344 segg. - Berriat, p. 357 - Favard, t. 1, p. 192, n. 4 - Merlin, *Rép. v. Peremp.*, sez. I, § 2, n. 3 e *Quest. de droit*, t. 4, p. 711, ed moltissimi giudicati citati da Chauveau e Dalloz.

Dal principio dell'indivisibilità che il Chauveau mirabilmente propugna adducendo che non è da confondere l'azione coll'istanza che n'è l'esercizio, e che all'azione non è possibile aver riguardo quando si abbia presente lo scopo della legge, la necessità di mettere un termine ai procedimenti, si deduce: 1. che l'interruzione della perenzione avvenuta per opera di una parte o contro una parte, giova o nuoce ai suoi liteconsorti; 2. che dichiarata, la perenzione, produce effetto anche contro coloro che non l'hanno richiesta.

Conformi sull'ammissione della dottrina dell'indivisibilità della perenzione: Borsari, *Comm.* I, p. 463 - Gargiulo, *Comm.* p. 860 - Mattei, *Annotaz. a quest'art.* - Saredo, *Istit.* n. 595.

Potrebbe tuttavia con fondamento elevarsi un dubbio riguardo ai giudizi d'appello.

Per le stesse ragioni che spingono ad adottare la teoria dell'indivisibilità della perenzione, è lecito però ritenere che essa non debba seguirsi riguardo ai giudizi d'appello, e ciò perchè altri sono gli effetti che produce la perenzione in primo grado, altri quelli che produce nel secondo. In primo grado essa cancella soltanto la procedura; nel secondo fa sparire l'appello e dà forza di cosa giudicata alla sentenza appellata. Ora, trattandosi di più appellanti in causa di sua natura dividua (per esempio più coeredi stati condannati a pagare un debito ereditario ciascuno per la sua porzione), non sarebbe ingiusto che, se l'uno di essi trascuri per oltre tre anni di far atti giudiziari, potesse l'appellato invocare contro costui la perenzione dell'istanza e quindi la cosa giudicata. (*Annali*, III, 1, 267 *in nota*).

8. Il giudizio in cassazione soggiace a perenzione?

No di certo, per l'indole del giudizio medesimo, chè, una volta introdotto, compie il suo corso indipendentemente dall'azione delle parti, nello interesse della legge, per opera del cancelliere; tant'è vero che la trattazione della causa all'udienza ha luogo secondo l'ordine del registro d'iscrizione, deliberandosi d'ufficio dalla Corte, malgrado la assenza delle parti.

Conformi: Borsari, *Comm.* I, p. 467 - Gargiulo, *Comm.* p. 853 - Saredo, *Istit.* n. 593 - Chauveau in Carré, *quest.* 1421 - Dalloz, I *Ed.* t. 22, p. 240, n. 6.

9. Cassata la sentenza dalla Corte suprema, quando incomincia a decorrere il termine per la perenzione?

Dalla pronunzia della sentenza di cassazione e non già dalla sua notificazione. — Mancini-Pisanelli-Scialoja, *Comm. Cod. Sardo*, IV, p. 292 - Borsari, *Comm.* I, p. 467 - Chauveau in Carré, *quest.* 1421, 3, ed una concorde giurisprudenza francese: Corte di Parigi, 18 aprile 1831; Corte di Riom, 8 giugno 1853; Corte di Metz, 11 maggio 1854; Corte d'Amiens, 3 aprile 1824; Cassazione 18 febbraio 1828; Corte di Besançon, 15 maggio 1828; Corte di Tolosa, 10 luglio 1832.

La perenzione del giudizio di rinvio non porta però, secondo a me pare, l'effetto di convalidare la sentenza contro la quale fu prodotto ricorso, ma bensì di far passare in cosa giudicata quella dei primi giudici. Difatti il giudizio di rinvio è un vero giudizio d'appello e per l'art. 341 sappiamo che la perenzione nello stadio d'appello dà forza di cosa giudicata alla sentenza impugnata. Dedotta la perenzione, ne conoscerà senza dubbio il giudice di rinvio.

10. Ha luogo la perenzione di cui in questo articolo nei giudizi arbitrali?

E a ritenersi che no, se si consideri che codesti giudizi sono regolati da norme speciali e che pei medesimi è già stabilita una perenzione dall'articolo 34 C. p. c. pel decorso del termine fissato agli arbitri per la pronunziazione del lodo, o dalle parti o dalla legge.

Conformi: Borsari, *Comm.* I, p. 461 - Saredo, *Istit.* n. 893 - Gargiulo, *Comm.*, p. 852 - Carré e Chauveau, *quest.* 1412 - Thomine, n. 442.

11. La perenzione dei 60 giorni prevista dal capoverso di questo articolo in relazione all'art. 383 è applicabile ai giudizi sommari? No, per la collocazione dell'art. 383 tra le norme del procedimento formale, per la circostanza che quanto in esso è stabilito non può eseguirsi nelle cause sommatorie, nelle quali la dichiarazione di contumacia si chiede all'udienza e, la comparizione avendo luogo a giorno fisso, non v'è un termine per la decorrenza dei 60 giorni. — *Conformi*: Saredo, *Istit.* n. 594 - Mattei, *Annotaz.* - Pisanelli nella *Relazione al § 13*, e Scotti, *Mon. Trib.*, 1870, p. 66.

12. La stessa perenzione non è applicabile nemmeno nei giudizi formali davanti i tribunali di commercio, poichè la procedura dinanzi i medesimi è regolata da norme affatto speciali tra le quali non si riscontra quella di cui è parola, del che una ragione plausibile si rinviene nella considerazione che le parti possono comparire in persona. L'art. 407, che contempla il caso della contumacia in questi giudizi, mentre si riferisce poi agli art. 381 e 382 non rimette punto al disposto dell'art. 383 e quindi ne esclude evidentemente l'applicazione. — *Conforme*: Scotti, *Mon. Trib.*, 1870, p. 66.

13. Dissi col Borsari che l'atto che può interrompere la perenzione deve essere nel suo genere compiuto, ma è forse necessario che sia valido?

Non lo ritengo, poichè dimostrando la volontà di proseguire il giudizio in chi lo presenta, toglie ogni ragione alla perenzione, che appunto nel presunto abbandono della lite ha il suo fondamento. — *Conformi*: Borsari, *Comm.* I, p. 462 - Gargiulo, *Comm.* p. 853.

In Francia è prevalsa l'opinione contraria, ma è a notarsi che l'articolo 399 del Codice francese alla parola *actes* aggiunge la qualifica *valables*, mentre il nostro articolo non accenna che ad *atti di procedura*. — Vedi Carré, *quest.* 1437 - Pigeau, *t. 1*, p. 312.

14. Malgrado le sentenze soprariferite ai n. 8 e 10, io sono convinto che la perenzione dei 60 giorni abbia luogo sebbene nessuna delle parti sia comparsa. L'articolo presente non fa distinzione di sorta e dichiara perentorio il giudizio quando nei 60 giorni non siasi chiesta la dichiarazione di contumacia, intendendo così di punire la negligenza delle parti che non si curarono di proseguire la lite e fanno presumere colla loro inazione di volerla abbandonare. Di più l'art. 383, ponendo implicitamente come condizione alla domanda di dichiarazione di contumacia dell'avversario, la propria comparizione nel termine di citazione, vuole che se nessuna delle parti à costituito procuratore nel termine, la perenzione sia irremediabilmente incorsa e la procedura sia estinta.

Perciò quegli che non comparso a tempo volesse poi continuare il giudizio potrebbe sentirsi opporre dall'avversario la già verificata perenzione, la quale, se trattisi di giudizio d'appello, fa passare in cosa giudicata la sentenza dei primi giudici. — *Conforme* Scotti, *Mon. Trib.* 1870, p. 66.

15. Della perenzione d'istanza nei giudizi davanti i pretori ed i conciliatori parlerò agli articoli 447 e 464.

339. La perenzione ha luogo anche contro lo stato, gli istituti pubblici, i minori, e qualunque altra persona che non abbia la libera amministrazione de' suoi beni, salvo il regresso contro gli amministratori.

Quest'articolo pel quale la perenzione ha luogo anche contro i minori, suppone che questi abbiano un amministratore contro il quale, qualora siano incorsi nella perenzione, possano esercitare l'azione d'indennità loro riservata da tale articolo.

Tale circostanza deve ritenersi necessaria perchè a carico dei minori possa decorrere la perenzione.

Se alla legge sta a cuore la brevità nelle liti, non è vero però che a questo desiderio abbia sacrificato i principii di giustizia che costantemente la informano, ordinando la perenzione in danno di chi non potendo fare nè di per sè, nè per mezzo di rappresentanti alcun atto di procedura, non aveva il modo di impedirla, e non ha chi sia obbligato a risarcirgli il danno. — *Cass. Firenze*, 27 novembre 1874. *Donati-Attalla. Gior. dei Trib.*, III, n. 308. — *Contra*: *Appello Lucca*, 24 aprile 1874. *Della Nave ll. cc.-Attalla. Annali*, VIII, 445.

1. Può correre la perenzione contro il minore non provveduto di amministratore?

Tra gli autori francesi stanno per la soluzione negativa: Pigeau (*Comm.* I, p. 683), Favard (*Rép. v. Perempt.*, n. 10), Carré e Chauveau (*quest.* 1433), Thomine (*Comm.*, n. 444), Reynaud (*Traité* n. 90). — Sostengono invece l'affermativa: Merlin (*Rép. voc. Perempt.*, sez. 1, § 2, n. 3), Dalloz (*Rép. v. Perempt.*, n. 472-474), Bioche (*Dict. v. Perempt.*, n. 34), Boitard (n. 582), Rodière (II, p. 246), Mourlon (*Rép.* n. 659). La giurisprudenza francese si è da ultimo pronunciata favorevolmente alla dottrina propugnata da Merlin, la quale tra noi è pure seguita da Borsari (*Comm. Cod. Sardo*, III, n. DXXXIII,

Comm. Cod. It. I, p. 463), Gargiulo (*Comm. p.* 857), Mattei (*Annotaz.*), ed è combattuta dal Saredo in una bellissima monografia nel giornale *La Legge*, vol. XV, n. 2.

E per la minoranza e per la teoria che ha il suffragio della Corte suprema di Firenze che io mi dichiaro. Io ritengo che le parole « salvo il regresso contro gli amministratori » colle quali si chiude il nostro articolo, più che il riconoscimento di un diritto, pel quale non sarebbe stata questa conveniente la sede, e che non era punto necessario, significhino una condizione *sine qua non* alla decorrenza della perenzione.

E a ciò mi induco tanto più poichè l'istituto della perenzione avendo la sua ragione nella negligenza delle parti e nel presunto abbandono della causa, non sarebbe logico dedurre nè l'una nè l'altra dal silenzio del minore incapace ad agire da solo, impotente ad interrompere, anche volendolo, il corso della perenzione.

Alla osservazione opposta dagli avversari, che se si ammette l'eccezione in favore dei minori non provveduti di tutore, sarà mestieri estenderla anche a coloro il cui tutore negligente è insolvente, risponde giustamente il Chauveau che « ce n'est pas à l'utilité du recours que la loi subordonne la déchéance, mais à l'existence ou à l'absence d'un mandataire légal qui ait pu agir, et qui rende inapplicable le principe *contra non valentem agere*, ecc. ».

2. Il termine della perenzione decorre anche contro una eredità giacente non provveduta di curatore. La formula aumentativa *anche* — dice il Borsari nel *Comm. Cod. Sardo*, III, n. DXXXIV — dimostra che niuna persona si vuole esclusa dal rigore della disposizione di legge.

Conformi: Mattei, *Annotaz.* - Saredo, *Istit. n.* 596 - Chauveau in Carré, *quest.* 1433 bis - Pigeau, *Comm. t.* 1, p. 684 - Merlin, *Rép. v. Peremption*, sez. I, § 2, n. 3.

340. La perenzione si opera di diritto.

Quando voglia continuarsi l'istanza scaduto il termine, chi intende approfittare della perenzione deve proporla espressamente prima d'ogni altra difesa, altrimenti si ritiene che vi abbia rinunciato.

1. Sebbene la perenzione d'istanza si operi di diritto per sola virtù di legge senza che quegli al quale profitta abbia bisogno di chiederne la dichiarazione al giudice, ciò non toglie che questa dichiarazione possa al giudice domandarsi e che debba quindi venire da lui accondannata.

Anche in questo caso le spese di lite sono a carico di colui che lasciò perimere l'istanza. — *Appello Torino*, 9 maggio 1862. *Patrizio di Scaquello—Comunità di Borgo Lavezzana. Legge*, II, 549.

2. La perenzione deve essere proposta prima d'ogni altra difesa e si intende rinunciata quando viene dedotta in subalterna ipotesi e dopo altri incidenti di nullità di procediménto. — *Cass. Firenze*, 4 luglio 1867. *Lippi Ne' Mazza—Gigli. Annali*, I, 235.

3. La perenzione d'istanza si opera di diritto, vale a dire senza uopo della dichiarazione del giudice.

Allora è necessario opporre l'incorsa perenzione quando l'altra parte voglia riattivare la causa perenta. — *Cass. Torino*, 20 novembre 1867. *Bertotti—Falletti. Annali*, I, 424.

4. Se il convenuto nel costituire il suo procuratore scorsi i 60 giorni dopo lo stabilito per comparire, non ha dedotto coll'atto stesso la perenzione dell'istanza, si intende che vi abbia rinunciato. — *Appello Napoli*, 22 ottobre 1869. *Censale—Sacco. Annali*, III, 467. — *Contra: Appello Napoli*, 23 luglio 1869. *Beltrami—Direzione delle Gabelle. Annali*, III, 309.

5. Sebbene la perenzione si operi di diritto è ammissibile la istanza in via d'incidente a che la medesima sia dichiarata. — *Appello Torino*, 19 aprile 1870. *Moschini—utrinque. Giurisprudenza*, VII, n. 29. — *Appello Firenze*, 10 marzo 1874. *Manuzzi—Monti. Bettini*, XXVI, 499.

6. Nè la legge prescrive, nè d'altronde la natura del procedimento incidentale comporta che la perenzione sia proposta a giudicarsi col rito degli incidenti.

Nè del pari è necessario che per impedire la perenzione si faccia seguire la notificazione dell'atto di procedura col quale si viene appunto ad interrompere il corso della perenzione medesima.

Atto efficace ad interrompere il termine della perenzione è anche l'iscrizione della causa a ruolo, niun riguardo avuto al fatto che non sia stata notificata e neppure che in seguito la causa sia stata cancellata dal ruolo ad istanza dello iscrivente, tanto meno poi se venne reiscritta a cura della parte medesima. — *Appello Milano*, 13 luglio 1871. *Cremona—Curti. Mon. Trib.*, XII, 889.

7. Anche dopo chiesto il rinvio della causa si può validamente proporre la perenzione d'istanza. — *Cass. Napoli*, 25 ottobre 1871. *Bruno—Criscitelli. Gior. delle Leggi*, III, 196.

8. Quando l'eccezione della perenzione dell'istanza è stata dedotta preliminarmente ad ogni altra, non può intendersi che vi sia stato rinunciato per avere il procuratore consentito uno o più aggiornamenti alla discussione della causa. — *Cass. Napoli*, 17 febbraio 1872. *Bruno—Criscitelli. Annali*, VI, 93.

9. L'accordo delle parti vale a sospendere gli effetti della perenzione. È valido ed operativo il patto di lasciar sospeso un giudizio fino alla decisione di un'altra lite vertente fra le stesse parti; esso impedisce la decorrenza dei termini della perenzione. — *Appello Milano*, 24 marzo 1873. *Barbò ll. cc.—Delmati. Gior. dei Trib.*, II, n. 125.

10. Quantunque la perenzione operi di diritto, in quanto la eccezione perentoria che ne deriva si forma per la sola virtù del tempo e senza dichiarazione del giudice, è però sempre nella facoltà della parte a cui interessa di valersi o no di quella eccezione. — *Cass. Firenze*, 30 dicembre 1873. *Arrigucci—Violi. Legge*, XIV, 461.

11. Il disposto dell'art. 340 che la perenzione d'istanza va opposta prima d'ogni altra difesa va inteso nel senso che essa deve precedere ogni difesa di merito, non già ogni eccezione d'ordine meramente processuale, la quale quindi può essere proposta prima della perenzione senza importare una implicita rinuncia a questa. — *Appello Venezia*, 21 gennaio 1874. *Levi—Fanzago. Mon. Trib.*, XV, 113.

12. La perenzione si può chiedere tanto in via principale che in via incidentale. — *Cass. Napoli*, 14 aprile 1874. *Tagliavia—Blanco. Gior. dei Trib.*, III, n. 149.

13. Nell'imperante Codice di procedura civile a valersi della perenzione non fa d'uopo che si adisca l'autorità giudiziaria innanzi cui fu la procedura svolta, ma puossi opporre innanzi qualunque altra, che siasi adita con novella azione.

Le sentenze meramente istruttorie non impediscono il corso della perenzione. — *Appello Catania*, 22 agosto 1874. *Comuni di Pedara—Principe Paterno. Gior. dei Trib.*, III, n. 310.

14. La perenzione d'istanza è proponibile per semplice atto di comparsa. La domanda è necessaria non perchè la perenzione si verifichi in quanto che opera di diritto, ma perchè la parte interessata ne possa profittare dal momento che le è lecito rinunziarvi, e devesi ritenere che vi abbia rinunciato fino a che non l'abbia proposta.

La perenzione può esser opposta soltanto da quella delle parti in causa cui torna proficua.

La perenzione quindi dell'appello non può essere domandata dall'appellante, ma solo dall'appellato. A codesta eccezione, la parte la quale ha diritto di valersene, può efficacemente rinunciare mediante la ripresa degli atti di causa.

L'appellante che non creda proseguire negli atti di appello ne ha il modo rinunciando agli atti del giudizio. — *Appello Milano*, 23 dicembre 1874. *Pozzi—Corti. Annali*, IX, 143.

15. Vedi art. 338, sent. n. 8.

1. Come si fa valere la perenzione?

La perenzione si compie per opera della legge, è di diritto, dice il nostro articolo; non è quindi necessaria la domanda della parte perchè si verifichi, come per l'art. 339 del Codice francese; essa è però richiesta se si vuole approfittarne, qualora il giudizio venga riassunto, poichè è permesso di rinunciarvi, sebbene il diritto di opporla non possa ad una parte essere tolto dal fatto dell'altra che prevenga la sua dichiarazione con atti di procedura. Da ciò deriva che i giudici non possono proclamare la perenzione d'ufficio; nè questo contrasta punto colla dichiarazione della legge che la perenzione è di diritto. Vi sono infatti delle decadenze comminate dalla legge in modo così assoluto da imporre l'obbligo ai giudici di rilevarle d'ufficio: tale sarebbe la decadenza prevista dall'art. 466 riguardo all'appellazione proposta fuori di termine. Vi sono delle decadenze che la legge commina a pro' di una parte, ma che le permette di rinunciare ove lo voglia, e tra queste sono le prescrizioni, le quali non possono essere dichiarate *ex officio* dal giudice e si annovera tra le medesime anche la perenzione: decadenza preconstituita dalla legge, ma l'effetto della quale è subordinato alla volontà della parte. Da ultimo vi sono pure delle decadenze che non s'incorrono nemmeno *ipso jure*, ma devono sempre essere dichiarate e possono quindi ripararsi prima che il giudice le abbia pronunciate.

Il concetto fino a qui sviluppato è riassunto assai bene in queste parole del Pisanelli: « Il carattere della perenzione è quello di una eccezione *perentoria* che si oppone alla parte contraria, la quale volesse proseguire un'istanza che ha già finito il suo tempo. Perchè la perenzione sussista basta che venga opposta dalla parte interessata ».

Ma quando ed in qual modo si propone la perenzione come eccezione alla prosecuzione dell'istanza? È lecito alla parte, a favore della quale la perenzione si è verificata, di chiederne con apposita principale istanza la dichiarazione?

« Chi intende approfittare della perenzione deve proporla espressamente *prima d'ogni altra difesa* ». Or si domanda di quale difesa à inteso il legislatore di parlare? di quella di merito, ovvero anche della pregiudiziale e d'ordine? Vedemmo che la Corte d'appello di Venezia (sent. n. 11), ritenne che la difesa la quale, ove venga premessa all'eccezione di perenzione, impedisce di farla efficacemente è quella che colpisce il merito; mentre fu d'avviso contrario la Cassazione di Firenze (sent. n. 2). Io sono convinto che la Corte di Venezia abbia mal giudicato, sia perchè (come si esprime la Cassazione fiorentina) la logica giuridica consiglia a ritenere che prima abbia a ricercarsi se sussista sempre, o sia perenta l'istanza, essendo chiaro che dove la istanza fosse perenta, non potrebbe farsi luogo nè a questioni di nullità, nè a questioni di ingiustizia, e si perchè in ogni modo dove la legge tassativamente e sotto pena di decadenza prescrive un dato ordine di questioni, non è permesso sotto qualsiasi colore di prescindere.

La legge non fa distinzione tra difesa e difesa e per conseguenza qualunque sia l'eccezione proposta, sia pure d'incompetenza o di nullità, essa preclude l'adito a far valere la perenzione. — *Conformi*: Borsari, *Comm. I*, p. 463 - Gargiulo, *Comm. p.* 858 - Saredo, *Istit. n.* 597 - Chauveau e Carré, *quest.* 1447 *bis*.

Risolta la questione del tempo resta quella del modo, sulla quale la legge non dice verbo. Se però la perenzione è una eccezione di forma, io credo che essa debba proporsi col rito degli incidenti, come ogni altra questione o controversia di rito occasionata dalla domanda principale, come l'eccezione di incompetenza, come quella di nullità degli atti. L'eccezione di perenzione è tale che se venisse accolta farebbe venir meno la necessità di ogni ulteriore indagine sul merito della causa; è quindi logico, anzi necessario, che chi la oppone non si limiti a dedurla, ma provveda perchè sia tosto risolta dal tribunale, ed a raggiungere codesto scopo non si presenta altra via che quella di elevare l'incidente.

Passiamo ora a vedere se sia sempre necessario di dedurre la perenzione in via d'eccezione, e sia inammissibile la domanda in via principale proposta per farla dichiarare.

Coloro che sostengono la inammissibilità ne deducano il principale argomento dal concetto del nostro legislatore che la perenzione non è che una eccezione che opera *ministerio juris*, e soltanto come tale è opponibile, secondo l'articolo presente. (Vedi Borsari, *Comm.* I, p. 465). Codeste ragioni sono però facilmente confutabili. Anzitutto è innegabile che l'eccezione, appunto perchè crea dei diritti, può dedursi anche in via principale per far riconoscere quel diritto al quale essa ha dato origine: così all'*exceptio rei judicate* fa riscontro l'*actio judicati*, e colui, a vantaggio del quale si è operata la prescrizione, ha facoltà di chiederne il riconoscimento per la sicurezza del proprio diritto.

In secondo luogo se il legislatore s'è occupato soltanto del modo con cui opporre la perenzione in via d'eccezione, ciò non vuol dire che abbia implicitamente vietato di dedurla con domanda principale. Basta, per convincersene, leggere quanto scrisse in proposito il Pisanelli nella *Relazione*: « Perchè sussista (la perenzione) non è necessario di chiedere al giudice una dichiarazione relativa, ma, come avviene di qualunque altra eccezione, basta che venga opposta dalla parte interessata ». Non è necessario non significa punto che sia vietato.

Se poi badiamo all'interesse della parte, si farà ancor più chiara la convenienza di concederle il diritto di domandare in via d'azione il riconoscimento della perenzione già acquisita. Sebbene la perenzione esista di diritto, pure chi ne approfitta ha sempre da temere che l'avversario gli opponga la interruzione del termine per la notificazione di atti di procedura e non può tranquillamente valersi della perenzione se prima non l'abbia fatta dichiarare dal giudice. Così nel giudizio d'appello la perenzione dell'istanza dà forza di cosa giudicata alla sentenza appellata e perciò autorizza l'esecuzione della sentenza medesima; ma l'esecutato potrebbe insorgere a negare la asserita perenzione e la conseguente efficacia del titolo esecutivo, ed in tal caso sarebbe mestieri (come dimostrerò in appresso) di ritornare davanti il magistrato d'appello per far risolvere la controversia. Questo rinvio, questo sciupio di un tempo prezioso è risparmiato colla dichiarazione della perenzione ottenuta dal secondo giudice prima di porre in esecuzione la sentenza appellata.

A tutto ciò il Borsari oppone che questo metodo sarebbe assai pericoloso per chi l'adopera. « È una contraddizione, egli dice, sostenere morta l'istanza, inesistente il processo, e continuarlo. Quei preliminari che vengono nel programma additati sono veramente fatti di continuazione; e che ci vuole di più per decadere dal diritto dell'eccezione? Se l'avversario è trascinato suo malgrado, come si dice, a proseguire la istanza abbandonata, essa non è più abbandonata dacchè l'altra parte la riprende: *essa non era che giacente*. Questo bisogno non ci può e non ci deve essere, come non ci sarebbe mai di costruire in proprio carico un processo che non esistesse, onde con questo mezzo respingere una prescrizione che si viene così ad interrompere; ed ogni protesta sarebbe vinta dal fatto e resa inutile dall'intrinseca incompatibilità degli effetti. »

Ed il Borsari è così persuaso della inopportunità del sistema che combatte, che nel *Formulario* (v. pag. 42), ritornando sull'argomento soggiunge: « Chi ha acquistata la perenzione deve ben guardarsi dal produrre una do-

manda perchè sia dichiarata. È un avvertimento che credo mio debito d'inculcare poichè ho veduto qualche praticista offrire un modulo di domanda.

« La perenzione è *semplicemente un'eccezione*; eccezione delicata, se mi è permesso dir così; eccezione che deve proporsi *prima di ogni difesa* sul merito, altrimenti si intende rinunciata.

« Chi, abbandonando la sua posizione legale, fungesse la parte di attore invocando la pronunzia del magistrato, si pone in questa condizione, che l'avversario faccia qualche atto, e così impedisca al magistrato di pronunziare la perenzione. Se la istanza rimase perentoria, non resta che di fare eseguire le sentenze che si fossero ottenute, od opporsi al proseguimento del giudizio ».

Se ben guardiamo però, cotesti timori sono affatto privi di fondamento, il pericolo per cui si allarma l'illustre autore è immaginario, e la parte col fare istanza perchè sia riconosciuta la perenzione non pregiudica in verun modo la propria condizione. Infatti, come ho dimostrato più sopra, la perenzione essendo *di diritto* è acquisita per la parte cui profitta, fino dal giorno in cui si è compiuta pel decorso del termine dalla legge prefisso, ed essa colla propria azione non domanda perciò al giudice che *pronunci*, ma soltanto che *dichiar*i o *constati* la perenzione già verificatasi. Di conseguenza, qualunque atto facesse l'altra parte, messa sull'avviso dalla domanda di dichiarazione della perenzione, sarebbe impotente a mutare la posizione giuridica dell'istante, irrevocabilmente fissata, a porre in contingenza il diritto da essa acquisito. — *Conforme*: Gargiulo, *Comm.* p. 859.

2. Che l'atto di costituzione di procuratore non accompagnato da veruna risposta, non sia d'ostacolo alla deduzione posteriore della eccezione di perenzione io non so come possa mettersi in dubbio, sebbene abbia notato una decisione della Corte d'appello di Napoli (sent. n. 4), la quale in un caso in cui non esisteva che una nuda costituzione di procuratore, ed anco illegale per difetto di deposito del mandato, pure ritenne dessa costituisse tale atto da importare rinuncia al diritto di proporre la perenzione.

Difatti la semplice costituzione di procuratore per parte del convenuto non è che l'atto indispensabile della comparizione in giudizio per poi rispondere; e quantunque la comparsa con cui si dà comunicazione del deposito del mandato possa anche contenere la risposta, pure l'una cosa è affatto indipendente e differente dall'altra, e l'articolo che ora commento parla di *difesa* e non di *comparizione*.

341. La perenzione non estingue l'azione, nè gli effetti delle sentenze pronunziate, nè le prove che risultino dagli atti, ma rende nulla la procedura.

La perenzione nei giudizi di appello o di rinvio, quando non ne siano stati modificati gli effetti da altra sentenza pronunziata nei detti giudizi.

1. Le pronuncie giudiziali che non toccano il merito della causa, ma riguardano unicamente la regolarità del procedimento, non solo non impediscono la perenzione dell'istanza, ma sono esse medesime suscettive di perenzione. — *Cass. Torino, 31 luglio 1866. Pangalo—Petrocchino. Legge, VII, 98.*

2. La perenzione colpisce i provvedimenti preparatori, ma non le sentenze interlocutorie, che senza decidere il merito della causa stabiliscono definitivamente sopra una controversia avente tratto alla sostanza della questione, prescrivendo una prova od un incombenza atti a stabilire un estremo della domanda d'una delle parti. — *Appello Torino, 15 settembre 1866. Ciocchetto—Ferrero. Giurisprudenza, III, 470.*

Art. 1350 e seg. cod. civ.

3. La perenzione in appello producendo l'effetto della cosa giudicata sulla sentenza appellata, l'appellato, decorso il triennio, può, senza bisogno di chiedere ai giudici d'appello la dichiarazione dell'incorsa perenzione, rivolgersi al tribunale di prima istanza per l'esecuzione della sentenza, come se l'appello non fosse stato interposto o fosse stato rinunciato. — *Cass. Torino, 20 novembre 1867. Bertotti-Falletti. Annali, I, 424.*

4. I giudicati non essendo mai soggetti a perenzione, se con sentenza definitiva ed interlocutoria fu rigettata l'eccezione di inammissibilità dell'appello ed ordinato un mezzo istruttorio, e quindi con altra pronunzia posteriore fu disposto eseguirsi la prova, non si può parlare di perenzione del gravame. — *Appello Catanzaro, 20 gennaio 1868. Virno—Cardomone. Bettini, XX, 29.*

5. Non è inammissibile la domanda di perenzione per ciò solo che la medesima non possa farsi valere che in linea di eccezione, quando con essa si intende di togliere di mezzo una istanza, ad esempio di appello, per poter liberamente agire.

La perenzione d'istanza si opera quantunque non vi abbia avuto luogo alcuna pronunzia definitiva, sia questa anche non di merito, poichè essa colpisce l'istanza e non i giudicati. — *Appello Napoli, 29 gennaio 1868 Pavone—Melito e Rossi. Bettini, XX, 52.*

6. Dichiarare perenta l'istanza di una causa d'appello quando vi è contestazione se la perenzione sia decorsa, appartiene al giudice competente a conoscere di detta causa.

Può occuparsi di tale eccezione la Corte di rinvio, nè occorre perciò che la causa verta anche in merito.

L'appello è perento quando l'unica sentenza pronunciata in detto giudizio fu annullata dalla Corte suprema e dalla notificazione di questa siano decorsi tre anni, senza alcun atto di procedura. — *Appello Torino, 1 febbraio 1868. Castagnola—Camogliano. Bettini XX, 62.*

7. La perenzione dell'istanza d'appello se nuoce all'appellante rendendo cosa giudicata l'appellata sentenza, non impedisce però il decorso della prescrizione a suo favore del diritto dell'appellato: e perciò se l'azione è perenta pel decorso, per esempio, d'un trentennio o quarantennio dall'abbandono dell'istanza, l'attore appellato non può domandare l'esecuzione della sentenza, tuttochè l'appello contro di questa si abbia per non interposto. — *Cass. Torino, 11 febbraio 1868. Ranuzzi—Berti. Legge, VIII, 531.*

8. La sentenza d'appello colla quale non si modifica negli effetti la sentenza appellata, ma solo si inibisce l'esecuzione provvisoria della medesima, non è di ostacolo alla perenzione dell'appello. — *Appello Ancona, 29 marzo 1868. Tarducci—Almaglia. Annali, II, 354.*

9. Non le sole sentenze definitive, ma tutte le sentenze, di qualunque natura siano, non vanno soggette a perenzione. — *Cass. Napoli, 27 febbraio 1869. Accini—D'Alessandro. Mon. Trib., X, 694. — Cass. Torino, 30 dicembre 1867. Vay—Reale. Giurisprudenza, V, 215.*

10. Se la sentenza impugnata sia stata modificata dal tribunale di appello, la perenzione incorsa nel giudizio d'appello non produce altro effetto che la nullità della procedura. — *Cass. Torino, 17 giugno 1869. Borroni-Salvai—Gemello. Annali, III, 247.*

11. La perenzione si opera di diritto; e nei giudizi d'appello produce l'effetto di dar forza di cosa giudicata alla sentenza appellata.

Incorsa la perenzione in appello, la parte cui interessa, non è tenuta ad attendere che l'altra continui l'istanza per opporle la perenzione, ma può direttamente agire avanti il tribunale competente per l'esecuzione della sentenza. E se nasce contestazione sulla perenzione, il tribunale medesimo

può definirla come ogni altra disputa relativa all'esecuzione. — *Appello Napoli 2 agosto 1869. Demanio—D'Ajout. Annali, III, 384.*

12. Quando taluno tra gli interessati ad impugnare una sentenza ha sperimentato l'appello, ma lo ha in seguito lasciato cadere in perenzione non può più essere ammesso a far adesione all'appello, successivamente introdotto da altri consorti di lite.

La perenzione si opera di diritto, nè ha d'uopo d'essere dichiarata dal giudice. — *Appello Milano, 30 dicembre 1869. Borromeo—Triulzio-Stange. Annali, III, 546.*

13. Se l'appellante trascuri di chiedere nel termine legale la dichiarazione di contumacia dell'appellato, si verifica la perenzione d'istanza, senza bisogno di pronunzia del giudice, e la sentenza appellata, rispetto a coloro che incorsero nella perenzione, acquista vigore di cosa giudicata.

L'appellato può quindi procedere all'esecuzione della sentenza stessa a carico degli appellanti che lasciarono perimere il loro appello, non ostante che posteriormente sia stato l'appello sperimentato da altri co-interessati, e sia tuttora pendente sull'appellazione di costoro il relativo giudizio.

L'esecuzione non può inibirsi neppure nel caso che, dopo abbandonato l'appello, abbiano gli appellanti contro i quali ebbe luogo la perenzione, fatta adesione all'appello successivamente introdotto da altri co-interessati. — *Appello Milano, 20 gennaio 1870 Triulzio e Stanga—Borromeo. Annali, IV, 5.*

14. Per l'art. 344, una sentenza appellata acquista forza di cosa giudicata per la perenzione della istanza, quando non sia intervenuta in appello veruna pronunzia che abbia modificato gli effetti della prima.

Una sentenza interlocutoria del tribunale d'appello, che ammette una prova, modifica gli effetti della sentenza appellata, ed interrompe il corso della perenzione. — *Cass. Palermo, 5 maggio 1870. Demanio—Scribani. Annali, VI, 167.*

15. Non si può perimere una istanza quando nella medesima è stata proferita una sentenza parte definitiva (per esempio sulla competenza) e parte interlocutoria. — *Cass. Napoli, 24 maggio 1870. Cavalieri—Panetta. Gazz. del Proc., IV, n. 17.*

16. Non tutte le sentenze proferite dal tribunale d'appello valgono ad interrompere la perenzione dell'istanza, ma quelle soltanto che portano una modificazione sul merito. Quindi una sentenza che siasi limitata a sospendere l'esecuzione provvisoria rilasciata dai primi giudici, non recando modificazione sul merito non vale ad interrompere la perenzione. — *Cass. Torino, 29 luglio 1870. Tarducci—Almaglia. Annali, V, 286.*

17. Incorsa la perenzione in appello, l'appellato può, senza bisogno di chiedere alla Corte la dichiarazione della perenzione, portare direttamente a esecuzione la sentenza davanti al tribunale competente, come se l'appello non fosse mai stato interposto, o se interposto siasi rinunciato. E se nel giudizio esecutivo sorga disputa sull'incorsa o non incorsa perenzione, il tribunale stesso è competente a definirla, come ogni altra disputa relativa all'esecuzione. — *Appello Firenze, 29 dicembre 1870. Comune di Pistoia—Gavazzi. Annali, IV, 611.*

18. Caduto in perenzione un appello, non è efficace un secondo, sebbene la sentenza di prima istanza non sia mai stata notificata. — *Cass. Torino, 12 gennaio 1871. Ghidini—Rosa. Annali, V, 125. — Appello Casale, 31 gennaio 1871. Vinca—Ricca. Annali, V, 249.*

19. Proferita sul gravame una sentenza, la quale modifichi gli effetti s' sentenza appellata anche con una disposizione preparatoria od inter-

locutoria, non è più possibile la perenzione del gravame. Ciò varrebbe anche se la sentenza si fosse limitata ad ingiungere la produzione di documenti per porsi in grado di decidere una questione pregiudiziale risolta dai primi giudici.

Non sarebbe così se la sentenza resa sul gravame, nulla avesse posto di nuovo o di diverso dal contenuto nella prima sentenza. — *Appello Napoli, 13 febbraio 1871. Ferrovie Romane—De Gasparre. Gazz. del Proc. VI, 57.*

20. La perenzione dell'appello per la mancanza di dichiarazione di contumacia nei sessanta giorni in procedimento formale ha luogo comunque con precedente sentenza fosse stata, sulla proposta in via sommaria innanzi all'appello, rievocata la clausola provvisoria, e tuttoché in questo giudizio sommario sia comparso l'appellato. — *Appello Napoli, 12 maggio 1871. Pelosi—Di Sangro. Gazz. del Proc., V, 343.*

21. Notificato un appello in causa di rito formale, dopo i 60 giorni mutato comunque in sommario, l'appellato, comparso o no in termine, è sempre diritto di richiedere la perenzione dell'istanza.

Non è la sola perenzione di tre anni che si opera di pieno diritto, ma anche quella di 60 giorni.

La domanda di rinvio della causa concordemente fatta dai procuratori dei contendenti non importa rinunzia alla perenzione. — *Cass. Napoli, 25 ottobre 1871. Bruno—Criscitelli. Bettini, XXIII, 696.*

22. Non può aver luogo la perenzione dell'appello quando una sentenza pronunciata in seconda istanza ha rievocato un capo della sentenza appellata. — *Cass. Napoli, 18 maggio 1872. Persichetti—Benedetti. Gazz. del Proc., VII, 269.*

23. Così le sentenze definitive come le sentenze interlocutorie sono soggette a prescrizione, non mai a perenzione.

La perenzione può estinguere atti processuali non ancora giudicati, ma non quelli che ebbero la definitiva dichiarazione dell'autorità giudiziaria. — *Cass. Napoli, 27 luglio 1872. Renzi—Letta. Legge, XII, 917.*

24. Caduto l'appello in perenzione se l'appellato non propone prima di ogni altra difesa tale eccezione, non è più il caso di occuparsi se un appello posteriore sia o non sia stato interposto fuori del termine; il primo rimanendo valido, l'altro non è a considerarsi che come atto continuativo dello stesso giudizio. — *Cass. Firenze, 17 aprile 1873. Ferrovie Meridionali—Ministero Finanze. Gior. dei Trib., II, n. 111.*

25. La perenzione d'istanza ha luogo anche allorquando siano intervenute sentenze che non sono perimibili.

Poiché la perenzione d'istanza estingue bensì la procedura, ma non le prove raccolte, nè gli effetti delle sentenze pronunziate, ne segue che sulla nuova istanza che viene proposta per l'introduzione del nuovo giudizio non solo non è necessario disporre mezzi istruttori, perizie, prove testimoniali, giuramenti, ecc., ma che ancora conservano la loro efficacia i verbali di giuramento e le confessioni emesse in precedenza. — *Cass. Napoli, 3 settembre 1873. Calcagno—Jelpo. Legge, XIV, 60.*

26. Sulla questione di perenzione di un appello sorta in grado di opposizione ad atti di esecuzione, non è competente l'autorità giudiziaria di prima istanza sibbene quella di appello. — *Appello Napoli, 18 settembre 1874. Castaldo—Pastena. Gior. dei Trib., III, n. 282.*

27. Nei giudizi d'appello la perenzione producendo sempre l'effetto di far passare la sentenza in cosa giudicata, poco importa indagare quale sia la natura dell'atto prodotto dalla parte che cerca sottrarsi al danno della perenzione, se, cioè, sia rinnovativo o semplicemente continuativo della istanza.

Epperziò la parte che vuole valersi della perenzione, reclamando il beneficio della cosa giudicata, non deve ricercare quale sia la natura dell'atto prodotto dall'avversario, ma proporre l'eccezione prima d'ogni altra difesa. Non proposta subito, l'eccezione di perenzione s'intende rinunciata. — *Cass. Firenze, 7 luglio 1874 (sezioni riunite). Ministero dei Lavori pubblici—Società delle Ferrovie Meridionali. Gior. dei Trib., III, n. 218.*

1. Non può mettersi in dubbio che anche alla perenzione che deriva dal non essersi nei 60 giorni domandata la dichiarazione di contumacia, siano applicabili gli effetti accennati in questo articolo, e ciò perchè, per l'art. 338, la perenzione si verifica anche nell'ipotesi surriferita e qui non è fatta alcuna eccezione.

E anzi, a questo riguardo, da considerare una giustissima osservazione che fa l'egregio avv. Scotti nella sua *Monografia* più volte citata, pubblicata nel *Mon. dei Trib.* del 1870, e cioè che siccome l'appellante non comparso nel termine di citazione è reso impotente a proseguire nel giudizio per chiedere la contumacia, pel disposto dal capoverso dell'art. 383, così sarebbe ozioso che l'appellato attendesse il decorso dei 60 giorni per valersi della perenzione. Di qui la conseguenza che l'inadempimento dell'art. 158, nel giudizio d'appello implica la decadenza dell'appello, ove non si possa più rinnovare la citazione pel decorso del termine utile e l'appellato non si costituisca in giudizio. Se l'appellato sia comparso, mentre non lo è l'appellante, volendo profittare della perenzione dovrà lasciar passare i 60 giorni senza chiedere la contumacia del suo avversario.

2. Nel commento all'articolo precedente venni già alla conclusione che la perenzione operandosi di diritto e senza uopo di dichiarazione di giudice, l'appellato possa, appena verificatasi la perenzione medesima, dare esecuzione alla sentenza di prima istanza, passata *ope legis* in cosa giudicata. Or si domanda se i primi giudici siano competenti a risolvere la controversia che insorgesse nel giudizio d'esecuzione intorno all'essersi o meno compiuta la accampata perenzione dell'istanza d'appello, o sia necessario invece rimetterne la decisione al secondo giudice.

In tale questione riscontrammo una discordia nella giurisprudenza, poichè mentre lo Appello di Napoli e l'Appello di Firenze nelle sentenze ai numeri 11 e 17 si dichiararono per la competenza del tribunale di primo grado, la Cassazione di Torino, nella sent. n. 3, e la stessa Corte d'appello di Napoli, nella sent. n. 26, vennero in contrario avviso. Si disse dai primi che la disputa sulla verificazione della perenzione deve vagliarsi dai primi giudici, come ogni altra contestazione che sorga in linea di esecuzione, ma codesto argomento è facilmente ribattuto quando si consideri che la perenzione costituisce un'eccezione del giudizio principale, che, fino alla decisione sulla medesima è sempre in contingenza, e che perciò, per la influenza che la eccezione ha sul merito deve essere vagliata da quello stesso giudice che ha da prendere cognizione del merito.

Il contrario sistema, come osserva benissimo la sentenza dell'Appello di Napoli, ultima citata, violerebbe l'ordine delle giurisdizioni, e lungi di giovare alla speditezza dei giudizi incidenti in esecuzione ne prolungherebbe il corso, perchè quando l'autorità giudiziaria del luogo ove si fa l'esecuzione dichiarasse non perento l'appello, il suo pronunciato imporrebbe, alla Corte o al Tribunale cui spetta la cognizione della causa di merito, di ritenerla non perenta e deciderla: e così nel caso che pel valore della esecuzione, il giudizio incidentale fosse di competenza del pretore in prima istanza e del Tribunale in appello, ed invece pel valore superiore alle 1500 lire spettasse al Tribunale e alla Corte la cognizione del giudizio di merito, bene potrebbe avvenire che un'autorità di grado inferiore imponesse alla Corte d'appello di discutere nel merito l'appello come non perento, qualunque sia il giudizio della Corte sulla questione della perenzione.

3. Quale significato devesi attribuire al disposto da questo articolo che la perenzione non estingue gli effetti delle sentenze pronunciate?

Borsari (*Comm. I p. 466*), Gargiulo (*Comm. p. 863*), Saredo (*Istit. n. 598*), Mattei (*Annotaz.*), sostengono che la frase adoperata dal legislatore corrisponde perfettamente all'altra che la pronuncia delle sentenze, di cui s'occupa il nostro articolo e che vedremo poi quali siano, impedisce la perenzione dell'istanza.

Però, a me sembra, che codesta interpretazione falsi il concetto del legislatore, sia apertamente contraria al fine [propositosi dal medesimo nel dettare le norme concernenti la perenzione, e mi faccio a dimostrarlo seguendo le tracce di un bellissimo scritto pubblicato nella *Gazzetta del Procuratore*, vol. V, p. 13, dell'egregio giudice Raimondo Ciccone.

La regola stabilita dall'art. 338 si è quella che l'interruzione degli atti processuali per un triennio porta come conseguenza la perenzione dell'istanza. Se adunque colle parole controverse il legislatore avesse voluto indicare che le sentenze pronunziate nel corso dell'istanza ne impediscono la perenzione, sarebbe stata questa un'eccezione alla regola che il legislatore avrebbe dovuto apertamente dichiarare. Ma invece egli si è limitato a dire che sono salvi dalla perenzione non solo *gli effetti delle sentenze*, ma anche le prove risultanti dagli atti.

Agli uni e alle altre è attribuita quindi la stessa virtù giuridica circa lo svolgersi del processo; ambedue serbano la loro intrinseca efficacia. Di qui la conseguenza che la sorte delle sentenze essendo stata pareggiata a quella delle prove, qualora si volesse che le sentenze impediscano la perenzione, dovrebbe pur ritenersi che le prove risultanti dagli atti sieno egualmente di ostacolo alla perenzione; assurdo evidente.

Il concetto legislativo altro adunque non può essere che quello di permettere alle parti di valersi degli effetti delle sentenze come delle prove assunte, ove il giudizio venga nuovamente istituito, e ciò risulta in modo evidente da un breve esame delle fonti del Codice attuale.

L'art. 494 del Codice sardo 1854 disponeva che « la perenzione non estingue l'azione, ma solo rende di niun effetto la procedura, senza che alcuno possa in verun caso prevalersi degli atti della medesima. E l'art. 495 aggiunge: « Non ostante la perenzione, se l'azione è nuovamente intentata, le parti potranno prevalersi del giuramento che siasi prestato nel giudizio perento, e delle deposizioni dei testimoni in esso esaminati e resisi nel frattempo defunti ».

Il nostro legislatore ha voluto estendere il concetto del Codice sardo e più specialmente del Codice ginevrino, che oltre agli atti sopradetti eccettuava dalla perenzione le confessioni e le dichiarazioni risultanti da atto scritto, e difatti nei motivi dell'articolo presente così si esprime: « Ammettendo come regola l'annullamento degli atti seguiti nella procedura perenta, dovrà conchiudersi che *niuno di essi possa conservare la sua efficacia nella nuova istanza che venisse proposta in giudizio?* » « Il progetto generalizzando il concetto del Codice ginevrino adottato solo in parte dal Codice sardo, dichiara che la perenzione *non estingue le prove che risultino dagli atti*. Esso stabilisce inoltre che *rimangono salvi gli effetti delle sentenze pronunciate.* »

Non saprei come potesse dopo ciò negarsi che gli effetti delle sentenze corrispondano a quelli delle prove, e che, nonostante la pronunziazione delle sentenze, l'istanza rimanga perenta.

Se però si vuole una prova ancor migliore della inammissibilità della dottrina propugnata dagli illustri autori sunnominati, basta considerare quali ne sarebbero gli effetti.

In primo luogo quella parte che volesse eternare un giudizio ne avrebbe facile la via; basterebbe sì provvedesse tosto di una sentenza, perchè questa, interrompendo il corso della perenzione, le permettesse di lasciare impune giacente la causa per anni ed anni, e forse per oltre il trentennio, qualora si sostenesse che non potendo la prescrizione operare che sulle azioni ed i diritti e mai sulle istanze, queste, divenute imperibili per effetto della sentenza, siano pure eternamente inestinguibili. Che se pur si concedesse che l'istanza interrotta per un trentennio indurrebbe la prescrizione dell'azione e come conseguenza anche lo annullamento dell'istanza, sarebbe

sempre vero che il termine di tre anni stabilito per la perenzione verrebbe a convertirsi in un trentennio, a nulla valendo la presunzione di abbandono della lite per l'inerzia delle parti durante il termine di legge.

Ma v'ha di più. Per l'art. 345 la rinuncia accettata produce gli effetti della perenzione; dovrebbe quindi esser valido anche relativamente alla rinuncia quanto si sostiene per la perenzione, e si avrebbe quindi il contro-senso che, nonostante la rinuncia, gli atti del giudizio, per effetto d'una sentenza pronunciata, conservino il pieno loro vigore.

Senonché si oppone da coloro che sostengono la contraria teoria, essere strano ed assurdo che si dichiarino sussistenti gli effetti delle sentenze pronunciate nel corso della istanza e simultaneamente si voglia l'annullamento della istanza medesima; non potersi supporre la esistenza d'un giudicato isolato, come non si può concepire un edificio senza base, un effetto senza la causa. Ma codesto argomento perde ogni valore quando si rifletta che salvando dalla perenzione gli effetti delle sentenze, il legislatore non ha voluto che far omaggio *alle verità giuridiche* emergenti dalle sentenze così che non sarà più lecito, riproducendosi la causa, muovere controversie, già decise e che le verità giuridiche non hanno punto bisogno della persistenza della istanza per sussistere.

Venendo ora ad una pratica conclusione, le sole sentenze veramente definitive e che decidono sul diritto controverso salvano l'istanza dalla perenzione, perchè in essa si riassume e si compie, cosichè si fa luogo all'*actio iudicati*; qualunque altra sentenza invece non fuorchiede la perenzione, ma rimane soltanto efficace pei suoi effetti nel giudizio nuovamente instaurato per modo che le questioni già decise nel giudizio perento, non potranno più riproporsi.

4. Non può dubitarsi che anche la perenzione conseguente alla non chiesta dichiarazione di contumacia nei 60 giorni, sia applicabile ai giudizi d'appello, nessuna eccezione trovandosi nel capoverso di questo articolo a quanto dispone il capoverso dell'art. 338 in relazione all'articolo 383. — *Conformi*: Borsari, *Comm.* I, p. 467 - Scotti, *Monografia* citata.

5. La disposizione che sottrae alla perenzione la istanza d'appello quando nel corso della medesima sia intervenuta una sentenza che abbia modificati gli effetti della sentenza appellata non è che un corollario di quanto prescrive la prima parte del presente articolo, che nonostante la perenzione restano salvi gli effetti delle sentenze. Difatti se per essere decorso, il triennio dalla sentenza pronunciata in secondo grado fosse perento l'appello e passasse in cosa giudicata la decisione dei primi giudici, verrebbe tolta di mezzo anche la sentenza già intervenuta nel secondo stadio di giudizio e la perenzione ne avrebbe, contro il disposto della legge, pregiudicati gli effetti.

Ma perchè la perenzione sia impedita è mestieri che la sentenza in sede d'appello abbia realmente modificati gli effetti di quella di primo grado, per modo che non possa più eseguirsi in tutte le sue parti. I casi risolti dalla giurisprudenza valgono a dimostrare quando si verifichi l'ipotesi dal legislatore prevista e sia resa impossibile la perenzione in appello. È certo però che il termine della perenzione compiutosi dopo la sentenza interlocutoria modificativa della sentenza appellata, se non ha effetto sugli atti ad essa precedenti e quindi sull'istanza d'appello, annulla gli atti posteriori e perciò il giudizio dovrà continuarsi partendo dalla pronunziazione della sentenza interlocutoria.

6. Sono soggette a perenzione le opposizioni alle sentenze contumaciali?

Il dubbio è sorto per ciò che nell'articolo presente si parla della perenzione nei giudizi d'appello e di revocazione, e nulla si dice relativamente al giudizio d'opposizione.

Però si è giustamente osservato che dall'art. 341 nulla poteva dedursi poichè esso non sancisce già la perenzione dell'appello o della revocazione, ma limita soltanto gli effetti della medesima pel caso sia intervenuta sentenza che abbia modificato gli effetti della prima, e tale limitazione sarebbe stata inapplicabile al giudizio d'opposizione.

Resta adunque salva l'applicazione del principio generale contenuto nell'art. 338, perchè non può contestarsi che l'opposizione si debba riputare

come una vera *istanza*. Nessuna ragione vi sarebbe del resto per creare una differenza tra il giudizio d'appello o di rinvio e quello di opposizione, poichè la circostanza che la sentenza si sia proferita in contumacia dell'altra parte nulla depone contro la presunzione di verità e di giustizia ond'essa è circondata, poichè, nonostante la contumacia, il giudice è sempre tenuto a decidere secondo ragione e ad accogliere solamente quelle domande che trovi giuste e provate. Notisi poi che se si accettasse la opinione contraria, ne seguirebbe l'inconveniente che potendo una sentenza contumaciale impugnarsi così col mezzo dell'opposizione che con quello dell'appellazione, i due mezzi avrebbero sorti diverse; si perimerà l'appellazione, cadrà invece in perenzione l'opposizione e durerà eternamente sospesa, salvo il disposto dell'art. 480. — Vedi Napodano, *Archivio giuridico*, vol. IX, p. 178.

342. Nel caso di perenzione ciascuna delle parti sopporta le proprie spese del giudizio perento.

La disposizione di questo articolo per cui nel caso di perenzione ciascuna delle parti sopporta le proprie spese del giudizio perento, è applicabile tanto nei giudizi di prima istanza che d'appello.

Ciò però non toglie che, ove la perenzione dia luogo a qualche incidente, le spese relative possano porsi a carico della parte soccombente.

La parte che, essendo stata chiamata in garanzia, profitta della perenzione della causa principale, ha ragione di essere rimborsata delle spese, nè si può contro di essa invocare il disposto di questo articolo. — *Cass. Torino, 7 aprile 1875. Arduin—Chiocci. Mon. Trib., XVI, 594.*

§ III.

Della rinunzia agli atti del giudizio.

• Art. 36, 204, 487 c. p. c.

343. La rinunzia agli atti del giudizio può essere fatta in qualunque stato e grado della causa.

Per le persone sottoposte all'amministrazione o assistenza altrui la rinunzia non può farsi, nè accettarsi fuorchè nella forma stabilita dalla legge per abilitarle a stare in giudizio.

1. La lite è quasi un contratto la cui idea non puossi aver completa quando non vi è stato ancora scontro di atti, ma soltanto l'atto iniziatore del giudizio per parte di un solo dei litiganti.

Perciò per rinunciare a questo non occorrono tutte le forme della vera rinunzia alla lite, e basta un altro atto per correggere gli errori del primo ed annullarlo. — *Appello Napoli, 27 luglio 1867. De Notariis—De Martino. Bettini, XIX, 454.*

2. Il recesso non ha valore giuridico se fu dichiarato in causa indivisa da un solo dei coattori verso un solo dei convenuti. — *Appello Brescia 14 settembre 1869. Cattori ll. cc.—Maggioli ll. cc. Mon. Trib., X, 998.*

3. Non altrimenti si possono far cessare gli effetti d'una sentenza di primo grado, la quale impone ad una parte l'esaurimento d'un incumbente proposto dall'altra, se non mediante riparazione con sentenza d'appello.

Non varrebbe la rinunzia che l'istante faccia in giudizio d'appello

per rendere superflua l'emanazione della sentenza d'appello. — *Appello Torino, 16 maggio 1871. Comune di Dorzalo—RR. Finanze. Giurisprudenza, VIII, 504.*

1. « Se la perenzione è l'abbandono tacito dell'istanza, il recesso dal giudizio ne è l'abbandono espresso. Le due istituzioni sono pertanto fra loro analoghe. Fatto il recesso dal giudizio, l'azione non si estingue; ma, come avviene nel caso di perenzione, essa potrà nuovamente proporsi con nuova domanda.

« Ne segue pertanto che il recesso non può effettuarsi per la sola volontà dell'attore. Come la perenzione si compie per la volontà presunta di ambedue le parti, così il recesso non può aver luogo se non per la volontà espressa di ambedue. Era nel diritto dell'attore di promuovere l'istanza e di costringere il convenuto a subire le conseguenze di un giudizio, ma sta anche nel diritto del convenuto l'ottenere la risoluzione della controversia per non rimanere nella incertezza, per sfuggire l'evento di un nuovo giudizio che può rimanergli per lungo tempo sospeso sul capo ». — *Relazione, Pisanelli.*

2. In quali casi potrà farsi il recesso?

a) Poiché per il recesso fa d'uopo il consenso d'ambi i contendenti è chiaro che esso presenta i caratteri d'una vera convenzione e perciò non sarà ammissibile in quelle materie sulle quali le parti non possono convenire e transigere, quando l'azione resti pel recesso pregiudicata od estinta. Come legittima conseguenza di ciò deve ritenersi adunque che anche in siffatte questioni possano le parti, d'accordo, rinunciare *agli atti del primo giudizio*, ma non già a quelli del secondo, poichè in questo caso, passando la sentenza in cosa giudicata, l'estinzione dell'istanza influirebbe sul merito dell'azione. Che se si obiettasse che non è giusto legare la volontà delle parti quando era pure in loro facoltà di astenersi dall'interporre quell'appello al quale poi vogliono rinunciare, risponderai quanto l'illustre Pisanelli osserva parlando dell'acquiescenza alle sentenze di primo grado: « Indarno si osserverebbe, traendo argomento dall'analogia degli effetti dell'acquiescenza con quelli della decadenza pel decorrimiento del termine (d'appello) che questa ha luogo in ogni maniera di controversie, ed anche in quelle che concernono l'interesse sociale. Richiesta la prescrizione di un termine dall'interesse generale di porre un fine alle liti e rendere certi i diritti dei cittadini, essa impera fatalmente sopra tutti gli atti giudiziari, senza che si abbia a tener conto della volontà dei privati. Così rimane privo dell'appello chi avrebbe potuto usarne in tempo utile; ma da ciò non segue che possa avere la stessa efficacia un fatto che fosse valevole generalmente a togliere il diritto dell'appello, ma che si fonda sulla volontà dei litiganti ». *Comm. Cod. Sardo, IV, n. CCXXXVI.* E come il Pisanelli ragionano: Borsari, *Comm. I, p. 576* - Gargiulo e Mattei *all'art. 465* - Chauveau in Carré, *quest. 1584* - Pigeau, *Comm., t. 2, p. 4* - Merlin, *quest. v. Acquiescement, § 19* - Favard, *t. 1, p. 38* - Dalloz, *Rép. v. Acquiescement, n. 175.*

b) Se vi sono più consorti di lite potranno uno o più di essi rinunciare alla lite per conto proprio. Se l'oggetto in contesa è divisibile la causa continua per la quota degli altri; se è indivisibile i rimasti potranno seguitare la lite per aver l'intero; avranno poi anche facoltà di opporsi al recesso del colligante quando pregiudichi il diritto comune. — Borsari, *Comm. Cod. Sardo, III, n. DLH e Comm. Cod. It. I, p. 468* - Gargiulo, *Comm., p. 869* - Mattei, *Annotaz. - Carré e Chauveau, quest. 1454* - Pigeau, *Comm. t. 1, p. 690* - Favard, *t. 2, p. 81.*

c) La rinuncia non può farsi a pregiudizio dei diritti di un terzo, il quale potrebbe intervenire e riprendere l'istanza per proprio conto. La rinuncia dell'attore principale non nuoce all'interveniente (vedi art. 204 nota n. 3) nè quella dell'appello principale all'appello incidente già prodotto (vedi art. 487). — Borsari, *Comm. I, p. 469* - Gargiulo, *Comm. p. 869* - Mattei, *Annotaz. - Carré e Chauveau, quest. 1453* - Pigeau *1, p. 694* - Favard, *2, p. 81* - Thomine, *n. 449.*

3. La desistenza da un singolo atto di procedura non ha bisogno di esser fatta colle formalità richieste per il recesso dall'istanza e può compiersi dal solo procuratore, quando non si tratti che di riparare a vizi di forma. — Mattei, *Annotaz.* - Carré e Chauveau, *quest.* 1455 - Demiau, p. 293 - Dalloz, 1^a ed., t. 9, p. 169, n. 3.

4. In Francia è agitatissima la questione se la facoltà di recedere da una lite appartenga soltanto alle parti che anno la libera disponibilità dei loro diritti, o che non agiscono per conto d'altri, poichè il Codice francese nulla affatto dispone su codesto argomento.

Stanno per l'affermativa Carré, *quest.* 1452 - Berriat, p. 367 - Demiau, p. 293 - Thomine, n. 449 - Favard, t. 2, p. 79 - Dalloz, t. V, p. 147. — Tengono poi per la negativa: Chauveau in Carré, *quest.* 1452 - Pigeau, t. 1, p. 690 - Boitard, t. 1, p. 589 - Mourlon, *Rép.* n. 669.

Il Codice sardo del 1859 all'art. 468 risolse in parte la controversia che era pur sorta sotto il regime del Codice del 1854 seguace in tutto del francese, prescrivendo che « nei casi in cui l'attore è un tutore od un altro amministratore di cosa altrui, egli per recedere dalla lite ha bisogno di quelle stesse autorizzazioni che gli sono necessarie per intentare una lite o per rinunciare al diritto che cade in contesa ». Dissi però che la questione non fu che in parte decisa, e difatti rimaneva a sapersi se il divieto colpisse anche quelle persone che amministrano il loro patrimonio, ma hanno d'uopo dell'assistenza d'altri, o per quell'interesse che questi può avervi, come il marito nei casi previsti dall'art. 134 Codice civile, o perchè sia meglio provveduto alla loro difesa. Il Borsari nel *Comm. al Cod. Sardo* (III, n. DL), espresse l'avviso che la facoltà di ripudiare la lite dovesse avere una corrispondenza con quella di promuoverla, ma concluse che codesti individui assistiti non sono da parificarsi ai rappresentanti di persone assolutamente incapaci.

Il nostro Codice, a mio credere, à tolto di mezzo codesta importantissima questione, provvedendo inoltre al caso in cui la persona incapace sia convenuta nella lite e le sia proposto di accettare la rinuncia agli atti del giudizio. La limitazione fu estesa anche alle persone sottoposte all'assistenza altrui, rendendo obbligatoria l'autorizzazione per desistere da quei giudizi che senza di essa non possono nemmeno essere intentati.

344. Per la rinuncia agli atti del giudizio, l'accettazione, e la revoca della medesima, il procuratore deve essere munito di mandato speciale, salvo che la parte sottoscriva la comparsa.

1. La rinuncia agli atti del giudizio deve essere proposta per comparsa giudiziale, nè un atto stragiudiziale qualsiasi può mai costituire l'atto stesso di presente effettivo recesso giudiziale, sebbene possa importare obbligazione a farlo. — *Appello Brescia*, 11 settembre 1869. *Cattori-Maggioni. Mon. Trib.*, X, 998.

2. La rinuncia alla lite deve risultare esplicita dagli atti. Il promuovere la stessa lite avanti un secondo tribunale non può aversi come prova della rinuncia alla lite proposta avanti al primo.

Il secondo tribunale non può statuire sulla validità della rinuncia ad una lite già proposta in un tribunale diverso. — *Appello Catanzaro*, 17 maggio 1872. *Carino-Montuoro. Annali*, VI, 458.

1. L'art. 402 del Codice francese dispone che la rinuncia può essere fatta od accettata con semplice atto firmato dalle parti o dai loro mandatari e notificato da procuratore a procuratore. Codesta espressione ha indotto gli autori a ritenere che la rinuncia potesse farsi e accettarsi anche in altri modi, purchè sia fatta chiaramente ed esplicitamente. (Vedi Carré e Chauveau,

quest. 1458, ed autori ivi citati). La mutata dizione del nostro articolo esclude affatto che il recesso possa proporsi o accettarsi in altra maniera che per comparsa, sia questa firmata dalla parte o dal procuratore munito di mandato speciale.

Siccome poi la firma della parte costituisce ad un tempo prova e garanzia dell'avvenuto recesso, così non v'ha dubbio che debba apporsi anche alla copia della comparsa e non soltanto all'originale. — *Conforme*: Carré e Chauveau, *quest* 1457 - Favard, *t. 2, p. 80* - Dalloz, *I ed., t. 9, p. 175, n. 4*.

2. Disponendo l'art. 345 che il rinunziante è tenuto a pagare le spese del giudizio, è valido l'atto di rinunzia quantunque non contenga l'offerta di soddisfare all'avversario le spese: l'offerta deve ritenersi inerente, *ope legis*, al recesso medesimo. — *Conformi*: Borsari, *Comm. I, p. 469* - Chauveau in Carré, *quest. 1468 bis*.

3. Fino a che il recesso non venga accettato può essere revocato. — *Conformi*: Borsari, *Comm. I, p. 469* - Mattei, *Annotaz.* - Gargiulo, *Comm. p. 869*.

345. La rinunzia accettata produce gli effetti della perenzione. Essa obbliga il rinunziante a pagare le spese del giudizio.

Art. 338 seg. c. p. c.
2128 c. c.

1. Prescrivendo l'accettazione del contraddittore alla rinuncia agli atti del giudizio la legge suppone un rifiuto ragionevole, sul quale, come sopra qualunque altra controversia, in caso di discordia, giudica il magistrato. — *Appello Modena, 31 luglio 1866, Toschi—Ferrari—Corbelli. Annali, I, 418.*

2. La rinunzia agli atti del giudizio annulla soltanto gli atti e il giudizio, e non importa rinunzia dell'azione, seppur ella non sia concepita così che o esplicitamente o implicitamente possa anche all'azione essere estesa.

Questo articolo coll'esigere l'accettazione del contraddittore alla rinunzia, non intende già che il difetto d'accettazione renda inefficace la rinunzia, ma sì che spetti al tribunale decidere se il rifiuto sia o no ragionevole. — *Appello Torino, 29 ottobre 1867, Mazzonis—Schwarzembach. Annali, I, 554.*

3. Questo articolo suppone terminato colla rinuncia agli atti il giudizio; esso non è applicabile nel caso di rinuncia limitata ad una eccezione e che però non tronca il giudizio. — *Cass. Firenze, 13 gennaio 1870, Lapini ll. cc.—Strehl de Brizay. Legge, 1870, n. 31.*

4. La rinunzia dell'appellante a continuare l'appello da una sentenza che ammise una prova per testimoni deve essere accettata per produrre i suoi effetti giuridici. Quindi è dal giorno dell'accettazione della rinunzia che incomincia pel rinunziante a decorrere il termine per dedurre la prova contraria.

La rinunzia all'appello deve essere pura e semplice; se sia accompagnata da condizioni, o proteste, può non essere accettata. Ma se è stata accettata, non è più permesso all'accettante di impugnare la condizione, o d'impedire l'esecuzione della protesta. — *Appello Genova, 13 aprile 1871, Rubatto—Bruzzone—Garroni—Anselmi. Annali, V, 307.*

5. La rinunzia alla lite puramente fatta e puramente accettata in appello produce l'effetto di far passare in giudicato la sentenza appellata.

Le questioni che, dopo la fatta ed accettata rinunzia alla lite in appello, si elevino tra le parti sul modo di dare esecuzione al giudicato, non appartengono alla cognizione del tribunale d'appello, ma debbono rinviarsi al futuro giudizio d'esecuzione. — *Appello Firenze, 13 giugno 1871, Schmid—Schneck. Annali, V, 250.*

6. La rinuncia alla lite, come quella che non estingue l'azione, ha bisogno dell'accettazione dell'altra parte (1). La rinuncia all'azione, (semprechè l'azione sia puramente personale ed esclusiva all'attore), produce l'effetto di estinguere la lite indipendentemente dall'accettazione (2). — *Cass. Palermo*, 28 giugno 1872. *Alessi—Asmondo. Annali*, VI, 382. — (1) *Cass. Napoli*, 14 novembre 1868. *Municipio di Cotrone—Morelli Annali*, II, 371.

(2) *Contra: Appello Catania*, 28 giugno 1870. *Alessi—Asmondo. Annali*, V, 225. — *Appello Catania*, 31 dicembre 1870. *Asmondo—Alessi. Annali*, V, 12.

7. La sentenza che dichiara la validità di un recesso dalla lite retroagisce al giorno in cui il recesso fu fatto. — *Cass. Torino*, 12 marzo 1873. *Brignole—Salva. Legge*, XIII, 1055.

8. Quando trattasi di acquiescenza a quella sentenza che aveva fatto diritto all'istanza della parte contraria e contro la quale sentenza erasi reclamato al tribunale superiore, l'acquiescenza dell'appellante, essendo tutta nell'interesse della parte appellata, non è d'uopo d'accettazione da parte di questa. — *Appello Napoli*, 6 agosto 1873. *De Pascale—De Pascale. Annali*, VIII, 12. — *Appello Brescia*, 24 maggio 1871. *Bensi—Rezia. Annali*, V, 646.

9. La rinuncia all'appello, a differenza della rinuncia alla lite in prima istanza, non ha bisogno d'essere accettata dall'appellato per produrre i suoi effetti. — *Cass. Napoli*, 10 settembre 1873. *Florio—Riccio. Annali*, VIII, 23.

10. La rinuncia a semplice atto di citazione in appello prima che sia nata la contestazione della lite, non abbisogna di accettazione per l'effetto che debbasi avere come tolta di mezzo ed inesistente.

Formato poi un secondo appello con nuova citazione, intendesi abbandonato il primo ed estinta la istanza innanzi introdotta, cosicchè se il detto secondo appello sia stato fatto fuori dei termini fatali, non può l'appellante pretendere che torni a valere l'antecedente. — *Appello Lucca*, 13 maggio 1874. *Cuoco—Pellicci. Gior. dei Trib.*, III, n. 201.

1. La rinuncia non è valida se non è accettata, poichè il quasi contratto giudiziale sorto colla lite, obbliga ambi i contendenti e non può sciogliersi che col mutuo dissenso. Però siccome il quasi contratto non si verifica che colla contestazione della lite, così prima della medesima la rinuncia è efficace anche se non venga accettata. La forma stessa della comparsa prescritta dall'articolo 344 basterebbe a stabilirlo, perchè non può comunicarsi veruna comparsa prima che il giudizio sia instaurato colla costituzione dei procuratori. — *Conformi: Borsari, Comm. I, p. 469; Chauveau in Carré, quest. 1459 bis; Pigeau, Comm. I, p. 691.*

Che diremo tuttavia dei giudizi contumaciali? Scorso il termine di comparizione, la contestazione della lite deve aversi come avvenuta, salvo all'attore l'obbligo impostogli dall'art. 383, e la sanzione dell'art. 388.

2. Se il convenuto ricusi di accettare il recesso, può l'attore ricorrere al tribunale per far giudicare sul rifiuto e convalidare il recesso stesso, mediante sentenza, in contraddizione dell'avversario?

La maggior parte degli autori e dei tribunali di Francia, e con essi anche la Corte di cassazione, ammette che per l'opposizione del convenuto sia autorizzato l'attore a provocare la decisione del giudice, affinchè deliberi se sia giusta e legittima, ed anzi si annoverarono particolarmente e specificamente i motivi che il convenuto può addurre per giustificare la propria negativa ed i casi nei quali egli non sarebbe ammesso a persistervi efficacemente. Gli argomenti in favore di codesta dottrina sono egregiamente sviluppati dal Carré in una consultazione pubblicata dal Chauveau e si riassumono in questi: che la legge non ha fatto dell'accettazione una condizione

sine qua non, ed in ogni modo attribuendole la virtù di rendere completo il recesso non ha inteso di metterlo nel numero dei contratti, ma soltanto il legislatore ha voluto significare che quando il concorso della volontà dei contendenti ha luogo, non è mestieri di ricorrere al giudice per sanzionarlo. Di più, si aggiunge, è principio generale, incontrastabile, che ogni facoltà giuridica suppone quella di ricorrere ai tribunali perchè produca i suoi effetti, ed è proprio dei tribunali più specialmente di rimuovere gli ostacoli che si frappongono all'esercizio d'un diritto; perciò l'attore, alla cui volontà era rimesso di intraprendere o no la lite, deve potere ritirarsi in buon punto dal passo inconsiderato che conosce aver fatto, non recando con ciò danno alcuno al suo avversario, mentr'è obbligato a pagargli le spese. — Carré e Chauveau, *quest.* 1459 *bis* - Favard, *t.* 2, *p.* 80 - Dalloz, *t.* 9, *p.* 182, *n.* 7 - Pigeau, *Comm.* 1, *p.* 601 - Thomine, *n.* 491 - Boitard, *t.* 2, *p.* 43.

L'esimio Borsari nel *Comm. al Cod. Sardo* (III, *n.* DLVI), oppone a tutte queste ragioni altre considerazioni che ritengo d'assai maggior forza.

Anzitutto, egli osserva, che la lettera della legge non prescrive limitazioni alla facoltà del convenuto di accettare o rifiutare il recesso, e che, perciò, attesa la lunga esperienza delle legislazioni passate, è d'uopo ritenere che nessuna il legislatore sardo (e ciò è a dirsi anche dell'italiano) abbia voluto introdurne. Il rifiuto del convenuto, aggiunge, sarà sempre ragionevole perchè fondato sopra una condizione di cose creata dall'avversario e perchè tendente a giusto e legittimo scopo, lo scioglimento della situazione coi mezzi giudiziari dall'attore invocati. Nè vale il dire che pel recesso l'azione non muore, poichè anzi è questa una ragione di più perchè al convenuto interessi di avere in mano una sentenza per potere ai futuri attentati dell'attore opporre la cosa giudicata. Sta bene che per recedere l'attore paghi le spese al convenuto, ma ognun sa che le spese a tenor di tariffa sono sempre inferiori a quelle che il cliente è obbligato a pagare al proprio procuratore.

Contuttociò diremo forse che nessuna eccezione debba farsi al principio che la rinuncia ha da essere accettata per essere valida, ed in verun caso l'opposizione del convenuto possa essere dal magistrato rigettata? Non può negarsi che il recesso non dovrebbe logicamente respingersi quando fosse una conseguenza necessaria delle eccezioni opposte dal convenuto, perchè in questo caso l'attore non farebbe che uniformarsi al desiderio ed alla volontà del suo contraddittore accordandogli quanto egli stesso domandava al tribunale.

3. Con quest'ultimo riflesso si può facilmente dare una soluzione anche all'altra disputa se la rinuncia all'appello debba essere accettata. Se l'appellato ottenne completa vittoria in prima istanza, la rinuncia agli atti del giudizio d'appello facendo acquistare forza di cosa giudicata alla decisione dei primi giudici, sarà a tutto suo favore e non potrà perciò essere contrastata. Ma l'interesse, e con esso il diritto nell'appellato ad opporsi alla rinuncia, sorgono, ad esempio, allorquando, per la rinuncia, la sentenza appellata non passi in giudicato, non essendo per anco trascorso il termine utile per interporre appello, o se, per non essere state dai primi giudici interamente accolte le sue domande, il convenuto appellato intendesse e potesse appellare anch'egli in via incidentale.

4. Sebbene la rinuncia accettata operi gli effetti della perenzione, pure se avviene in secondo grado di giudizio e non sia per anco trascorso il termine per appellare, chi rinuncia all'appello può interporlo di nuovo nel termine stesso. *Conforme*: Gargiulo, *Comm.* *p.* 871.

5. Come si liquidano le spese?

L'articolo 403 del Codice francese e l'articolo 500 del Codice sardo 1854 stabiliscono quanto alla liquidazione delle spese che « il presidente del tribunale o il giudice commesso ne ordina, ove d'uopo, il pagamento con ordinanza in calce della tassa che sarà da lui formata presenti o chiamate le parti. Contro tale ordinanza non si fa luogo a richiamo ». L'art. 474 del Codice sardo 1859 più brevemente dispose che « il recesso accettato importa l'obbligo nel richiedente di pagare tutte le spese della lite, *da liquidarsi e pagarsi nei modi fissati dalla legge per le sentenze* ». Il nostro articolo fu ancor più conciso, poichè nulla ha stabilito intorno al modo col quale deve seguire la liquidazione. Non dubito però che debbasi adottare il sistema del

Codice precedente ed applicare il disposto dell'art. 375 Codice di procedura civile; e siccome la delegazione del giudice che deve eseguire la liquidazione non può farsi con sentenza, stante il recesso dalla lite, dovrà chiedersi al presidente in via incidentale.

SEZIONE VIII.

Delle conclusioni del ministero pubblico.

Art. 2, 21 n. 18, 32 n. 4
legge sul bollo; 26 e 361
c. p. c.; 248 reg. giud.

346. Il ministero pubblico conclude nei casi indicati dalla legge e in tutte le cause che riguardano:

1. Lo Stato;
2. Le donazioni, e i legati fatti a beneficio dei poveri;
3. Lo stato delle persone, e le tutele;
4. Il matrimonio, e la separazione personale dei coniugi;
5. I minori, gli interdetti e gli inabilitati, gli assenti dichiarati, e generalmente tutti quelli che sono rappresentati o assistiti da un curatore o da un amministratore delegato dalla autorità pubblica;
6. La competenza per materia o valore, e i conflitti di giurisdizione;
7. Le ricusazioni di giudici e degli ufficiali del ministero pubblico, e l'azione civile contro di essi;
8. Quelli che si trovino per causa pubblica fuori del regno, e non siano rappresentati in giudizio.

Il ministero pubblico può richiedere la comunicazione degli atti in tutte le cause nelle quali lo creda necessario per l'osservanza della legge, e l'autorità giudiziaria può anche ordinarla d'ufficio.

1. Sotto il nome di minori si comprendono tanto i pupilli quanto i figli di famiglia che non hanno compiuto gli anni 21. — *Cass. Firenze, 31 gennaio 1867. Vannucci-Adimari—Martini e Frittelli. Annali, I, 174. Cass. Firenze, 19 novembre 1868. Vanni—Lippi. Annali, II, 217.*

2. Non sono necessarie le conclusioni del P. M. nelle cause civili avanti i tribunali ordinari, quando dallo stato della contestazione risulti che la disputa concerneva non la competenza del giudice, ma la competenza dell'azione; non, per esempio, la competenza del pretore a conoscere della denuncia di nuova opera, ma l'indagine se esistano gli estremi di questa azione; quantunque dalla risoluzione intorno alla competenza dell'azione dipenda la competenza o incompetenza del giudice adito. — *Cass. Firenze, 25 febbraio 1867. Fantappiè—Cantamessa e Frescobaldi. Annali, I, 140.*

3. Allora soltanto è nulla la sentenza per difetto di conclusione del P. M. in questione di competenza, quando siffatta questione fu agitata fra le parti, non quando fu elevata d'ufficio dal tribunale. — *Appello Napoli, 11 marzo 1867. Cardente—Jacobucci. Annali, I, 255.*

4. Non v'è necessità delle conclusioni del P. M. nelle cause che riguardano i comuni e le provincie. — *Cass. Firenze, 5 marzo 1868. Comune di Bagni S. Giulio—Provincia di Pisa. Annali, II, 137. — Cass. Firenze, 1 maggio 1873. Comune di S. Massimo all'Adige—Forti. Gior.*

dei Trib., II, n. 131. — *Cass. Napoli*, 7 luglio 1874. *Comune di Tramutola—Marzano. Annali*, VIII, 476. — *Appello Firenze*, 29 dicembre 1870. *Comune di Pistoja—Gavazzi. Annali*, IV, 611. — *Cass. Palermo*, 13 marzo 1869. *Comune di Caltagirone—Di Stefano. Annali*, IV, 77. — *Contra: Cass. Napoli*, 7 giugno 1873. *Comune di S. Caterina dell'Jonio—De Giorgio. Mon. Trib.*, XIV, 679.

5. Le conclusioni del Pubblico Ministero sono per legge indispensabili nelle cause di minorenni, tanto se questi sono soggetti a tutela, quanto se sottostanno alla patria potestà.

La nullità che deriva dalla mancanza di conclusioni del Pubblico Ministero non può essere sanata nè per fatto nè per scienza delle parti, molto meno poi perciò che il procuratore della parte minorenni abbia apposto un *no* nella tabella d'iscrizione indicante se le conclusioni dovevano emettersi. — *Cass. Firenze*, 19 novembre 1868. *Vanni—Lippi. Bettini*, XX, 931.

6. Nelle cause interessanti la eredità benefiziata non sono richieste le conclusioni del Pubblico Ministero, essendo lo erede beneficiario amministratore per suo diritto e non per delegazione di giudice. — *Cass. Torino*, 7 gennaio 1869. *Galliano—Mancardi. Annali*, IV, 45.

7. La mancanza delle conclusioni del Pubblico Ministero nelle cause in cui per legge sono necessarie non può fornire mezzo di cassazione per ciò solo che la sentenza abbia ommesso di annunziare che il Pubblico Ministero venne sentito: occorre giustificare la mancanza con la produzione del verbale d'udienza. — *Cass. Torino*, 13 febbraio 1869. *Costi—Collegio Borromeo. Bettini* XXI, 105. — *Cass. Firenze*, 30 luglio 1874. *Zerbiani—Michelagnoli. Legge*, XIV, 893.

8. È nulla una sentenza nella quale, essendo in lite dei minori, il Pubblico Ministero non concludere, e tale nullità è assoluta, nè può essere in modo espresso o tacito rinunciata. — *Appello Firenze*, 27 luglio 1869. *Lazzi—Pisaneschi. Annali*, IV, 41.

9. Il Pubblico Ministero deve essere sentito nei casi indicati dalla legge anche quando si tratta di giudizi avanti le Corti d'appello in cause commerciali. — *Cass. Torino*, 4 marzo 1870. *Carpani ll. cc.—Piacenza. Mon. Trib.*, XI, 340.

10. Il Pubblico Ministero deve concludere sulla competenza per materia o valore allora solo che la questione sia stata sollevata dalle parti per conclusione scritta. — *Appello Firenze*, 29 dicembre 1870. *Comune di Pistoia—Gavazzi. Annali*, IV, 611.

11. Dove sorga questione di incompetenza per causa di materia o valore il P. M. deve dare le sue conclusioni quand'anche si tratti di un giudizio d'appello da sentenza di pretore.

Per la necessità delle conclusioni del Pubblico Ministero non è necessario che l'eccezione di incompetenza sia fondata, basta che sia proposta. — *Cass. Torino*, 14 gennaio 1871. *Costa—Caffarelli. Annali*, V, 16.

12. È nulla bensì la sentenza pronunciata contro minori se non fu sentito il Pubblico Ministero, ma la nullità riguarda soltanto gli interessi dei minori e non colpisce le altre parti della sentenza estranee ad essi. — *Cass. Torino*, 30 agosto 1871. *Martinetti—Caccia. Giurisprudenza*, VIII, 631.

13. Nelle questioni di competenza per materia o valore le conclusioni del Pubblico Ministero sono prescritte per ragione di ordine pubblico; epperò la loro omissione è causa di nullità deducibile da ambe le parti non solo quando la competenza si desume dalla materia, ma eziandio quando si desume dal valore. — *Cass. Firenze*, 25 novembre 1872. *Felini—Montelatici. Bettini*, XXIV, 694.

14. Le conclusioni del Pubblico Ministero nelle cause risguardanti i minori sono necessarie non solo nelle materie di giurisdizione contenziosa ma anche in quelle di giurisdizione volontaria. — *Appello Torino*, 6 luglio 1874. *Roberti di Castelveto. Gior. dei Trib.*, IV, n. 210. — *Appello Venezia*, 15 febbrajo 1872. *Mon. Giud.* I, 298.

15. La mancanza nella sentenza dell'indicazione che sia stato sentito il Pubblico Ministero nei casi previsti dall'art. 346, non può esserè supplita che dal processo verbale d'udienza. A questo effetto non ha alcuna efficacia probatoria l'attestato del Pubblico Ministero di aver date le sue conclusioni, quantunque desunto dal suo registro d'udienza. — *Cass. Firenze*, 19 novembre 1874. *Pinci ll. cc.* — *Rizzoni ll. cc. Gior. dei Trib.*, IV, n. 6.

16. Chi allega la mancanza della audizione del Pubblico Ministero deve provarla producendo il verbale d'udienza.

Il Pubblico Ministero deve essere sentito a pena di nullità in tutti gli atti di volontaria giurisdizione e procedura speciale concernente i minori e le persone incapaci, senza distinzione tra i minori soggetti alla patria potestà, e quelli sotto tutela. — *Appello Genova*, 7 dicembre 1874. *Banca Nazionale—Bondi-Petrinoli. Annali*, IX, 126.

1. Questo articolo venne modificato dalla legge 28 novembre 1875 che ha limitato le attribuzioni del pubblico ministero nelle cause civili e della quale ecco le disposizioni che si riferiscono al Codice di procedura civile:

« Art. 1. Il ministero pubblico presso le corti d'appello e i tribunali non ha obbligo di concludere nei giudizi civili, fuorchè nelle cause matrimoniali, e nei casi in cui, a termini di legge, procede per via di azione.

« Non è tenuto di assistere alle udienze civili, salvo quando si tratta di cause nelle quali deve concludere.

« Rimane salva la facoltà concessa dall'ultima parte degli articoli 346 del Codice di procedura civile e 140 della legge sull'ordinamento giudiziario.

« Avvenendo un reato in una udienza, nella quale non sia presente e non si possa immediatamente avere un ufficiale del Ministero pubblico, sarà disteso processo verbale del fatto e lo si trasmetterà all'ufficio del Ministero pubblico affinché si proceda nelle forme più spedite.

« Art. 2. Nulla è innovato quanto alle attribuzioni del Ministero pubblico presso le Corti d'appello e i tribunali negli affari di volontaria giurisdizione, e alle funzioni ad esso affidate da leggi speciali, ed estranee ai giudizi civili ».

Nella sua relazione il ministro Vigliani, in brevi parole, narra la storia della riforma che si venne man mano preparando in questa parte del rito processuale, dalla attuazione del nuovo codice, che stabilì che le conclusioni del pubblico Ministero anziché scritte fossero esposte oralmente all'udienza e che esercitò indubbiamente notevole influenza sull'avvenire della istituzione, alla deliberazione della Commissione parlamentare dei quindici, che ebbe per mandato di studiare e proporre, a scopo di economia, la riforma degli organi e dei servizi amministrativi e giudiziari dello Stato, al progetto del Ministro De Filippo presentato alla Camera dei deputati il 18 aprile 1868 (n. 185 Sess. I, X *Legislatura*), riprodotto nell'altro dell'1 marzo 1870 ed abbandonato poi pel progetto De Falco per la riforma dell'organico giudiziario, al progetto Borgatti svolto al Senato nel 3 aprile 1873 (n. 117 Sess. 1871-72). Indi passa a dar ragione delle singole disposizioni da lui proposte e che furono poi quasi integralmente approvate.

« Io debbo cominciare, egli dice, dal porre fuori di controversia la rappresentanza del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione pubblica, che la legge ha riservato nella determinazione di alcuni rapporti giuridici che, riguardando lo stato delle persone o la costituzione delle famiglie, interessano la generalità dei cittadini. È evidente che il pubblico ministero, costituito a tutela dei diritti della società civile, sia di natura sua chiamato a rappre-

sentarla nel foro penale come nel civile; e che, finchè un'azione pubblica è riconosciuta, non altri che il pubblico ministero sia chiamato ad esercitarla.

« Lascio pure in disparte l'ingerenza del pubblico ministero negli affari di volontaria giurisdizione. La vigilanza e la tutela che la legge vigente attribuisce al pubblico ministero a salvaguardia degli interessi personali e patrimoniali delle persone tutelate, non peccano certo di eccesso, nè v'ha ragione di mutare dove di riforma non si manifesta alcun bisogno.....

« Ma la riforma è utile e sotto certi aspetti necessaria, in quanto riguarda la assistenza di un funzionario del pubblico ministero per rendere legittime le udienze, e la facoltà, e in certi casi il dovere, di concludere alle udienze negli affari civili contenziosi. Se l'utilità di una istituzione deve essere giudicata dai frutti che reca, non si può esitare ad abbandonare queste funzioni del pubblico ministero, che, per le mutate condizioni della legislazione e dell'amministrazione della giustizia più non producono alcun serio vantaggio, e traggono seco tutti i danni che derivano da una funzione superflua.

« È facile comprendere infatti, come il pubblico ministero, emanazione e rappresentanza della sovranità legale investita insieme del potere legislativo e giudiziario, abbia nelle origini sue e per lungo correre di tempo adempiuto ad una grande missione. L'interesse della legge si identificava allora, per così dire, nell'interesse del potere sovrano: e di qui la necessità che questo intervenisse, col mezzo di un suo rappresentante, nell'amministrazione della giustizia, dapprima nella veste dell'uomo di toga incaricato di porre in grado i giudici, non sempre giureconsulti, di applicare nella congerie di ordinanze, di statuti locali e di consuetudini, la legge mal nota al fatto; e dappoi, quando si andò regolarmente costituendo la magistratura, come rappresentante diretto del potere, dal quale traeva il mandato di tutelare l'interesse generale, di cui era costituito depositario e vigile custode.

« Trasformato negli ultimi anni dello scorso secolo l'ordine giudiziario secondo i principii razionali ai quali deve essere coordinata l'amministrazione della giustizia, e divenuto il pubblico ministero rappresentante della società civile nell'esercizio dell'azione penale, non cessò per questo la importanza della sua missione consultiva nelle materie civili. L'unità di azione e di direzione che, come si disse, è ad un tempo la base e la forza di questa istituzione, e lo spirito di iniziativa al quale sono coordinate le sue attribuzioni, giovarono non poco a fare scomparire le tracce delle tradizioni legislative e giudiziarie locali, per sostituirvi le tradizioni nazionali, e superare le difficoltà che naturalmente si opponevano alla attuazione delle legislazioni codificate; e la posero in grado di compiere in questa guisa un'importante ufficio giudiziario, e ad un tempo un'alta missione politica e nazionale.

« Ma ora si può dire che questa transitoria missione è compiuta. Ad una legge codificata ed illustrata da un prezioso tesoro di esperienza e di tradizioni giudiziarie, fa riscontro una forma di procedimento, che apre facile e piana al giudice la via del vero, ed ai contendenti fornisce ogni mezzo per garantire l'esercizio dei loro diritti.

« L'ingerenza consultiva quindi del pubblico ministero, se mantenuta nella elevata sfera dell'interesse sociale nella retta interpretazione della legge, è divenuta affatto superflua: e se mai potesse essere diretta ad esercitare nei giudizi una influenza, per quanto legittima, nell'interesse di quella fra le parti che al pubblico ministero sembra assistita dal buon diritto, diventerebbe indebita e contraria a quei principii ai quali il moderno sistema di procedimento giudiziario è coordinato.

« Nè si dica che oltre l'interesse delle parti e quello della retta interpretazione della legge, siavi pure, in quei casi nei quali le conclusioni sono richieste per legge, la necessità di tutelare l'interesse pubblico ogniquale volta è posto in controversia l'ordine delle giurisdizioni, o trovansi in giudizio lo Stato e gli enti o le persone incapaci.

« Da un punto di vista elevato, certo è di pubblico interesse che le norme di competenza siano osservate, e che la difesa dello Stato e degli enti o persone tutelate riesca completa ed efficace. Ma all'uno ed all'altro intento provvedono bensì altre disposizioni di legge, non già quella che richiede il voto del pubblico ministero,

« Allorquando infatti le questioni di competenza toccano direttamente all'interesse dello Stato ed ai principii della separazione dei poteri, la legge provvede col procedimento speciale dei conflitti di attribuzione, nel quale il pubblico ministero adempie speciali funzioni conformi all'indole delle sue attribuzioni, ed alle quali non s'intende di recare alcun mutamento: in ogni altro caso, pure ammettendo che l'interesse pubblico sia impegnato, è sufficientemente tutelato dalla facoltà data al giudice di provvedervi d'ufficio anche nel silenzio delle parti, senza che sia necessario l'intervento del pubblico ministero per eccitare la magistratura ad usare di una facoltà, che le è direttamente conferita dalla legge, ed a compiere il dovere che la legge le impone.

« Nè altrimenti dee dirsi allorquando trattasi di cause in cui sia impegnato lo Stato od altri enti, o persone alle quali la legge garantisce una speciale tutela. Provvida è certamente la sollecitudine colla quale si vengono in molte guise tutelando gli interessi degli incapaci nelle controversie civili; ma non si scorge come a questo intento possa cooperare il pubblico ministero, che, secondo il suo istituto, non è chiamato a difenderne come parte aggiunta gli interessi, ma trae unicamente dalla presenza di essi in giudizio l'occasione per esprimere il proprio avviso nei sensi della verità e della giustizia, sia pur esso contrario alla parte per la quale la legge richiede il suo intervento ed il suo voto. Il che se non costituisce una contraddizione sostanziale, alla quale per la indole delle attribuzioni sue il pubblico ministero non ha mezzo di sottrarsi, lo pone però in una posizione equivoca, che, rendendo sempre più difficile e meno gradito il suo compito, genera delle opinioni fallaci intorno allo scopo ed all'estensione del suo ufficio, e al modo come esso viene esercitato. Onde è che il valore di funzionari, distratti specialmente nei tribunali da molteplici cure, poco numerosi, spesso non preparati alle orali conclusioni, e costretti talora ad esporle improvvisamente senza l'esame degli atti, rimane inferiore nella lotta che deve sostenere contro le difficoltà che da ogni parte gli attraversano la via. E però messo in forse lo scopo giudiziario delle sue conclusioni, e scemata di gran tratto l'importanza scientifica di esse, di questa ingerenza consultiva del pubblico ministero nelle materie civili non rimane che il ritardo nella spedizione delle cause, la perdita del tempo e la distrazione dell'opera di funzionari che possono porre la loro solerte ed intelligente devozione in altro non meno nobile arringo, a difesa della società ed a servizio della giustizia.

« Posta la questione sul terreno dell'utilità e della convenienza, non si può disconoscere, esservi però un caso, oltre quelli nei quali il pubblico ministero procede per la via di azione, in cui ogni ragione di prudenza consiglia a fare una eccezione; e cioè allorché è posto in controversia il matrimonio.

« L'interesse sociale, che in questo grave argomento può trovarsi talvolta in opposizione con quello di ambedue i contendenti, è troppo rilevante perchè lo Stato possa dispensarsi dal dovere di difenderlo anche contro le eventuali collusioni delle parti: e quindi a somiglianza delle legislazioni nelle quali, pur essendo il pubblico ministero affatto sconosciuto, o limitato agli affari penali, si ordinava di deputare nelle cause matrimoniali uno speciale difensore del matrimonio, si reputava conveniente di conservare l'intervento del pubblico ministero in questo genere di cause, anche nei casi in cui non procede esso stesso per via di azione.

« L'abolizione dell'ingerenza consultiva del pubblico ministero nelle cause civili rende affatto superflua l'assistenza di un suo funzionario per rendere legittime le udienze. Il pubblico ministero non è parte costitutiva nei giudizi, se non quando esercita in essi delle funzioni giudiziarie in via principale, ossia in via di azione; nè vi è ragione alcuna perchè egli assista alle udienze ogniquale volta non ricorre alcuno di quei casi nei quali è chiamato per legge ad intervenire in qualsiasi modo ».

2. La nuova legge, a mio avviso, non può aver tolto l'obbligo dello intervento del pubblico ministero nei giudizi di falso incidente civile e specialmente nei casi previsti dagli articoli 316 e 318 C. p. c. È troppo evidente l'opportunità che chi ha da promuovere l'azione penale sia messo in grado di seguire passo passo lo svolgersi del procedimento di falso che così da

vicino tocca il giudizio penale e spesso non ne è che il preambolo. Certo che non merita molta lode il legislatore che non ha risolta la questione pur sì facile a presentarsi, ma l'intervento del pubblico ministero nello anzidetto procedimento deve ritenersi tuttora obbligatorio siccome una estrinsecazione ed un sussidio delle mansioni a lui affidate nei giudizi penali.

3. Sebbene per effetto delle modificazioni arretrate dalla legge, qui riportata abbiano perduto quasi ogni importanza le questioni che si sono fatte intorno al presente articolo, pure come ho per diligenza riferiti i giudicati esporrò brevemente anche lo stato della dottrina.

a) Non si può prescindere dalle conclusioni del pubblico ministero nelle deliberazioni dei tribunali nella vendita in volontaria giurisdizione di beni immobili riguardanti i minori, gli interdetti ecc., di cui al n. 5° di quest'articolo. — Dott. Tunisi, *Mon. Trib.*, VII. 302.

b) Il pubblico ministero non è tenuto a concludere nelle cause concernenti i comuni e le provincie.

La legislazione sarda nel codice 1854 all'art. 188 aveva coperte dell'egida delle conclusioni del pubblico ministero le cause delle provincie e dei comuni, ma se ne pentì dappoi nel Codice del 1859, dove non troviamo ripetuta la disposizione dell'art. 188 relativamente a questi enti. — Il Mancini anzi nel suo *Comm. al Cod. Sardo*, vol. II, n. DXXXII, lamenta questa omissione che dice improvvida, poichè le provincie ed i comuni sono pur essi elementi sostanziali dell'entità giuridica che nomasi Stato, in cui la nazione piglia forma concreta.

Il nuovo Codice seguì l'esempio del precedente e non fece obbligo al pubblico ministero di concludere nelle cause risguardanti le provincie ed i comuni, ed il silenzio della legge trova un commento nella discussione che se ne fece in seno alla Commissione speciale dove nella seduta del 4 maggio 1865 fu da un commissario espressamente dichiarato che l'intervento del pubblico ministero fu riconosciuto superfluo per le cause dei comuni e delle provincie.

c) Perchè il pubblico ministero sia sentito per necessità di giudizio nelle cause che riguardano « le donazioni e i legati fatti a beneficio dei poveri », occorre che il legato sia fatto nominatamente al *pauperum genus* (ai poveri del paese, ai poveri del quartiere), e non basta che sia *povero* colui al quale vengono fatte la donazione o il legato. — Saredo, *Istit.* n. 610 - Garoglio, *Comm.*, p. 889.

d) Perchè nel caso di cui il n. 2 di questo articolo sia necessario l'intervento del pubblico ministero è d'uopo che l'interesse della classe povera sia messo in questione, e il legatario o donatario sia parte attiva o passiva nel giudizio. — Mancini, *Comm.*, II, n. DXXXIII.

e) Nella formola *stato delle persone*, devonsi comprendere le questioni che concernono la ragione materiale e formale degli atti e dei libri pubblici che servono alla conservazione dello *stato civile*, quando la disputa cada non sul modo d'intendere le registrazioni, ma sulla forma stessa ed entità dei registri. — Mancini, *Comm.*, II, n. DXXXVI.

f) Appartengono ai giudizi *delle tutele* le questioni delle escusazioni proposte dal tutore e reiette dal consiglio di famiglia, di rimozione d'interdizione dall'ufficio di tutore, e tutte le altre controversie analoghe. — *Id.* n. DXXXVII.

347. Il ministero pubblico conclude all'udienza dopo la discussione delle parti.

Può anche richiedere che si assegni un'altra udienza per le sue conclusioni.

Le conclusioni del pubblico ministero possono darsi da un ufficiale diverso da quello che assiste alla discussione della causa. — *Cass. Napoli*, 14 gennaio 1873. *Senzio-De Santis. Annali*, VII, 419.

Vedi all'articolo seguente gli art. 258 e 259 del regolamento gen. giud.

SEZIONE IX.

Della discussione orale e della polizia delle udienze.

Art. 72 Statuto; 104, 226
reg. giud.; 390 c. p. c.

348. Le cause sono chiamate all'udienza secondo l'ordine dell'iscrizione, salvo la preferenza alle urgenti e alle contumaciali.

1. Ad illustrazione di questa sezione IX del Codice credo utile di riferire quelli articoli della sezione IV, capo IV del regol. gen. giud. che le servono di complemento e sono i seguenti:

« Art. 244. Gli uscieri incaricati del servizio delle udienze devono avvisare i procuratori delle parti, con biglietto in carta libera, delle cause da spedirsi in ciascuna udienza, almeno un giorno prima di quello stabilito per la spedizione.

« Per questo avviso percepiscono da ciascuna parte il diritto fisso stabilito nella tariffa.

« Art. 245. La domanda per abbreviazione di termini e spedizione di urgenza di una causa deve farsi dopo l'iscrizione della medesima nel ruolo di spedizione, con ricorso al presidente il quale provvede con decreto motivato.

« Art. 246. Se nel giorno stabilito per la spedizione delle cause a udienza fissa non vi fosse udienza, le medesime s'intenderanno rimandate al primo giorno di udienza immediatamente successivo.

« Lo stesso potrà farsi, se così ordini il presidente, quando nell'udienza fissata per la spedizione delle anzidette cause, alcune di esse non si siano potute spedire.

« Se si tratti di cause ordinarie, le medesime, nei casi suindicati, s'intenderanno rimandate alla prima delle successive udienze destinate per la spedizione delle cause ordinarie. Potranno anche spedirsi alla prima udienza destinata per le cause a udienza fissa, se per quel giorno non sianvi a ruolo cause di tale natura.

« Art. 247. Fuori dei casi espressi nell'articolo precedente, la spedizione di una causa chiamata all'udienza potrà solo rimandarsi ad altra udienza, se sieno consenzienti le parti, o concorrano gravi motivi.

« Se il rinvio è ordinato, la spedizione della causa avrà luogo ad altra udienza determinata secondo il numero d'iscrizione che le compete; e chi ha dato causa al rinvio può essere condannato nelle spese relative.

« L'assenza dell'avvocato di una delle parti, od anche di tutti gli avvocati delle parti dall'udienza, non è motivo sufficiente di rinvio. Potrà però dal presidente concedersi alla parte che ne faccia la domanda, un termine per far distribuire ai giudici e comunicare alla parte contraria la disputa od una memoria. In tal caso questa avrà un termine uguale per rispondervi.

« Si fa di tutto menzione nel foglio d'udienza.

« Art. 248. Ogni tribunale e ogni sezione di esso ha un registro intitolato *Foglio d'udienza*, numerato in ogni pagina dal presidente o vicepresidente della rispettiva sezione, con indicazione in fine per esteso del numero dei fogli di cui si compone, e colla firma di chi lo ha numerato.

« In questo registro si notano:

« a) i nomi dei giudici e dell'ufficiale del ministero pubblico presenti all'udienza;

« b) l'ora in cui principia la seduta e quella in cui è aperta la pubblica udienza;

« c) un cenno sommario degli affari trattati, delle istanze verbali fatte dalle parti all'udienza coi relativi provvedimenti, delle conclusioni del ministero pubblico, e di ogni altro incidente della seduta;

« d) l'ora in cui il presidente chiude l'udienza e leva la seduta.

« Se il ministero pubblico fa qualche rappresentanza sull'ordine della

udienza, il tenore della rappresentanza e del provvedimento cui abbia dato luogo, è riferito nel processo verbale.

« Il rappresentante del ministero pubblico può altresì richiedere che s'inserisca testualmente nel processo verbale qualunque altra osservazione che ravvisi del caso.

« Art. 249. Il processo verbale d'ogni udienza è in fine della seduta firmato dal presidente e dal cancelliere, senza che si possa lasciare sul registro alcuno spazio in bianco.

« Art. 250. Il cancelliere non può rilasciare alcun estratto del foglio d'udienza ad uso privato senza l'autorizzazione del presidente, dal quale lo estratto sarà vidimato.

« Art. 251. Le cause sono, d'ordine del presidente, chiamate all'udienza dall'uscieri di servizio secondo l'ordine stabilito nell'estratto del ruolo di udienza affisso nella sala d'ingresso del tribunale.

« È però in facoltà del presidente di variare parzialmente, per gravi ragioni, l'ordine di chiamata delle cause, specialmente nel caso di momentanea assenza dall'udienza dei difensori delle parti. Dell'uso di tale facoltà e dei motivi della variazione è fatta menzione nel foglio d'udienza.

« Art. 252. Alla chiamata delle cause i procuratori devono sempre presentarsi al tribunale, in difetto possono essere condannati all'ammenda di lire dieci.

« Se nessuna delle parti si trovi presente, il presidente ordina che la causa sia cancellata dal ruolo: di quest'ordine il cancelliere prende nota nel foglio d'udienza.

« Può però il presidente sospendere l'ordine della cancellazione e permettere che la causa si spedisca, se sia possibile, nella stessa udienza dopo che siano discusse tutte le altre cause iscritte nel ruolo d'udienza.

« Art. 253. Le cause cancellate dal ruolo possono nuovamente, sulla istanza della parte più diligente, esservi iscritte, e quindi spedirsi secondo il numero che sarà loro assegnato nella nuova iscrizione.

« Art. 254. Il giudice o l'ufficiale del ministero pubblico che si trovino nel caso previsto nella prima parte dell'art. 119 del Codice di procedura, o che vogliano astenersi in senso del capoverso dell'articolo medesimo, devono farne la dichiarazione al momento della chiamata della causa alla cui discussione non devono o non vogliono intervenire.

« Il tribunale delibera immediatamente con provvedimento consegnato nel foglio d'udienza.

« Se la causa di ricusazione o di astensione è ammessa, il presidente sospende l'udienza, e integra subito il numero dei giudici nel modo stabilito dall'art. 48 della legge di ordinamento giudiziario, o richiede la presenza all'udienza di un altro ufficiale del ministero pubblico; e qualora ciò non possa aver luogo prontamente, rimanda la causa ad altra prossima udienza determinata, e fa chiamare le altre cause.

« Di tutto ciò si fa menzione nel foglio d'udienza.

« Art. 255. Nel caso previsto dalla prima parte dell'art. 349 del Codice di procedura, le parti, dopo che sia terminata la relazione, possono chiedere al presidente il permesso di dar lettura al tribunale di uno o più documenti o atti della causa.

« Quando, nel caso menzionato nel capoverso dell'articolo medesimo, la causa sia rimandata ad altra udienza, non è necessario che a questa intervengano i giudici presenti alla prima udienza.

« Art. 256. Nelle cause formali, se alcuna delle parti creda che le conclusioni lette all'udienza dalla parte contraria non siano conformi a quelle prese prima che l'iscrizione a ruolo sia rimasta ferma a senso del capoverso secondo dell'art. 174 del Codice di procedura, deve farne la dichiarazione prima che s'intraprenda la discussione della causa.

« L'incidente è tosto risoluto dal tribunale, il cui provvedimento si nota nel foglio d'udienza, e indi se ne fa menzione nella sentenza.

« Art. 257. Nelle pubbliche udienze gli avvocati e i procuratori non possono parlare se prima non hanno ottenuta facoltà dal presidente, al quale devono sempre rivolgere la parola, senza introdurre alcun dialogo tra di loro.

« Il presidente chiama all'ordine coloro che oltrepassassero i termini di una decente e ordinata discussione; elimina le oziose digressioni e le inutili questioni; vieta le interruzioni, e quando riconosce che la causa è sufficientemente discussa e chiarita fa cessare le dispute.

« Il presidente può anche fissare le quistioni sulle quali, a seguito della esposizione del fatto, dovrà aggirarsi la pubblica discussione.

« Art. 258. Il ministero pubblico dà sempre oralmente le sue conclusioni.

« Nelle cause a udienza fissa e nel caso previsto dall'ultimo capoverso dell'art. 346 del succitato Codice può riservarsi di concludere in una successiva udienza, che è fissata dal presidente nel limite stabilito dall'ultimo capoverso dell'art. 178 del Codice stesso.

« Di tale riserva e del relativo provvedimento è fatta espressa menzione nel foglio d'udienza.

« Art. 259. Le conclusioni del ministero pubblico pongono fine alla pubblica discussione. Le parti hanno però facoltà di trasmettere immediatamente al presidente semplici note, delle quali è data lettura al tribunale all'aprirsi della deliberazione segreta.

« Qualora dopo la discussione della causa all'udienza sorga il bisogno di ulteriori chiarimenti, il presidente può far chiamare nella Camera di consiglio i procuratori o gli avvocati delle parti per essere sentiti dal collegio ».

2. La presente sezione, che più specialmente si riferisce alla discussione delle cause trattate con procedimento formale, concerne eziandio la trattazione delle cause sommarie che, come è noto, avviene esclusivamente alla udienza. Siccome però per la precorsa istruzione della lite e le pratiche precedentemente eseguite le cause a rito formale sono portate alla udienza in modo molto diverso dalle sommarie, così è chiaro che tutte le disposizioni di questa sezione non possono alla lettera applicarsi alle cause discusse col procedimento sommario.

Così se si comprende facilmente come possa porsi in pratica la preferenza nella discussione accordata da questo articolo alle cause contumaciali quando siano formali, altrettanto non è a dirsi trattandosi di cause sommarie. Difatti nelle prime si sa già avanti l'udienza che, stante la non costituzione di alcun procuratore per l'una o l'altra delle parti, devono discutersi in contumacia ed anzi dello stato di contumacia consta già dal registro di cancelleria, ma nelle seconde la comparizione delle parti si fa all'udienza ed allora soltanto si verifica il caso della contumacia quando chiamata la causa dall'uscire nell'ordine del ruolo d'udienza, dopo trascorsa l'ora dalla apertura della medesima, nessuno risponda alla chiamata. Finché le cause non si proclamano e nel termine sopra indicato, non si può sapere se siano contumaciali e quindi non può accordarsi alle medesime veruna preferenza sulla semplice asserzione del procuratore della parte comparsa che egli non ha contraddittore. — *Conforme: Gior. dei Trib.* II, n. 10. — *Contra: Scotti, Mon. Trib.*, XIV, n. 23 — *Gior. Trib.*, II, n. 22.

Il solo privilegio che potrebbe concedersi alle cause contumaciali sommarie sarebbe questo, che, se chiamata la causa nell'ordine della sua iscrizione, una delle parti non si presenti, invece di richiamarla dopo l'ora dall'apertura dell'udienza, secondo il posto che occupa nel ruolo, le si accordi la precedenza della chiamata sulle altre ancora da discutere, e, constatata la contumacia, sia data facoltà di discuterla tosto, anche perché non si verifichi la necessità per la medesima di un rinvio d'ufficio ed il contumace sicuro del giorno in cui la causa fu discussa possa più facilmente valersi del diritto riconosciuto dagli articoli 386 C. p. c. e 232 reg. giud.

La preferenza dovrà invece anche nel procedimento sommario osservarsi riguardo alle cause d'urgenza sempreché però la spedizione d'urgenza venga, a sensi dell'art. 245 reg. giud., domandata con ricorso avanti l'udienza e non oralmente nel giorno stesso dell'udienza.

Su questo argomento si domanda poi se le cause rinviata d'ufficio debbano nell'udienza successiva avere la precedenza su tutte le altre. Si osserva da alcuni (vedi *Gior. dei Trib.*, II, n. 22) che ciò non può ammettersi perché la legge attuale non lo dice, mentre il regolamento 15 aprile 1860 sul Codice sardo 1859, all'art. 74 lo prescriveva tassativamente. Da altri invece si ri-

batté che l'articolo 246 del reg. giud. non ordina che le cause rinviate d'ufficio all'udienza immediatamente successiva si debbano reinscrivere nel ruolo di questa, mentre allorquando si tratta di rinvio ad istanza delle parti, l'articolo 247 del regolamento stabilisce che la spedizione di tali cause avrà luogo secondo il numero della iscrizione che loro spetta. Da ciò, si dice, e credo con ragione, è a dedursi che alle cause rinviate d'ufficio sia da accordare la preferenza come si trattasse di *continuazione dell'udienza precedente*, altrimenti ne verrebbe che le cause medesime, se iscritte per ultime nel ruolo dell'udienza susseguente, potrebbero correre rischio di ulteriori rinvii pure d'ufficio. La differente dizione degli articoli 246 e 247 dell'attuale regolamento avrebbe quindi tolto il bisogno di ripetere la precisa disposizione del regolamento del 1860. (Vedi *Gior. dei Trib.*, II, n. 40).

349. Quando sia stato nominato un giudice relatore, esso fa la relazione della causa.

Art. 178 c. p. c.; 2
reg. giud.

Quando la relazione debba farsi dalle parti, il fatto della causa è esposto dal difensore dell'attore; i difensori delle altre parti possono rettificarlo. Se l'autorità giudiziaria non creda sufficientemente stabilito il fatto, il presidente nomina un relatore e rimanda la causa ad altra udienza.

350. Dopo la relazione i difensori delle parti leggono le conclusioni, e poi svolgono succintamente le ragioni su cui sono fondate.

Le parti, assistite dai loro procuratori, possono difendersi da sé stesse. L'autorità giudiziaria deve vietarlo se la passione, o l'inesperienza possa impedir loro di trattare convenientemente la causa.

1. Quando alcuna delle parti creda che le conclusioni lette alla udienza dalla parte contraria non siano conformi a quelle prese prima che l'iscrizione a ruolo sia rimasta ferma, deve farne la dichiarazione prima che si intraprenda la discussione della causa (1). In difetto di questa dichiarazione, o venendo la medesima fatta dopo avviata la discussione, vi ha acquiescenza o rinuncia al beneficio di cui gli art. 175 e 176 C. p. c. — *Appello Casale*, 27 novembre 1863. *Ferraris—Omodeo. Giurisprudenza della Corte di Casale*, I, 361. — *Appello Brescia*, 24 aprile 1867. *Giurisprudenza*, IV, 594. — *Appello Parma*, 22 dicembre 1868. *Annali*, II, 568. — (1) *Cass. Napoli*, 3 luglio 1873. *Cassa Sconto—Del Carretto. Bettini*, XXV, 525.

1. Come deve intendersi la facoltà accordata alle parti di difendersi da sé stesse purché siano assistite dai loro procuratori?

Ecco le parole del Pisanelli a questo riguardo: « Rispettando il principio della libertà individuale, egli dice, combinato col vero interesse delle parti e collo scopo della giustizia, si riconosce alle medesime il diritto di fare personalmente le loro difese. Questa naturale facoltà della difesa viene però limitata da ragioni di prudenza. Essendo obbligatoria la rappresentanza dei procuratori, sarà sempre necessaria l'assistenza dei medesimi alla discussione della causa. Vuolsi inoltre impedire che la detta facoltà tramodi o si ritorca a danno di colui che ne usa, con discapito della giustizia; quindi l'autorità giudiziaria potrà vietarne l'esercizio, ove riconosca che la passione, o l'inesperienza spinga la parte a trattare sconvenientemente la causa ».

Così nelle cause formali come nelle sommarie è adunque la sola difesa orale che la legge permette alle parti di fare in persona, ma ciò non toglie

che anche nelle cause sommarie sia necessaria la costituzione di un procuratore all'udienza nel modo dalla legge prescritto.

E siccome codesta costituzione deve farsi mediante deposito del mandato, che per l'art. 48 C. p. c. nelle cause civili dev'essere in forma autentica o per scrittura privata autenticata nelle firme; così il procuratore, il quale assiste la parte che discute in persona la propria causa, dovrà prima che la discussione incominci consegnare il mandato al cancelliere.

Lo incarico dato oralmente dalla parte all'udienza ad un procuratore perchè la assista, non dovrebbe quindi ritenersi sufficiente, come quello che non risponde alla forma che il legislatore ha stabilita per la stilizzazione del mandato giudiziale. Ammettendo all'incontro che la dichiarazione della parte di nominare un tale a suo procuratore, registrata a verbale, potesse supplire il mandato scritto e autenticato verrebbe a mettere il cancelliere nel posto del notaio, a costituirlo depositario e custode dei mandati.

2. Anche le donne possono sostenere in persona la difesa delle loro cause all'udienza, perchè la legge non fa alcuna distinzione. — Mancini, *Comm. Cod. Sardo*, II, n. DLXXXVI — Mattei, *Annotaz.* — Sardo, *Istit. n.* 616 — Garbino, *Comm. p.* 898 — Carré e Chauveau, *quest.* 418 — Thomine n. 108 — Boncenne, p. 70.

351. Quando le parti non siano comparse tutte all'udienza, le presenti possono fare istanza per la spedizione della causa.

352. Finita la discussione, i procuratori che non abbiano depositato ancora gli atti della causa a termini dell'art. 177, o che non ne abbiano fatta la restituzione nel caso espresso nell'art. 180, o che li abbiano ritirati nel caso indicato nel capoverso dell'articolo 349, debbono consegnarli al cancelliere riuniti in fascicoli, rispettivamente muniti dell'inventario, e della nota delle spese, sotto pena di una multa da lire cinquantuna a lire cento, salvo il disposto del primo capoverso dell'art. 180.

Se uno dei procuratori ometta di consegnare gli atti, la causa è giudicata su quelli dell'altra parte.

La parte, che nel primo giudizio non si curò di distribuire i suoi atti nè di comunicare all'altra parte le sue conclusioni, non può querelarsi avanti i giudici d'appello che i primi giudici non siansi occupati delle sue domande e pretendere che sulle medesime si statuisca per la prima volta nel giudizio d'appello. — *Cass. Torino*, 21 luglio 1869. *De Rosa—Garbino ll. cc. Bettini*, XXI, 460.

Dirò nel commento all'art. 390 quali possano essere gli effetti della inosservanza da parte dei procuratori delle disposizioni di questo articolo e come le medesime debbano interpretarsi.

353. Quando si debba ordinare il rinvio della causa, l'ordinanza la rimette ad altra udienza fissa.

Le parti ancorchè non comparse all'udienza si hanno per citate a comparire con la pubblicazione dell'ordinanza di rinvio.

Non solo le ordinanze che accordano il rinvio da una ad altra udienza, ma anche quelle che negandolo prescrivono l'immediata spedizione della

Art. 177, 180, 349, 390
c. p. c.; 223, 224, 225 reg.
giud.

Art. 47 c. p. c.; 247 reg.
giud.

causa si hanno per notificate alle parti quando anche assenti, colla sola loro pubblicazione.

Quindi, se il procuratore d'una delle parti durante la deliberazione del giudizio intorno al chiesto e combattuto rinvio, abbandona l'udienza non può querelare di nullità la sentenza per non essergli stata notificata l'ordinanza che ebbe a statuire l'immediata spedizione della causa. — *Appello Brescia, 14 febb. 1873. Brunelli—Zendrini. Mon. Trib., XIV 973.*

354. Il presidente dirige le udienze e mantiene il buon ordine. Quanto prescrive deve essere immediatamente eseguito.

355. Chi interviene alle udienze non può portare armi o bastoni, e deve stare a capo scoperto, con rispetto, e in silenzio.

È vietato di fare all'udienza segni di approvazione o disapprovazione, o di cagionare disturbo in qualsiasi modo.

In caso di trasgressione il presidente ammonisce o fa uscire dalla sala il trasgressore, il quale, se non obbedisca, può essere sull'ordine del presidente condotto agli arresti per ore ventiquattro.

Quando il fatto costituisca un reato si osservano le disposizioni del codice di procedura penale sulla polizia delle udienze.

Art. 619 seg. c. p. p.

SEZIONE X.

Delle sentenze e delle ordinanze.

§ I.

Della pronunziazione e della forma delle sentenze e delle ordinanze.

356. I giudici devono deliberare dopo la discussione della causa.

Possono differire la pronunziazione della sentenza ad una delle prossime udienze.

Non è nulla la sentenza per non avere la Corte deliberato immediatamente dopo la discussione della causa.

La legge in questo articolo adopera come sinonimi le due voci di deliberazione e di pronunziazione della sentenza per esprimere il concetto della citazione. — *Cass. Napoli 6 maggio 1871. Fallimento Servez—Gianini. Mon. Trib., XIV, 676.*

1. A schiarimento del § 1 della presente Sezione, leggesi nella *Relazione* Pisanelli:

« Alcuni Codici distinsero formalmente le sentenze in definitive, provvisionali, interlocutorie e preparatorie; alcuni fra essi avvisarono ancora di dare un'apposita definizione delle dette sentenze, per facilitarne in pratica la distinzione ed escludere così le gravi quistioni che si elevarono nella giurisprudenza sul vero carattere di un provvedimento giudiziario.

« Le definizioni sempre pericolose nella legge, riuscirono qui inutili, poichè la difficoltà non consiste nel carattere generale che serve a determinare quando una sentenza sia definitiva, provvisoria, interlocutoria o

preparatoria, ma nei particolari connessi al caso speciale che forma l'obiettivo di una sentenza, ai quali non può mai rispondere compiutamente una definizione che s'informa sempre ad un criterio più o meno generale.

« La distinzione delle sentenze in definitive, provvisoriali, interlocutorie, o costituenti un semplice provvedimento d'istruttoria, riposa sulla natura stessa del precetto contenuto nella sentenza; e come tale appartiene al dominio della scienza.

« Il concetto che determinò l'accennata distinzione nel Codice francese e specialmente tra sentenze interlocutorie e *preparatorie*, fu quello di non ammettere l'appellazione dalle risoluzioni di mero ordine processuale, *che non pregiudicano il merito*, per non aumentare gli ingombri delle liti, per non arrestare i procedimenti ad ogni passo e porgere esca ad inesauribili cavilli.

« Ma quali sono le risoluzioni interlocutorie che non pregiudicano il merito? Le opinioni si divisero.

« Alcuni sostennero che ogni sentenza la quale decreta una prova qualsiasi, ancorchè d'ufficio o senza opposizione di parte, deve ritenersi *interlocutoria* e non semplicemente *preparatoria*, e per conseguenza soggetta ad appello. Il *pregiudizio* sorgerebbe pertanto da quella specie di deliberazione sulla questione di merito, che sempre avviene allorchè si fa lo sperimento dei mezzi di prova.

« Altri opinarono per contro che le dette sentenze non siano che preparatorie quando la prova *non sia contrastata* dall'altra parte, o quando la medesima sia ordinata d'ufficio. Il *pregiudizio* consisterebbe qui nel danno presunto della parte che subisce la sentenza e non già nell'influenza che la ammissione della prova possa esercitare sul merito.

« Vi è una terza opinione che, distinguendo fra la sentenza che ordina una prova *senza opposizione* da quella che la decreta d'ufficio, riconosce nella prima l'innocuità del giudicato, non così nella seconda.

« Come è naturale la giurisprudenza delle Corti si mostrò oscillante fra le divergenti opinioni.

« Il Codice sardo del 1859 cercò di eliminare tali controversie, dichiarando: 1. essere sentenze interlocutorie quelle che ammettono o rigettano una prova od altro *incombente che influisca sul merito* della causa e su cui *vi sia stata contestazione*, e quelle che mandano alle parti di *procedere più ampiamente* secondo espresse considerazioni; 2. non essere sentenze i semplici provvedimenti del tribunale per l'istruzione della causa, *i quali non pregiudicano il merito della causa*.

« Nel sistema del Codice sardo il concetto del *pregiudizio*, allorchè viene decretata una prova, è inerente a quello della contestazione, poichè sono dichiarate interlocutorie le sentenze che *ammettono* o rigettano una prova od altro *incombente su cui siavi stata contestazione*. Ciò rimane indubitato; se non che nella fatta ipotesi neppure si fosse dubitato dalla giurisprudenza francese che la sentenza dovesse ritenersi come interlocutoria e non semplicemente *preparatoria*.

« Ma negli altri casi vengono forse eliminate le controversie che resero oscillante quella giurisprudenza? Non sembra. La dichiarazione del Codice sardo lascia intatta la questione principale, che riguarda il caso in cui il tribunale ordina d'ufficio un'istruzione probatoria, o proposta da una delle parti senza che siavi stata opposizione dall'altra. Si dichiarano semplici provvedimenti d'istruzione non già quelli dati dal tribunale d'ufficio o senza opposizione di parte, ma quelli soltanto *i quali non pregiudicano il merito*. Ma quando s'intenderà esistere il *pregiudizio* per determinare se il decreto dell'autorità giudiziaria costituisca una sentenza od un semplice provvedimento? La questione ha pertanto cambiato di termini, non di sostanza. La giurisprudenza sarda posteriore al 1859 lo ha dimostrato e lo va tuttodì rivelando.

« Il progetto, fermo nell'idea di non dare definizioni circa il carattere delle sentenze, e di non stabilire differenza fra le medesime, per quanto concerne i mezzi d'impugnarle, non formulò distinzioni che appartengono al dominio della scienza, ma seguì una via più semplice. Considera come sentenza qualunque pronunziato definitivo, interlocutorio o provvisorio della

autorità chiamata a giudicare della causa, e ritiene quale semplice provvedimento quello che emana soltanto dal presidente o da un giudice delegato. Ogni sentenza, qualunque sia il suo carattere, può essere impugnata coi mezzi stabiliti dalla legge, come contro qualunque provvedimento del presidente o del giudice delegato è aperta la via del richiamo al collegio.

« Spetta alla parte di apprezzare preliminarmente e definitivamente al magistrato se una sentenza interlocutoria dovrà o potrà influire sulla decisione della causa, se la medesima costituisca un *pregiudizio* sul merito. Ma stabilire la necessità di un tale esame preventivo, al solo scopo di conoscere se la sentenza si possa impugnare coi mezzi concessi dalla legge, è un voler moltiplicare le questioni accessorie, rendere più irto di difficoltà il procedimento giudiziario che per natura stessa delle cose già ne abbonda soverchiamente; a ciò si aggiunga il male che deriva sempre da una giurisprudenza incerta ed oscillante.

« Venendo alle regole stabilite dal progetto circa la prolazione delle sentenze, è innanzi tutto palese che i giudici non possono ritardarla, nel modo stesso che i patrocinatori non debbono frapporre indebiti ritardi alla istruzione della causa. La negligenza dei giudici sarebbe incentivo a quella dei patrocinatori: come potrebbero i giudici reprimere abusi, dei quali essi medesimi fossero i primi a dare esempio?

« I giudici dovranno pertanto deliberare dopo la discussione della causa. Ma può avvenire, che per la molteplicità e la complicazione delle controversie, si richieda un intervallo di tempo per addivenire ad un'assenata deliberazione e per compilarne i motivi; vuolsi quindi lasciare ai giudici un termine sufficiente per giudicare e per spiegare i motivi del giudicato. Onde potranno differire la prolazione della sentenza ad una delle prossime udienze purchè non sia oltre la quarta.

« La pronunziazione della sentenza è pubblica, ma la formazione di essa è segreta. Una velleità d'innovazione, che sempre accompagna tutte le rivoluzioni civili e politiche, occasionava in Francia la legge del 3 brumaio che obbligò i giudici ad esporre il loro voto in pubblico; ma ben presto tale disposizione fu derogata dalla costituzione dell'anno terzo. Non ignoriamo tutte le ragioni allegate in sostegno dell'opinione della pubblicità della votazione; ma quando si consideri che questa deve essere un'opera seria e di raccoglimento, e condotta in modo da assicurare la indipendenza e l'autorità delle pronunziazioni giudiziarie, non si dubiterà che meglio ad essa conferisca il segreto.

« Non possono concorrere alla formazione della sentenza, se non quei giudici che hanno assistito alla discussione della causa. Per ottenere la pluralità dei voti richiesti a formarla, il progetto stabilisce nettamente che i giudici devono essere in numero dispari.

« Vengono così esclusi quegli spedienti più o meno viziosi, che furono imaginati per far cessare la divisione dei pareri allorchè i giudici concorrono in numero pari.

« L'opera del presidente è importantissima nella formazione della sentenza. Egli pone le quistioni, dirige la discussione dei votanti, lasciando però loro tutta la pienezza e libertà dell'opinione del metodo d'esposizione, secondo il punto di vista di ciascuno. Raccoglie il voto di ciascun giudice, cominciando dal relatore.

« Ma prima di manifestare il proprio voto e di deliberare, è indispensabile che i giudici siano d'accordo sui punti di quistione che devono decidere; e quando si elevino difficoltà od opposizioni al riguardo, occorre che le medesime vengano preliminarmente chiarite e risolte. Sarà pertanto opportuno che la legge fissi essa medesima l'ordine in cui devono essere poste le questioni di fatto e di diritto, l'ordine in cui devono essere decise, stabilendo il principio che non si può passare alle quistioni di diritto, se non dopo risolte quelle di fatto?

« Alcuni lo pensarono, osservando che può altrimenti avvenire, che il parere definitivo della quistione sia quello della maggioranza solo in apparenza, ma in realtà vinca quello della minoranza, e ne adducono esempi. Se non che la legge si mostra impotente a tal uopo. Essa può regolare le forme

che devono accompagnare la votazione della sentenza, ma non può prestabilire norme certe al processo logico cui debba attenersi la discussione e la deliberazione dei giudici. Le quistioni non si presentano sempre fra loro distinte, ma sovente complicate. Nei giudizi civili avviene raramente che la quistione si offra all'aspetto di fatto semplice e nudo, e non involga l'elemento giuridico, poichè il fatto nella materia civile vuol essere determinato secondo le regole di diritto che gli appartengono. Se poi una quistione, come pregiudiziale, debba essere decisa prima di un'altra, se la quistione di fatto si presenta scevra da ogni concetto giuridico, la logica e non la legge costringerà il giudice a risolverla preliminarmente.

« Il progetto stabilisce però alcune norme per ottenere la pluralità assoluta dei voti, quando le opinioni dei giudici siano divise in modo da non presentare l'accennata pluralità. Non adottando una specifica enumerazione di casi diversi, la quale riesce sempre nella legge soverchia senza essere mai compiuta, viene stabilito che due delle opinioni, qualunque siano, saranno messe ai voti per sapere quale debba essere esclusa, e che quella non esclusa sarà messa di nuovo ai voti con una delle opinioni restanti, qualunque sia, per sapere se l'una o l'altra debba essere eliminata; e così di seguito sinchè le opinioni siano ridotte a due, sulle quali i giudici voteranno definitivamente per l'una o per l'altra.

« Deliberata la sentenza dai giudici, è necessario di redigerla in iscritto. Tale opera, che appartiene essenzialmente all'ufficio del giudice, venne talvolta abbandonata al cancelliere, e talvolta demandata ai difensori delle parti, per tutto ciò che non concerne il giudicato. Ma l'avidità del guadagno portò ben tosto la redazione delle sentenze oltre i suoi termini naturali; vi si introdusse una serie di superfluità che valessero ad ingrossare il volume dello scritto, per aumentare l'importo degli onorari in ragione dei fogli di carta impiegativi. Inoltre, quale imparzialità di esposizione può attendersi da uno dei difensori delle parti interessate?

« Il Codice francese, conservando ai procuratori il diritto di rediger le parti della sentenza, così dette *les qualités de jugement*, contenenti oltre l'indicazione e le conclusioni delle parti, i punti di fatto e di diritto, introdusse la necessità di notificarle al procuratore avversario, la facoltà in questo di farvi opposizione nel termine di ventiquattro ore, e un metodo particolare di procedura per risolvere le insorte quistioni.

« L'esperienza dimostrò i vizi di questo sistema già segnalati in precedenza da varie Corti d'appello; sono abbastanza conosciuti perchè non occorra di ricordarli.

« Il progetto seguendo invece il Codice sardo considera la redazione della sentenza come opera essenzialmente propria del giudice, salva la responsabilità del cancelliere per l'adempimento di alcune formalità estrinseche. Il contesto della medesima fu ridotto a molta semplicità, essendosi escluso tutto ciò che non sia elemento necessario a costituire una regolare decisione della causa ».

2. Sulle modificazioni recate al progetto ed attuato nella redazione definitiva del Codice, così si esprime il ministro Vacca nella relazione a S. M.:

« Succede alla discussione la sentenza. Il progetto proponeva che, differendo la pronunziazione della sentenza, non potessero i giudici oltrepassare la udienza quarta. Ad un precetto non avente sanzione, parve miglior partito sostituire la fiducia nel sentimento del dovere e nel rispetto della dignità propria.

« Fu rimandato alla legge d'ordinamento, come a sede più acconcia, stabilire il numero dei votanti.

« Il Codice di Ginevra ha una disposizione (art. 104) grandemente raccomandata, che prescrive ai giudici nel deliberare di formulare le questioni in fatto e in diritto, di votare sopra tutte distintamente, di risolvere le questioni di fatto prima che quelle di diritto. La disposizione parve buona, ma propria del regolamento piuttosto che del Codice. Nel Codice, tenuta ragione in ispecialità della questione sulla concordanza del fatto, fu stimato che tra i requisiti della sentenza fosse mestieri indicare non i *motivi* genericamente, sibbene i *motivi in fatto e in diritto*.

« È consueto, almeno in alcune parti d'Italia, che il giudice relatore si assume il mandato di compilare la sentenza, ancorchè sia dissenziente dalla maggioranza. Il Codice non tollera questa restrizione che turba la coscienza del magistrato e compromette la bontà della sentenza. Perciò prescrive che, chiusa la votazione, il presidente designi tra i membri della maggioranza chi debba compilare la sentenza ».

3. Alla trasgressione di questo articolo non è cominciata la nullità. — Borsari, *Comm.*, I, 475 — Gargiulo, *Comm.* p. 911 — Mattei, *Annotaz.*

4. Sebbene, come s'è veduto, sia stata tolta la limitazione di tempo fissata dal progetto pella pronunziazione delle sentenze, due circolari ministeriali in data 10 marzo 1870 n. 2780-246 e 27 dicembre 1872 n. 411 hanno raccomandato ai giudici di non differire la pronunziazione medesima oltre la quarta udienza per soddisfare oltre chè allo spirito anche alla lettera della legge che prescrive la prolazione delle sentenze se non immediatamente almeno in una delle udienze *prossime*.

357. Non possono concorrere alla deliberazione della sentenza se non quei giudici che hanno assistito alla discussione della causa.

Art. 46, 64, 67 ord. gi.

Il numero dei votanti deve essere quello stabilito dalla legge sull'ordinamento giudiziario.

1. La sentenza resa da cinque dei consiglieri della Corte d'appello senza quell'uno che, destinato relatore, sporse il rapporto alla pubblica udienza non è nulla. — *Cass. Napoli*, 3 dicembre 1870. *D'Onofrio—Gallasso. Bettini*, XXII, 920.

2. La giurisdizione è attribuita dalla legge ai tribunali come enti collettivi, indistintamente e per tutte le materie di loro competenza, e non già a quelle sezioni dei tribunali stessi che, per ordinanza reale si formano al principio di ciascun anno, e per ordinanza ministeriale si formano nelle ferie.

Laonde una causa discussa avanti la sezione delle ferie, o avanti la sezione di un anno, può validamente essere deliberata anco dopo le ferie, o in un giorno dell'anno successivo, purchè i giudici che la pronunziano siano gli stessi i quali assisterono alla discussione, e appartengano sempre allo stesso tribunale. — *Cass. Firenze*, 5 febbraio 1872. *Mancini—Tiribischi. Annali*, VI, 7. — *Appello Firenze*, 8 agosto 1871. *Mancini—Tiribischi. Annali*, V, 434. — *Appello Perugia*, 14 luglio 1870. *Ferrovia Umbro-Aretina—Suzi-Birindelli. Annali*, IV, 243. — *Appello Bologna*, 30 marzo 1869. *Brunetti—Motto. Annali*, III, 446.

Contra: *Cass. Milano*, 1 marzo 1861. *Carosio—De Ferrari. Coll. Uff.*, p. 141. — *Appello Casale*, 7 dicembre 1867. *Municipio di Casale—Manacorda. Annali*, II, 364. — *Appello Casale*, 17 luglio 1869. *Patrucco—Gaviati. Annali*, III, 406.

3. È nulla la sentenza votata da uno dei giudici che, quale membro della Commissione per il patrocinio gratuito, firmò il decorso d'ammissione a tale beneficio emesso a favore d'una delle parti. — *Cass. Torino*, 28 agosto 1872. *Grossi—Bonvini ll. cc. Giurisprudenza*, IX, 644. — *Cass. Torino*, 11 febbraio 1869. *Stacchini—Fornaroli. Giurisprudenza*, VI, 150.

Contra: *Cass. Firenze*, 8 marzo 1869. *Arditi—Strupeni. Giurisprudenza*, VI, 319.

4. È nulla la sentenza se risulti dal verbale che uno dei giudici che concorsero alle deliberazioni e firmarono la sentenza non à assistito alla discussione della causa. — *Cass. Firenze*, 6 febbraio 1873. *Tomei—Fontana. Gior. dei Trib.*, II, n. 72.

5. La sentenza proferita dal pretore che non à assistito alla discussione della causa è nulla. — *Cass. Firenze*, 16 giugno 1873. *Levi—Trezza. Gior. dei Trib.*, II, n. 174. — *Cass. Firenze*, 30 dicembre 1873. *Melotti—Bevilacqua. Bettini*, XXV, 888.

6. Quando in udienza di rinvio sia riaperto il giudizio, abbia luogo una discussione *ex integro*, nella quale le parti hanno riprodotto le conclusioni già proposte e non discusse in altra udienza, trattandosi non di una discussione prorogata, ma nuova ed intera, non è necessario che vi assistano gli stessi giudici di cui era composto il turno giudicante della udienza antecedente. — *Cass. Firenze*, 13 febbraio 1874. *Papucci—Lumachi. Legge*, XIV, 315.

7. È nulla la sentenza firmata da un giudice che non abbia assistito alla discussione della causa, ma solo alle conclusioni del Pubblico Ministero. — *Cass. Torino*, 20 maggio 1874. *Isidori—Stormi. Gior. dei Trib.*, III, 115.

8. Se alla discussione della causa avanti una Corte d'appello abbiano assistito più di cinque giudici, non possono prender parte alla deliberazione della sentenza se non quei cinque tra essi che sono i più anziani.

V'ha quindi nullità della sentenza se alla deliberazione abbia preso parte un giudice meno anziano con esclusione d'altro giudice più anziano.

Allora soltanto per l'art. 264 del reg. gen. giud. il meno anziano può concorrere alla votazione quando sia stato il relatore della causa alla udienza, nel qual caso egli vota invece dell'ultimo, che altrimenti avrebbe dovuto votare.

Il giudice che dopo la deliberazione della sentenza è scelto dal presidente ad estensore dei motivi, non è il relatore della causa di cui parla il citato art. 264 del regolamento. — *Cass. Firenze*, 5 gennaio 1875. *Conti—Violante. Annali*, IX, 11.

1. La *discussione* della causa è quella nella quale si svolgono dalle parti le loro conclusioni definitive. — Borsari, *Comm.* I, p. 476 - Gargiulo, *Comm.*, 914 - Mattei, *Annotaz.*

Chauveau (in Carré, *quest.* 486) all'appoggio di una giurisprudenza numerosa osserva anzi che siccome la difesa consiste principalmente nella posizione delle rispettive conclusioni dei contendenti, un nuovo giudice potrebbe prender parte nella sentenza, se nell'ultima udienza, alla quale ha assistito, fossero state a lui prelette le conclusioni, ed a più forte ragione se fossero state ricominciate le arringhe, o esposte le ragioni sommariamente, e poi conclude colle seguenti parole: « Il faut sans doute que les juges aient assisté à toutes les plaidoiries ou du moins à toutes les conclusions relatives au point du litige sur lequel ils doivent se prononcer. Mais il ne s'ensuit pas qu'ils aient dû prendre part à tous les jugements intervenus sur la même affaire pendant le cours de l'instance. Les jugements préparatoires, interlocutoires et sur des incidents, ont pu être rendus hors de leur présence, sans que cette circonstance les rende inhabiles à participer au jugement définitif, car ce n'est plus la même question qui pend à juger, c'est un nouveau procès, pour ainsi dire, sur lequel une nouvelle instruction va avoir lieu, où de nouvelles conclusions vont être posées. Il ne manquera donc au nouveau juge aucun des renseignements nécessaires pour remplir son devoir. »

2. A torto l'illustre Borsari (*loc. cit.*) ritiene che non sarebbe soddisfatto all'art. 357, la cui osservanza è imposta a pena di nullità dall'art. 361. n. 1, se il giudice decidente non avesse assistito oltre che all'udienza in cui la causa fu discussa anche a quella in cui fu nominato un relatore a termini del capoverso dell'art. 349 o fu fatto il rinvio, *costituendo esse nell'insieme una discussione sola*. Difatti dispone in modo affatto opposto l'art. 255 del reg. gen. giud., il quale precisamente dichiara che « quando, nel caso menzionato nel capoverso dell'art. 349 C. p. c., la causa sia rimandata ad altra

udienza, non è necessario che a questa intervengano i giudici presenti alla prima udienza ».

3. Non è nulla la sentenza proferita da giudici i quali al momento della deliberazione non facciano più parte di quella sezione dinanzi alla quale fu discussa, per essere la sezione stessa cessata di esistere, sia pel decorso del periodo finale, sia per la ricomposizione annuale della sezione. Ed a questa conclusione, alla quale sono venuti già parecchi tribunali e la corte suprema di Firenze, conducono le seguenti considerazioni che riassumo da uno scritto dell'illustre cons. Paoli, pubblicato negli *Annali*, vol. VI, parte III, p. 98:

Anzitutto non v'ha disposizione nel Codice di procedura civile che sancisca per tale motivo la nullità della sentenza: quanto alla persona del giudice la sola condizione che la legge esige per la validità della sentenza è quella che concorrano alla deliberazione quei giudici che assisteranno alla discussione della causa.

Eppure il legislatore non deve certo ignorare che in ogni anno si formano e confermano le sezioni dei tribunali, e la dichiarazione della nullità dovea apparirgli tanto più necessaria in quanto che la giurisdizione attribuita esclusivamente alle sezioni, sarebbe una novità giuridica contraria alle teorie generali del diritto.

A questo primo argomento si aggiungono le disposizioni sull'ordinamento giudiziario, le quali, considerate nel loro insieme, appoggiano codesta tesi. Difatti dagli articoli 42, 66 e 123 si rileva che il legislatore organando i diversi ordini dei tribunali dello Stato ai medesimi *come enti collettivi ed indistintamente* attribuisce la giurisdizione di conoscere delle cause, le quali sono assegnate alla loro competenza e ciò con locuzione precettiva ed assoluta, senza limite di tempo e senza alcun riguardo alla composizione temporanea e mutabile delle loro sezioni, e continuamente ripetendo, che le rispettive loro attribuzioni sono date ed assegnate *dalla legge*.

D'altra parte poi leggendo gli articoli 44 e 48 si scorge come le sezioni siano state create soltanto per un provvedimento amministrativo, inteso alla necessità ed alla migliore distribuzione del servizio, tant'è vero che l'art. 48 dispone per la surrogazione in caso di impedimento, di un giudice d'una sezione a quello di un'altra o per l'intervento anche del presidente.

E, se ciò non bastasse, si considerino gli effetti che dal contrario sistema deriverebbero; sul finire dell'anno non potrebbero discutersi cause di non facile soluzione; quelle poi che, già discusse, non potessero decidersi prima che spiri l'anno, dovrebbero riassumersi *ex integro*, o, con maggior danno, giudicarsi precipitosamente e senza maturazione.

358. La deliberazione si fa in segreto con l'intervento dei soli votanti.

Il presidente raccoglie i voti.

Il primo a votare è il meno anziano in ordine di nomina, e così continuando sino a chi presiede. Quando la relazione della causa sia fatta da uno dei giudici, il primo a votare è il relatore.

1. Se alla discussione di una causa prenda parte un numero di giudici maggiore di quello stabilito dalla legge si devono escludere i meno anziani.

L'eccezione a questa regola fatta nel caso che fra i meno anziani si trovi il giudice designato a far la relazione della causa, non vale per la designazione dell'estensore dei motivi della sentenza; ed in conseguenza non è il caso di escludere dalla deliberazione uno dei giudici più anziani per far luogo ad uno meno anziano incaricato di estendere la sentenza. — *Cass. Firenze, 5 gennaio 1875. Conti—Violante. Gior. dei Trib., IV, n. 84.*

2. Nelle cause civili i giudici possono mutare e correggere la delibe-

razione già presa a norma dell'art. 358, finchè il loro ufficio non sia completamente esaurito colla sottoscrizione della sentenza a termini dell'articolo 360, n. 9.

Tanto la motivazione quanto la sottoscrizione formano parte integrante della sentenza e richiedono la presenza e il concorso di tutti gli stessi giudici che intervennero alla deliberazione.

Essendo perciò uno dei giudici morto prima di aver potuto insieme agli altri apporre la propria firma, la sentenza rimane imperfetta e deve dichiararsi nulla se venne pubblicata colla sola sottoscrizione degli altri giudici. — *Cass. Firenze, 5 luglio 1875. Massari—Cortesi. Annali, IX, 303.*

1. A complemento di questo e del successivo articolo valgono le seguenti disposizioni del regolamento:

Art. 261. Le dichiarazioni del tribunale si prendono in camera di consiglio o nella sala delle udienze a porte chiuse.

Per i semplici provvedimenti che occorra di dare durante la discussione della causa, basta che i giudici esprimano sotto voce il loro voto al presidente.

Art. 262. Appartiene al presidente di formulare le questioni sulle quali il tribunale deve deliberare.

Ogni giudice può chiedere al presidente di mettere ai voti una determinata questione; se il presidente non aderisce, il tribunale delibera.

Art. 263. Nessun giudice può essere interrotto nel momento in cui esprime il suo voto. Il solo presidente ha diritto di richiamare alla questione da esso posta ai voti il giudice che se ne allontani.

Nessuno dei votanti può manifestare, prima del suo turno, la propria opinione.

Art. 264. Qualora in un tribunale vi sia un numero di giudici maggiore di quello richiesto per giudicare, si astengono i meno anziani. Quando però uno di questi fosse il relatore voterà egli invece dell'ultimo che altrimenti avrebbe dovuto votare.

Art. 265. Terminata la votazione, il presidente stende il dispositivo della sentenza, lo sottoscrive e lo rimette al giudice che, a termini dell'articolo 359 del Codice di procedura civ., è incaricato della compilazione dei motivi.

Nella compilazione dei motivi delle sentenze devono separarsi le questioni di fatto dalle questioni di diritto, si enunciano gli articoli di legge, sui quali la sentenza è fondata, e si fa un cenno conciso dei principii generali del diritto che avranno influito sulla decisione, senza estendersi a confutare tutti gli argomenti addotti in contrario dai patrocinatori delle parti, e senza invocare l'autorità degli scrittori legali.

Art. 266. I motivi della sentenza sono dal giudice incaricato stesi di seguito al dispositivo e indi presentati al presidente, il quale dopo averne data lettura al tribunale e avervi scritto a margine l'oggetto del giudizio per opportuna guida nella formazione delle statistiche annuali prescritte nel capo IV, tit. I, del presente regolamento, li sottoscrive unitamente al compilatore, e li consegna al cancelliere.

Il cancelliere scrive immediatamente l'originale della sentenza, e lo presenta al presidente, il quale, verificatane la perfetta concordanza colla minuta, lo fa sottoscrivere da tutti i votanti.

Quello tra essi che avrà compilato i motivi della sentenza aggiungerà alla propria sottoscrizione la parola *estensore*.

359. Le sentenze si formano a maggioranza assoluta di voti.

Quando non si ottenga la maggioranza assoluta per la diversità delle opinioni, due di queste, qualunque siano, sono messe ai voti per escluderne una. La non esclusa è messa di nuovo ai

voti con una delle opinioni restanti, per decidere quale debba essere eliminata; e così di seguito finchè le opinioni siano ridotte a due, sulle quali i giudici votano definitivamente.

Chiusa la votazione, il presidente designa tra i membri della maggioranza chi debba compilare la sentenza.

360. La sentenza deve contenere:

1. Il nome e cognome delle parti;
2. L'indicazione del loro domicilio, o della loro residenza o dimora;
3. Il nome e cognome dei procuratori;
4. Il tenore delle conclusioni delle parti, esclusi il fatto e i motivi;
5. L'enunciazione che il ministero pubblico sia stato sentito, quando ciò ebbe luogo;
6. I motivi in fatto e in diritto;
7. Il dispositivo;
8. L'indicazione del giorno, mese, anno e luogo in cui è pronunciata;
9. La sottoscrizione di tutti i giudici che la hanno pronunciata, e del cancelliere.

Art. 53, 361, 436, 473,
540 c. p. c.

1. La contraddizione nei motivi della sentenza equivale alla mancanza di motivi.

La formula « reietta ogni contraria istanza o eccezione » combinata colla non ammissione di alcuni capitoli di prova importa vera rejezione dei capitoli stessi. — *Cass. Torino*, 12 maggio 1865, *Rigoli—Borri. Mon. Trib.*, VII, 581.

2. La sentenza è valida quando contiene motivi sufficienti per giustificare il suo dispositivo; nè è necessario che in essa si trovi la confutazione di tutti gli argomenti addotti dai difensori delle parti. — *Cass. Torino*, 2 maggio 1866, *Berardi—Solero. Annali*, I, 51. — *Cass. Torino*, 9 gennaio 1869, *Demario—Donnet. Annali*, III, 49.

3. La sentenza dei giudici d'appello è inattaccabile quanto ai motivi, se contiene sufficienti ragioni del suo dispositivo, nè si richiede che in essa si trovi anche la confutazione dei motivi della prima sentenza e la replica a tutti gli argomenti della difesa dell'appellato. — *Cass. Torino*, 9 maggio 1866, *Antona-Traversi—Doglia. Annali*, I, 54.

4. Il giudice non viola il precetto della motivazione della sentenza perciò solo che rigettando tutte le eccezioni e istanze in contrario rigetta un interrogatorio senza darne apposita e specifica ragione, quando i motivi del suo giudizio definitivo presentano la prova implicita e necessaria dell' inutilità dell'interrogatorio medesimo. — *Cass. Torino*, 18 maggio 1866, *Levi—Edwin. Mon. Trib.*, VII, 592.

5. La formula « reietta ogni contraria istanza o eccezione » implica rigetto della domanda d'arresto ed implica in genere bastante pronunzia. — *Cass. Torino*, 26 giugno 1866, *Angelino—Barberis. Mon. Trib.*, VII, 731. — *Cass. Firenze*, 31 gennaio 1867, *Sbolci—Carlini. Annali*, I, 123.

6. Il giudice non è obbligato a dar motivi speciali del rigetto di quelle eccezioni che costituiscono un sistema secondario quando abbia dato ragione dello accoglimento del sistema principale. — *Cass. Torino*, 20 luglio 1866, *Giacobino—Oppelt. Mon. Trib.*, VII, 753.

7. Se non è necessario che i giudici nella parte motiva scendano a confutare tutte le argomentazioni delle parti è però necessario che rispondano a tutte le eccezioni da esse dedotte. — *Cass. Torino, 31 luglio 1866. Ballarini-Torazzi. Annali, I, 137.*

8. La sentenza che rigetta tutte le maggiori istanze delle parti e che non dà ragione alcuna di quel rigetto, in ordine ad una di esse istanze, sebbene fosse stata formalmente proposta, viola il n. 6 di quest'articolo. — *Cass. Torino, 6 settembre 1866. Geisser-Monnet-Pampuri. Mon. Trib., VIII, 38.*

9. Se in una sentenza fu erroneamente riferito il tenore di conclusioni diverse da quelle prese dalle parti, la stessa autorità giudiziaria che sentenziava può ordinarne la correzione coll'aggiunta delle vere conclusioni quando dal motivo e dal dispositivo risulti che a queste soltanto si è provveduto. — *Appello Perugia, 6 settembre 1866. Sacuto-Spagnoli II. cc. Annali, I, 164.*

10. I giudici non sono tenuti a dare i motivi delle loro decisioni se non intorno a ciò che le parti hanno domandato nelle loro comparse conclusionali. — *Cass. Torino, 2 maggio 1867. Colli-Colli-Vignarelli. Annali, I, 219. — Cass. Firenze, 23 gennaio 1867. Saccaris-Tillet. Ib. in nota.*

11. La sentenza che esprime il nome del tribunale esplicitamente esprime anche il luogo in cui fu proferita. — *Cass. Firenze, 11 novembre 1867. Nannipieri-Bertini. Legge, VIII, 17. — Cass. Firenze, 31 gennaio 1870. Vendetta-Crociani. Legge, X, 317. — Cass. Napoli, 18 agosto 1870. Sabucchi-Egizii. Legge, X, 953.*

12. I giudici non sono tenuti a dare i motivi sulla condanna nelle spese a meno che le parti non ne abbiano fatto una questione speciale. — *Cass. Torino, 27 novembre 1867. Rossi-Sant'Agata. Annali, II, 158.*

13. L'obbligo della motivazione in fatto e in diritto non è vincolato a modalità, e nulla osta a che la motivazione in fatto sia frammista a quella in diritto.

La separazione delle questioni di fatto da quelle di diritto ingiunta dall'art. 265 reg. gen. giud., è una semplice norma direttiva, non un precepto imprescindibile. — *Cass. Torino, 13 settembre 1870. Currié e Mylius-Ricordi. Giurisprudenza, VII, 639.*

14. Non può dirsi mancante di motivazione la sentenza nella parte che riflette le spese del giudizio se i motivi per tale provvedimento emergono da quelli sulle questioni di merito. — *Cass. Napoli, 15 novembre 1870. Casa Reale-Com. Cajazzo. Gazz. dei Trib. Napoli, 31 gennaio 1870.*

15. La sentenza deve essere motivata anche in fatto. È però sufficientemente motivata quando ve ne sia esposto tanto quanto basta per risolvere la questione di diritto. — *Cass. Napoli, 13 dicembre 1870. Demanio-Giaquinto. Annali, V, 64.*

16. La sentenza una volta pubblicata diventa intangibile e deve rimanere nello stato in cui si trova senza che sia lecito a chicchessia di farvi aggiunte o cancellazioni. Laonde, mancandovi la sottoscrizione di un giudice concorso a pronunciarla, la mancanza non può essere supplita posteriormente, nemmeno con nuova pubblicazione. — *Cass. Torino, 19 gennaio 1871. Lago Maggiore-Raffo ne' Lago Maggiore. Annali, V, 94. — Cass. Torino, 9 ottobre 1872. Oddone-Buratore. Mon. Trib., XIII, 1079.*

17. Quando il principio di diritto sancito dalla sentenza è giusto e fondato, il giudice non è tenuto a designare espressamente la legge o l'articolo di legge su cui si appoggia per giustificare il principio stesso.

Questa regola tanto più deve applicarsi quando si tratta di quei principii generali che fanno parte necessaria d'ogni civile legislazione.

Cass. Firenze, 29 gennaio 1872. *Livi* *ll. cc.*—*Prefetto di Arezzo. Legge*, XII, 1060.

18. Il giudice d'appello che conferma pienamente la sentenza di primo grado non è tenuto a ripeterne il dispositivo. — *Cass. Torino*, 6 marzo 1872. *D'Achille—Leonardi. Mon. Trib.*, XIII, 321.

19. Manca la motivazione quando dalla parte razionale della sentenza non si può ricavare la ragione vera e fondamentale del dispositivo. — *Cass. Torino*, 2 maggio 1872. *Catella—Airaghi. Mon. Trib.*, XIII, 489.

20. I motivi sui quali si fonda il dispositivo di una sentenza devono essere espressi, nè si può al loro difetto supplire con vaghe induzioni ed argomentazioni. — *Cass. Torino*, 29 luglio 1872. *Mussi—Massazza. Mon. Trib.*, XIII, 1110.

21. Quando i motivi di una sentenza ne giustificano bastantemente la pronuncia, ed assorbono le contrarie eccezioni e pretese, non si può rimproverare ad essa vizio o difetto di motivazione, perchè non discusse ogni singolo argomento dedotto dal soccombente. — *Cass. Firenze*, 30 dicembre 1872. *Pecci—Galantini. Gior. dei Trib.*, II, n. 21.

22. L'obbligo della pronuncia prescritto dal n. 7 di questo articolo non riguarda gli emergenti del giudizio che attengono all'istruttoria delle prove, ma unicamente le domande proposte in giudizio. — *Cass. Firenze*, 8 maggio 1873. *Tamburini—Caselli. Annali*, VII, 270.

23. Quando nella sentenza c'è l'indicazione del paese sede del tribunale, s'intende adempiuto il voto della legge che vuole l'indicazione del luogo.

Nella sentenza votata e sottoscritta con l'intervento di un giudice supplente non si deve indicare la ragione d'impedimento del giudice ordinario. — *Cass. Napoli*, 10 giugno 1873. *Vairo—Tarolario. Gior. dei Trib.*, II, n. 200.

24. I magistrati non sono tenuti a rispondere a tutto ciò che le parti deducono in difesa del loro assunto, quando non abbia giuridica attinenza colla questione sottoposta al loro esame. — *Cass. Firenze*, 16 febbraio 1874. *Grandi—Leonardi. Legge*, XV, 363.

25. Non già in questo o in quel motivo che può precedere il dispositivo, massime finchè si tratta di ordinare un semplice mezzo di istruzione, hassi a riconoscere il tenore o la portata del pronunciato, ma nel contenuto del dispositivo medesimo. — *Cass. Torino*, 28 gennaio 1875. *Sibilli—Sibilli. Mon. Trib.*, XVI, 413.

361. La sentenza è nulla:

1. Se siasi violato l'articolo 357;

2. Se siasi omissa alcuno dei requisiti indicati nei numeri 4, 6, 7, 8 e 9 dell'articolo 360, salvo quanto è stabilito nell'articolo 473. I motivi si reputano omessi quando la sentenza siasi puramente riferita a quelli di un'altra sentenza;

3. Se non siasi sentito il ministero pubblico nei casi previsti dalla legge. Questa nullità può opporsi da qualunque delle parti se le conclusioni erano prescritte per ragione di materia, e negli altri casi solo dalla parte nel cui interesse erano prescritte.

1. Quando la parte soccombente abbia fatto valere più sistemi di difesa, l'uno dall'altro distinti, il giudice deve occuparsi di ciascuno di essi nella sua motivazione quand'anche questi sistemi non siano stati dedotti

Art. 346, 357, 360, 364
473 c. p. c.

in apposita e specifica conclusione. — *Cass. Milano*, 29 luglio 1861. *Huber—Giansano. Legge*, I, 390. — *Cass. Torino*, 26 giugno 1873. *Sciallero—Marcello. Legge*, XIII, 892.

2. È nulla sia per difetto di motivazione che per difetto di pronuncia la sentenza d'appello che abbia confermata quella dei primi giudici, adottandone senz'altro i motivi, mentre l'appellante nell'atto di appello e nelle sue conclusioni avea mostrato a piena evidenza che i primi giudici posero a base del loro giudizio erronee considerazioni e incorsero in un errore di fatto. — *Cass. Milano*, 5 febbraio 1862. *Vellati II. cc.—Monastero di Brignasco. Legge*, III, 315.

3. Il difetto di motivazione vizia il solo capo della sentenza a cui è relativo e quelli che ne sono dipendenti, ma non autorizza ad annullare gli altri capi da esso indipendenti contro i quali non si ricorre. — *Cass. Milano*, 11 dicembre 1862. *Tornaforti—Farina. Legge*, III, 41.

4. La massima che per un motivo erroneo non si abbia ad annullare una sentenza sorretta da altri motivi legali, non è applicabile quando il motivo erroneo domini tutta la sentenza ed abbia potuto influire sulla soluzione delle altre questioni che ne erano la conseguenza. — *Cass. Milano*, 4 gennaio 1865. *Previdi—Giacomini. Legge*, V, 93.

5. La sentenza che basandosi sopra una tesi fa inoltre una ipotesi, malgrado cui intenderebbe reggersi, non è viziata di nullità, quand'anche nell'ipotesi violasse una legge, quando non la si violi colla tesi. — *Cass. Firenze*, 23 luglio 1866. *Faddeini—Novelli. Legge*, VI, 1133.

6. Allorchè il giudice non confutando dati argomenti disse in genere ch'essi non erano abbastanza seri e gravi per meritare confutazione, non può tacciarsi la sentenza di difetto di motivazione senza dimostrare che quegli argomenti erano anzi seri e gravi e che non potevasi emettere formale giudizio senza confutarli. — *Cass. Torino*, 25 agosto 1866. *Ass. di Venezia—Demantero. Legge*, VI, 919.

7. Vi è vizio di omessa motivazione quando i motivi siano così oscuri, perplessi e contraddittorii che non riesca possibile di intendere il concetto ed il ragionamento del giudizio. — *Cass. Torino*, 20 novembre 1866. *Cotta—Cotta. Bettini, XVIII*, 917. — *Cass. Torino*, 20 maggio 1869. *Gubello—Ricci. Legge*, IX, 840. — *Cass. Torino*, 10 gennaio 1872. *Susanna—Jona. Mon. Trib. XIII*, n. 4.

8. Le sentenze proferite nelle cause nelle quali è necessario l'intervento del Pubblico Ministero, non sono nulle se omettono di farne menzione; ma l'omissione della menzione fa presumere che l'intervento non abbia avuto luogo e rifonde sulla parte non privilegiata l'onere della prova contraria. — *Cass. Firenze*, 31 gennaio 1867. *Vannucci-Adimari—Martini, Frittelli. Annali*, I, 173. — *Cass. Torino*, 13 febbraio 1869. *Beccaria—Collegio Borromeo. Mon. Trib.*, X, 300. — *Cass. Napoli*, 15 aprile 1871. *Municipio di Mormanno—Rossi. Annali*, VI, 167.

9. Non è a confondersi la mancanza di motivazione, cagion di cassazione, coll'errore di fatto, motivo di revocazione; dacchè la prima avviene quando il giudice non si occupa di ciò di cui doveva occuparsi, la seconda invece quando occupandosene cada nell'errore dalla legge contemplato. — *Cass. Firenze*, 11 febbraio 1867. *Mey—Arrigoni e C. Legge*, VII, 266.

10. La nullità comminata dal n. 2 di quest'articolo allora solo ha luogo quando i giudici d'appello si riferiscono puramente e semplicemente ai motivi dei primi giudici non quando semplicemente li enumerano e ripetono nella loro sentenza. — *Cass. Torino*, 5 aprile 1867. *Casalis—Strumia. Annali*, I, 249. — *Cass. Torino*, 9 settembre 1869. *Crosetti—Oliengo. Mon. Trib.*, X, 943.

11. Non è nulla una sentenza per avere omissso di riferire le conclusioni di una parte, se questa non presentò la comparsa conclusionale, e se nel dispositivo abbia provveduto alle domande della medesima proposte negli atti della causa.

Quando dalla sentenza risulta che il Pubblico Ministero era presente all'udienza in cui si discusse una causa, nella quale è dalla legge richiesto il suo intervento, si presume fino a prova contraria che il medesimo abbia emesso le sue conclusioni.

Non è nulla una sentenza emanata in causa in cui sia interessato un minore perchè non siasi sentito il Pubblico Ministero, se chi agiva nell'interesse del minore non fece constare della sua qualità di rappresentante del medesimo. — *Appello Torino*, 29 aprile 1867. *Gazzero ll. cc.*—*Sardo. Bettini*, XIX, 216.

12. La sentenza non acquista valore legale se non dal momento in cui fu firmata dai giudici e dal cancelliere; quindi se sia morto uno dei giudici prima di firmarla, non v'ha sentenza e la causa deve essere nuovamente discussa. — *Appello Catanzaro*, 15 maggio 1867. *Scalise-Colosimo. Annali*, II, 35.

Contra: *Cass. Napoli*, 11 dicembre 1866. *Jair-Finelli. Annali*, I, 311. — *Appello Trani*, 10 dicembre 1867. *Guerrieri-Valrani. Annali*, II, 37.

13. Quando nella sentenza sia stato omissso di riferire alcuna delle conclusioni delle parti, ma risulti dai motivi che vi si è provveduto colla parte dispositiva, non si fa luogo a ricorso in cassazione ma al provvedimento dell'art. 473. — *Cass. Firenze*, 16 maggio 1867. *Filidei-Biaggiotti. Annali*, I, 198.

14. La sentenza che fonda la prova sopra un documento senza occuparsi delle eccezioni addottesi contro la forza probante dello stesso incorre in nullità per difetto di motivazione. — *Cass. Torino*, 13 giugno 1867. *Camero-Goggia. Legge*, VII, 842.

15. Il giudice non è obbligato a confutare tutti gli argomenti del soccombente; a nulla rileva che alcuno dei suoi motivi possa dirsi meno esatto od errato; gli errori di un motivo non viziano la legalità dei motivi giusti e giuridici. — *Cass. Torino*, 10 luglio 1867. *Puccio ll. cc.*—*Doneri ll. cc. Mon. Trib.*, VIII, 807.

16. Un motivo per quanto laconico basta ad escludere il vizio di omisssa motivazione. — *Cass. Napoli*, 5 novembre 1867. *Cosentino-Rossi. Annali*, II, 247. — *Cass. Torino*, 25 marzo 1868. *Lambertenghi-De Capitani. Annali*, II, 254. — Giurisprudenza costante della Cassazione di Firenze.

17. L'indicazione del luogo in cui fu pronunciata la sentenza può risultare da equipollenti. — *Cass. Firenze*, 11 novembre 1867. *Nannipieri-Bertini ll. cc. Annali*, I, 367.

18. La sentenza avente motivi suoi propri non è nulla se contiene anche l'adozione dei motivi dei primi giudici. (1) La mancanza dei motivi in fatto non rende nulla la sentenza, quando il giudice sia chiamato a decidere una questione di puro diritto. — *Cass. Torino*, 11 dicembre 1867. *Molinari-Molinari. Annali*, I, 404. — *Cass. Firenze*, 3 luglio 1873. *Colombo-Angioli. Legge*, XIII, 985.

(1) *Cass. Torino*, 7 gennaio 1869. *Demanio-Donnet. Annali*, III, 50. — *Cass. Napoli*, 2 marzo 1869. *D'Elia-Dal Balzo. Annali*, III, 205.

19. Se è prescritto a pena di nullità di sentire in talune cause il Pubblico Ministero, non è però prescritto che debba esprimersi in qual modo abbia esso concluso. — *Cass. Napoli*, 28 gennaio 1868. *Clero di Brienza-Perrelli. Bettini*, XX, 82.

20. È nulla la sentenza che non contenga oltre la sottoscrizione di tutti i giudici anche quella del cancelliere.

Essendo la pubblicazione delle sentenze una formalità estrinseca alla compilazione delle medesime, quantunque indispensabile, non basta a sanare il difetto la firma del cancelliere dopo il certificato di pubblicazione (1).

Il cancelliere pella cui negligenza fu dichiarata nulla una sentenza, soggiace ad una pena pecuniaria ed al risarcimento dei danni. — *Cass. Firenze, 18 maggio 1868. Venzi—Baldi. Annali, II, 122.*

(1) *Appello Torino, 8 aprile 1870. Città di Cherasco—Musso. Giurisprudenza, 1870, n. 28.*

21. Le eccezioni principali a cui si appoggiano le conclusioni specifiche non anno mestieri d'essere alla lor volta formulate in altrettanti capi di conclusione; esse si fondano in un sol tutto con queste, epperò è nullo il giudicato che respingendo le conclusioni non rende ragione della reiezione implicita delle eccezioni che loro servono di fondamento. — *Cass. Torino, 7 luglio 1868. Società Corse Torino—Piano. Mon. Trib., IX, 723.*

22. È condizione essenziale pella validità delle sentenze emanate in sede civile nei giudizi collegiali che portino la sottoscrizione di tutti coloro che intervennero alla discussione e votazione, o almeno ne contengano un adeguato equipollente. — *Appello Brescia, 26 agosto 1868. Piazzalunga—Pedroni. Mon. Trib., X, 37.*

23. Il tribunale d'appello che si riferisca ai motivi dei primi giudici non commette nullità, se apparisca dalla sua sentenza che li abbia dapprima ponderati. — *Cass. Firenze, 17 dicembre 1868. Grant-More—Bini. U. cc. Legge, IX, 75.*

24. Trattandosi di prova testimoniale la cui ammissione dipende dal criterio del giudice in seguito di un giusto apprezzamento delle circostanze della causa, è motivo sufficiente il dichiarare che i capitoli esibiti sono influenti, riassumendosi in questa espressione la convinzione che il giudice deduce da tutto l'esame del processo. Siffatta maniera di motivazione sarebbe imperfetta e censurabile allora soltanto che si fosse elevata controversia o sulla ammissibilità della prova in genere o sul tenore dei capitoli, e tale controversia si fosse portata a specifica conclusione per richiamarvi in modo particolare l'attenzione del giudice e provocarne decisione egualmente specifica. — *Cass. Torino, 29 dicembre 1868. Cardani—Sacchi. Mon. Trib., X, 113.*

25. Vi è nullità della sentenza per titolo di riferimento puro di essa ai motivi d'altra sentenza, anche quando i secondi giudici, non potendo esaminare ed apprezzare i documenti che non sono loro presentati, accolgono come giusto e come proprio l'esame fattone dal primo giudice e non aggiungono parola a dimostrazione di quel giudizio. — *Cass. Torino, 14 gennaio 1869. Arduino—Mascarello. U. cc. Mon. Trib., X, 76.*

26. Un certificato di cancelleria attestante che i giudicanti erano i tali, mentre la sentenza vedesi firmata da giudici diversi, non può servire di prova e fondamento di ricorso in cassazione, quando non siano prodotti i verbali d'udienza e questi vi corrispondano. — *Cass. Firenze, 21 gennaio 1869. Bondi—Coen. Legge, IX, 186.*

27. Il collegio pronunzia il dispositivo sopra legali considerazioni. La motivazione è opera del giudice relatore, epperò si desume dal dispositivo; l'errore di un solo non può distruggere l'opera del collegio. — *Appello delle Calabrie, 15 febbraio 1869. Roger—De Piro. Legge, IX, 424.*

28. Basta l'indicazione del luogo di residenza del tribunale, perchè la sentenza contenga la menzione del luogo in cui fu pronunciata. — *Appello*

Lucca, 6 marzo 1869. — Cass. Firenze, 31 gennaio 1870. *Vendetta—Crociati. Legge*, 1869, n. 28.

29. La disposizione di questo articolo n. 2, in virtù della quale vi è omissione di motivi, e quindi nullità, quando una sentenza si riferisce ai motivi di un'altra sentenza, procede anco nel caso in cui si tratta di sentenza proferita dallo stesso tribunale, esempigrazia, nel caso in cui un tribunale confermasse in contraddittorio delle parti la sua precedente sentenza pronunciata in contumacia. — Cass. Palermo, 16 marzo 1869. *Cancellieri ll. cc.—Licata ll. cc. Annali*, IV, 90.

30. Non obbedisce al precetto della motivazione la sentenza che nel rigettare delle prove proposte si limiti ad osservare che sono irrilevanti. — Cass. Torino, 30 giugno 1869. *Impresa Franchetti—Finanze. Mon. Trib.*, X, 688.

31. Non è nulla la sentenza che ommette di riferire le conclusioni delle parti o riferisce conclusioni abbandonate a vece di quelle finali, se ciò dipende da materiale errore, e la sentenza stessa ha pronunciato sulle conclusioni definitive.

Tale errore deve correggersi nei modi indicati dall'art. 473, non per mezzo d'appello. — Appello Casale, 26 luglio 1869. *Debenedetti—Magni. Bettini. XXI*, 504. — Appello Brescia, 3 giugno 1872. *Maffei—Zoppola. Mon. Giud.*, I, 567.

32. Se di due copie autentiche di una sentenza una sola manchi della firma d'un giudice, non si fa luogo alla domanda di nullità dovendosi nel conflitto dei due documenti preferire quello conforme alla legge. — Cass. Firenze, 8 novembre 1869. *Matteucci—Paccinetti. Legge*, XI, 1096.

33. È sufficientemente motivata l'esecutorietà provvisoria di una sentenza colla citazione dell'art. 363 C. p. c. — Appello Torino, 22 novembre 1869. *Legge*, X, 404.

34. Pronuncia nullamente il tribunale d'appello il quale, anco per un solo capo di questione, purchè indipendente, si rimette interamente ai motivi della sentenza di prima istanza. — Cass. Napoli, 23 novembre 1869. *Cito—Cito. Annali*, III, 259.

35. È viziata di nullità la sentenza d'appello che adottando i motivi della prima sentenza dichiara di credere inutile aggiungerne altri per non ripetere quanto i primi giudici hanno già detto. — Cass. Torino, 1 dicembre 1869. *Ditta Rosa—Ogliengo. Legge*, IX, 971. — Cass. Palermo, 20 marzo 1869. *Sorrenti—Cacopardo. Legge*, X, 917.

36. Pecca nella motivazione quella sentenza che lascia incerto per quali ragioni abbia deciso una questione tuttochè di fatto. — Cass. Firenze, 30 dicembre 1869. *Maggiorelli—Lindblan. Legge*, X, 122.

37. Non importa nullità della sentenza il fatto che la firma del cancelliere non vi si trovi immediatamente dopo quella dei giudici ma sibbene in seguito alla menzione della pubblicazione della sentenza stessa. — Cass. Napoli, 8 febbraio 1870. *Galozzi—Mazzola. Gazz. del Proc.*, 13 aprile 1870.

38. È nulla quella sentenza d'appello che dichiara soltanto sussistere in fatto e in diritto i motivi del primo giudice che come giusti e legali si adottano. — Cass. Torino, 10 marzo 1870. *Calvi—Marras. e Cass. Torino*, 19 gennaio 1872. *Ferrovia Alta Italia—Degiovannini ll. cc. Annali*, VI, 121. — Cass. Napoli, 16 febbraio 1872. *De Matteis—Pellella. Annali*, VI, 100.

39. Se dal verbale d'udienza risulta che venne sentito il Pubblico Ministero, sebbene ciò non sia enunciato nel testo della sentenza, questa non può impugnarsi di nullità all'appoggio dell'articolo presente. — Cass.

Firenze, 14 marzo 1870. Pozzesi—Zalli. Bettini, XXII, 280. — Cass. Firenze, 30 luglio 1874. Fabiani—Michelagnoli. Legge, XIV, 893. — Appello Casale, 22 giugno 1867. Noveriani—Montemerlo. Bettini, XIX, 342.

40. La mancanza nella copia autentica d'una sentenza della firma di uno dei giudici che hanno concorso a pronunciarla, non può dar luogo a censura quando l'originale contenga le firme di tutti i giudici. — *Cass. Firenze, 21 marzo 1870. Nanni—Martini. Legge, X, 471.*

41. È nulla la sentenza che manca della firma del cancelliere. Non basta la firma apposta dal cancelliere alla relazione di pubblicazione della sentenza.

Quando l'irregolarità risulta da copia autentica si presume esista nell'originale.

Toccherebbe all'avversario di distruggere la presunzione con certificato della cancelleria. — *Appello Torino, 8 aprile 1870. Città di Cherasco—Museo. Giurisprudenza, VII, 434.*

42. La legge non commina la nullità delle sentenze per ciò solo che non siano state sottoscritte nel giorno stesso della loro pubblicazione. — *Cass. Napoli, 3 maggio 1870. Apa—Loforte. Gazz. del Proc., IV, n. 13.*

43. Le sentenze non impugnabili o non impugnate tuttochè prive, a cagion d'esempio, della firma di un giudice, conservano la loro efficacia e passano in giudicato come se tutte le formalità fossero state adempite.

Ma la nullità di cui sono colpite le sentenze dei Tribunali e delle Corti di appello quando manchino di una delle condizioni stabilite dalla legge, e sieno regolarmente impugnate, non è e non può essere comminata per quelle della Corte di cassazione.

Nessuna autorità sedendo superiore alla Corte di cassazione, la legge non accorda alcun mezzo di impugnazione contro le sentenze di essa, neppure quello della opposizione o della revocazione.

La mancanza in una sentenza della Corte di cassazione della firma di uno dei giudici che l'hanno pronunciata non toglie la sua forza giuridica alla sentenza stessa. — *Cass. Torino, 17 maggio 1870. Pedroni U. cc.—Piazzalunga. Legge, X, 669.*

44. Non è nulla la sentenza nella quale sia stata ommessa la dichiarazione di essere stata pubblicata in udienza. — *Cass. Napoli, 9 giugno 1870. Macri—Siciliano. Gazz. del Proc., IV, 21.*

45. La dichiarazione della sentenza che i fatti capitolti da una delle parti, oltre ad essere concludenti e idonei a chiarire l'animo dei giudici « presentavano ancora un certo aspetto di novità » tuttochè concisa contiene una dichiarazione sufficiente a soddisfare alla prescrizione di legge di motivare il giudicato. — *Cass. Firenze, 14 novembre 1870. Cacace—Pellegrini. Legge, X, 1093.*

46. La motivazione per modo indiretto ed implicito di una sentenza, o che rispondendo alle conclusioni specifiche non si occupi tuttavia degli argomenti difensionali delle parti, non è ragione di nullità. — *Cass. Firenze, 24 novembre 1870. Jensen—Nicolai. Legge, XI, 25.*

47. È nulla per difetto di motivazione la sentenza che rigetta una istanza senza farne oggetto di motivazione, sebbene il dispositivo sia preceduto dalla generica clausola « reietta ogni istanza ed eccezione contraria ». — *Cass. Torino, 17 dicembre 1870. Rubin, Silmo—Fogliano. Giurisprudenza, VIII, 72.*

48. Non pecca nel motivo la sentenza che non risponde ad argomenti intesi a dar colore di moralità alla causa. — *Cass. Firenze, 30 dicembre 1870. Marucchi-Civi—Selvatici. Legge, XI, 158.*

49. Se la causa sia di tal natura da richiedere l'intervento del Pub-

blico Ministero e d'altronde non rimanga accertato nè dalla sentenza, nè dal foglio d'udienza che esso dette le sue conclusioni, la sentenza è nulla. — *Cass. Torino, 14 gennaio 1871. Costa—Caffarelli. Annali, V, 16.*

50. È nulla la sentenza nella quale manchi la firma di uno dei giudici concorsi a pronunciarla. — *Cass. Napoli, 24 gennaio 1871. De Pascale—De Pascale. Gazz. dei Trib., 22 febbraio 1871.*

51. La semplice clausola « reietta ogni contraria istanza o eccezione » adoperata per rigettare un'eccezione, senza alcun motivo che la spieghi nella parte razionale, non basta a salvare la sentenza dal vizio di omessa pronuncia. — *Cass. Torino, 25 maggio 1871. Rossi—Balangero. Legge, XI, 541. — Cass. Torino, 17 novembre 1871. Brolla—Calcina. Legge, XII, 29.*

52. Non è nulla la sentenza per mancanza d'indicazione di giorno e di luogo, quando in principio della stessa vi sia l'indicazione del magistrato che l'ha resa, ed in fine quella della lettura e della pubblicazione in una data udienza. — *Cass. Napoli, 22 luglio 1871. Lango—Prenessini. Mon. Giud., I, 78.*

53. Manca all'obbligo della motivazione la sentenza che risolve la quistione colla quistione, o non dà ragione del rigetto di un essenziale specifico mezzo di difesa. — *Cass. Torino, 11 settembre 1871. Falconi—Descalzi e Stretti. Legge, XII, 30.*

54. Non è nulla la sentenza per la omissione od errore in capo di essa del nome e cognome delle parti, ma tale difetto è emendabile a termini dell'art. 473.

Lo stesso dicasi per l'omissione delle vere conclusioni delle parti, quando però sieno svolte nei motivi della sentenza, e facciano oggetto del suo dispositivo. — *Appello Genova, 10 ottobre 1871. Mon. Giud., I, 73.*

55. Non è nulla la sentenza per ciò solo che non faccia fede dell'audizione del Ministero Pubblico. — *Cass. Torino, 13 marzo 1872. Garda e Sulgo—Gaspard. Gior. delle Leggi, III, 165.*

56. La data della sentenza richiesta a pena di nullità è quella della sua pubblicazione e non già quella della deliberazione del conchiuso, nè quella della sottoscrizione dei giudici e del cancelliere.

In ogni caso si presume che il giorno della pronunciazione e sottoscrizione sia pur quello della pubblicazione. — *Appello Milano, 23 marzo 1872. Pasta—Rocchi. Mon. Trib., XIII, 366.*

57. L'insussistenza evidente della eccezione proposta non basta a sanare il vizio di omessa motivazione se la sentenza abbia taciuto sull'eccezione medesima. — *Cass. Firenze, 17 giugno 1872. Agonigi—Giurlani. Legge, XII, 985.*

58. Il precetto della legge che la sentenza debba contenere i motivi in fatto e in diritto non importa già che i giudici siano tenuti a premettere una storia dei fatti da cui fu originata la lite, ma che ciascuna delle questioni che devono essere decise abbia i motivi in fatto e in diritto nella decisione. — *Cass. Firenze, 9 luglio 1872. Oratorio di S. Firenze—Finanza, Legge, XIII, 865. — Cass. Napoli, 4 dicembre 1873. Urga—Isastia. Legge, XIV, 252. — Cass. Torino 20 luglio 1870. Fedeli—Fondo pel Culto. Legge, X, 1095.*

59. Non soddisfa all'obbligo della motivazione il giudice che adduce a conforto della sua sentenza delle considerazioni che sono bensì esatte in fatto ed in diritto, ma conducono logicamente e necessariamente ad una decisione diametralmente contraria. In tal caso anziché mera insufficienza od erroneità, avvi assoluta mancanza di motivi. — *Cass. Torino, 29 luglio 1872. Impresa Ferrovie Romane—Albertini ll. cc. Mon. Trib., XIII, 984.*

60. Non è motivo di nullità l'essersi ommesso di riferire nella intestazione

della sentenza alcuna conclusione presa dalle parti, quando dalla stessa sentenza risulti che il magistrato se ne occupò nei motivi e nel dispositivo. — *Cass. Torino*, 14 settembre 1872. *Auxilia—Schmidt. Legge*, XIII, 981. — *Cass. Torino*, 21 luglio 1869. *De Rosa e Frascara—Società Meridionali. Annali*, III, 109.

61. La nullità per omesse conclusioni del Pubblico Ministero nelle questioni di competenza assoluta è deducibile da ambo le parti. — *Cass. Firenze*, 25 novembre 1872. *Tellini—Montelatichi. Gior. delle Leggi*, IV, 101.

62. Sebbene con due sentenze abbia a decidersi una questione identica, pure ciascuna sentenza deve contenere una motivazione sua propria, nè è permesso ai giudici per l'una di riferirsi intieramente ai motivi dell'altra senza neppure accennarli. — *Cass. Napoli*, 4 marzo 1874. *Labocchetta—Falcone. Annali*, VII, 254.

63. Adempie l'obbligo della motivazione la sentenza che adotta e fa propri i motivi della relazione dei periti. — *Cass. Firenze*, 24 marzo 1873. *Tinti—Congregazione di S. Gio. Batt. di Firenze. Legge*, XIII, 626.

64. Non è viziata per mancanza di motivazione la sentenza nella cui copia notificata sia, per colpa dell'amanuense, avvenuto qualche errore, quando il senso della sentenza medesima scaturisce manifesto dalle frasi di essa e dalle considerazioni complessive. — *Cass. Firenze*, 3 aprile 1873. *Bollo—S. Wonder. Legge*, XIII, 459.

65. La sentenza è viziata di omessa motivazione non quando questa sia insufficiente, ma quando manchi affatto. — *Cass. Firenze*, 5 maggio 1873. *Quilici—Raffaelli. Bettini*, XXV, 329.

66. È nulla per mancata motivazione la sentenza che, pronunciando su due domande diverse e distinte, dedotte con conclusioni speciali, le risolve con un'unica decisione, confondendo l'una coll'altra, senza addurre le ragioni su cui si fonda la decisione medesima. — *Cass. Firenze*, 5 giugno 1873. *Masini—Conti. Legge*, XIV, 27.

67. L'esservi qualche vizio nella motivazione della sentenza non ne importa nullità, quando il dispositivo sia conforme alla legge, e possa combinare coll'insieme della parte razionale della sentenza medesima. — *Cass. Firenze*, 3 luglio 1873. *Palamidessi—Ulivieri. Legge*, XIII, 823.

68. Quantunque alcuni difetti nella motivazione della sentenza non bastino a produrne la nullità, pure è necessario che dal tenore del ragionamento si scorgano sufficientemente i motivi del dispositivo. — *Cass. Palermo*, 12 agosto 1873. *Gior. dei Trib.*, III, n. 271.

69. Per decidere se una domanda o una eccezione sia stata veramente discussa dai giudici del merito, non si debbono misurare le parole scritte nella sentenza, ma vuolsi vedere se in tutto il sistema da essa tenuto e nelle teoriche applicate sia compresa la ragione per la quale fu accolta o rigettata. — *Cass. Napoli*, 3 settembre 1873. *Franzese—Farina. Legge*, XIV, 149.

70. La contestazione della lite non comprendendo soltanto la domanda dell'attore e le eccezioni del convenuto, ma anche la replica dell'attore, la sentenza deve sotto pena di nullità per omessa motivazione esaminare le repliche opposte dall'attore alle eccezioni del convenuto. — *Cass. Firenze*, 20 novembre 1873. *Todros—Caligaris. Legge*, XIV, 123. — *Cass. Torino*, 4 settembre 1868. — *Cass. Palermo*, 7 gennaio 1868.

71. Quando una sentenza si fonda sopra due motivi decisori, quantunque uno di questi due motivi sia soggetto a censura, tuttavia la sentenza non può andare soggetta ad annullamento. — *Cass. Palermo*, 22 novembre 1873. *Belmonte—Finanza. Legge*, XIV, 397. — *Cass. Firenze*, 19 aprile 1869. *Malevolti—Civita. Legge*, IX, 602.

72. Non può essere tacciata di mancanza di motivazione la sentenza di appello, la quale dichiara di confermare in ogni sua parte la sentenza dei primi giudici per i motivi da essa svolti e per quelli dei primi giudici che si adottano. Una tale dichiarazione include un necessario riferimento a quei motivi i quali vengono in tal modo a completare la motivazione della sentenza d'appello. — *Cass. Torino, 24 gennaio 1874. Martinello—Rossi ll. cc. Gior. dei Trib.*, III, n. 99.

73. E nulla la sentenza in cui manca la menzione espressa del luogo in cui fu pronunciata. — *Cass. Firenze, 13 febbraio 1874. Bertelli—Fulgini. Gior. dei Trib.*, III, 117.

74. Il giudice del merito non è tenuto a rendere conto di tutti i documenti prodotti, quando, esaminati i più importanti omette di ricordare quelli di nessuna efficacia per la risoluzione della controversia. — *Cass. Firenze, 17 marzo 1874. Debasch—Samama. Legge*, XIV, 698.

75. Non adempie all'obbligo della motivazione, la sentenza che adotta e rifiuta i pareri dei periti senza allegarne le ragioni. — *Cass. Napoli, 17 marzo 1874. Montuori—Prov. Catanzaro. Legge*, XIV, 585.

76. La mancanza di data rende nulla la sentenza in modo assoluto. — *App. Venezia, 20 marzo 1874. Bortoluzzi—Bonometto. Mon. Giud.*, III, 298.

77. La data della pronuncia della sentenza non può confondersi colla data della pubblicazione; è perciò nulla la sentenza che non contiene la indicazione del giorno, mese, luogo della pronuncia, quantunque vi si legga la data della sua pubblicazione. — *Cass. Firenze, 20 aprile 1874. Molignoni—Molignoni. Bettini*, XXVI, 362. — *Appello Milano, 1 settembre 1874. Marocco—Anelli. Mon. Trib.*, XV, 902.

78. Il magistrato che si riconosce competente, quando la sua competenza non è stata contestata, non è tenuto a dire i motivi pei quali ritiene la cognizione della causa. — *Cass. Firenze, 1 giugno 1874. Comune di Mestre—Fabris Reali. Legge*, XIV, 1010.

79. Per soddisfare l'obbligo della motivazione non importa che la sentenza esamini singolarmente ciascuno dei motivi allegati dalle parti e ne confuti tutte le eccezioni.

Si soddisfa al voto della legge sempre quando dal complesso dei motivi spiegati nella parte razionale della sentenza si fa manifesto quali sono i criteri giuridici che condussero il giudice alla conseguenza, che pose nel dispositivo. — *Cass. Torino, 22 luglio 1874. Pignatti e Cavazza—Pignatti. Legge*, XV, n. 12.

80. Non pecca per omessa motivazione quella sentenza in cui il giudice d'appello, adottati i motivi del primo giudice, aggiunge avere questo apprezzati rettamente gli elementi della controversia. — *Cass. Torino, 24 luglio 1874. Fassino—De Tomasi. Legge*, XIV, 917.

81. Alla validità della sentenza basta che essa riferisca nell'originale le conclusioni delle parti, essendo indifferente che non siano state riprodotte nella copia che fu notificata. — *Cass. Firenze, 3 agosto 1874. Muscottola—Caracciolo. Gior. delle Leggi*, VI, n. 13.

82. È regolarmente motivata la sentenza d'appello, che confermando la sentenza dei primi giudici, dichiara però mal fondati i motivi su cui si fonda e la conferma per motivi diversi. — *Cass. Firenze, 4 agosto 1874. Duci—Bellucci. Gior. dei Trib.*, III, n. 231.

83. Non esiste il vizio di omessa pronuncia o di mancata motivazione, quando si tratta di un mezzo di difesa stato allegato in modo condizionale, semprechè cioè la causa ne avesse bisogno.

In tal caso è implicito nella deduzione stessa che l'esame del mezzo sia cosa interamente rimessa all'arbitrio del magistrato; il perchè può egli

non tenerne alcun conto in sentenza. — *Cass. Torino*, 2 settembre 1874. *Minelli—Garigliano. Legge*, XV, 487.

84. La mancanza di data nella sentenza ne produce la nullità, la quale non è sanata dalla data della pubblicazione della medesima. — *Cass. Napoli*, 16 settembre 1874. *Finanze—Capitolo di Ferrandina. Gior. dei Trib.*, III, n. 275.

85. Non pecca di omessa pronuncia quella sentenza, che riguardo alla eccezione di incompetenza, osserva nei motivi che questa non può essere accolta, ritiene la causa, e statuisce nel merito. — *Appello Venezia*, 29 ottobre 1874. *Assicurazioni di Trieste—Casara. Mon. Giud.*, IV, 39.

86. La legge non richiede che nella sentenza sia riportato il testo letterale delle conclusioni delle parti, ma solo che ne sia riprodotto il tenore, voce questa che filologicamente e giuridicamente suona il soggetto, il contenuto. — *Appello Ancona*, 3 novembre 1874. *Rabbi—Bruscolini. Gior. dei Trib.*, III, n. 323.

87. La mancanza nella sentenza della indicazione che sia stato sentito il Pubblico Ministero nei casi previsti dall'art. 346 C. p. c. non è motivo di nullità della sentenza. È però da notare, che il fatto delle avvenute conclusioni, subito che non è accertato dalla sentenza, non può provarsi che mediante il processo verbale di udienza. Non è a credere che a questo effetto possa avere efficacia probatoria l'attestato del Pubblico Ministero di aver date le sue conclusioni, quantunque desunto dal suo registro di udienza. — *Cass. Firenze*, 19 novembre 1874. *Pinei e Caccia—Rizzoni U. cc. Gior. delle Leggi*, VI, n. 15.

88. Non v'è difetto di motivazione in fatto quando dall'intero contesto della sentenza risultino i fatti sui quali si fonda la decisione. — *Cass. Firenze*, 7 dicembre 1874. *Galligo—Marescotti-Mati. Annali*, IX, 139.

89. Deve ritenersi nulla la sentenza non deliberata coll'ordine e dai giudici indicati dalla legge, sebbene tale nullità non sia espressa, poichè se l'art. 517, n. 2, in armonia coll'articolo presente, non parla che delle forme estrinseche della sentenza, parte però necessariamente dal supposto che le formalità intrinseche siano state osservate. — *Cass. Firenze*, 5 gennaio 1875. *Conti—Violante. Gior. dei Trib.*, IV, n. 84.

90. La pronuncia implicita equivalendo all'espressa, non porta nullità della sentenza (1).

Quindi, opposta l'inammissibilità dell'appello, non è viziata quella sentenza che passa senz'altro a pronunciare in merito, se nella parte motiva portò argomento in favore dell'ammissibilità dell'appello medesimo. — *Cass. Torino*, 20 gennaio 1875. *Mannati—Oliveri. Legge*, XV, 308.

(1) *Cass. Torino*, 6 maggio, 9 e 22 luglio 1874. *Legge*, XIV, 800, 917, 1038. — *Cass. Firenze*, 27 novembre 1874, 21 maggio e 18 giugno 1874. *Legge*, XII, 769, XIV 819, 841. — *Cass. Palermo*, 17 marzo 1874. *Legge*, XIV, 587. — *Cass. Napoli*, 18 novembre 1872. *Legge*, XIII, 598.

91. Perchè vi sia vizio di omessa motivazione non occorre che le eccezioni del convenuto, intorno alle quali la sentenza si tacque, siano state riassunte per modo specifico nella parte conclusiva della comparsa conclusoriale, ma basta che siano chiaramente dedotte nella comparsa medesima, e che siano vere e proprie eccezioni dirette a respingere la domanda, e non ragioni giustificative delle eccezioni. — *Cass. Firenze*, 8 febbraio 1875. *Gandolfi e Garzani—Angelucci. Annali*, IX, 74. — *Cass. Firenze*, 23 novembre 1868. *Pigli—Capocci. Annali*, II, 302. — *Cass. Palermo*, 14 gennaio 1868. *Mun.º di Palermo—Puleo. Annali*, II, 308. — *Cass. Firenze*, 27 aprile 1873. *Malloggi—Pupillo. Annali*, VII, 244.

92. È nulla la sentenza che appare firmata da un consigliere, il quale,

secondo l'estratto autentico del foglio d'udienza, se ne sarebbe di consenso del presidente allontanato prima della discussione, e non porta invece la firma dell'altro consigliere che, sempre a tenore del detto estratto, lo avrebbe surrogato. — *Cass. Torino*, 19 febbraio 1875. *Cosio—Sertorio. Mon. Trib.*, XVI, 302.

93. Non è nulla la sentenza per omessa indicazione delle conclusioni del Pubblico Ministero. — *Cass. Firenze*, 11 marzo 1875. *Thomas—Previtali. Gior. dei Trib.*, IV, n. 102. — *Cass. Torino*, 31 marzo 1875. *Manzo—Strolengo. Gior. dei Trib.*, IV, n. 106.

94. Non pecca per omessa motivazione quella sentenza che dichiara l'azione o la eccezione manifestamente destituita di giuridico fondamento. — *Cass. Torino*, 27 marzo 1875. *Pace—Società operaia di P. Maurizio ll. cc. Legge*, XVI, 527.

95. Non è censurabile la sentenza che abbia omissso di enunciare i nomi dei giudici che la deliberarono quando ne porti le sottoscrizioni, e non sia provato che alla discussione della causa e alla relativa deliberazione sieno intervenuti giudici diversi da quelli che si veggono sottoscritti. — *Cass. Firenze*, 26 aprile 1875. *Spada—Spada. Gior. dei Trib.*, IV, n. 139.

96. Accertato dalla sentenza che il Pubblico Ministero abbia dato le sue conclusioni nei casi contemplati dalla legge, sono invalutabili le più limitative dichiarazioni del verbale d'udienza. — *Cass. Firenze*, 26 aprile 1875. *Piatti—Poniatowski. Mon. Giud.*, IV, 364.

1. È nulla la sentenza se manchi del nome delle parti?

Il Codice francese compendia assai brevemente in un solo articolo (141) le formalità ed i casi di nullità delle sentenze di cui trattano gli art. 360 e 361. « La rédaction des jugements contiendra les noms des juges, du procureur du roi, s'il a été entendu, ainsi que des avoués; les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l'exposition sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif des jugements ». E anzi notevole che la nullità per la inosservanza di coteste forme non è espressamente sancita, e perciò si è a lungo disputato se dovesse essere mai applicata. Sostengono che no: Merlin (*Rép. v. Jugement*), e Toullier (*t. 10 n. 135 seg.*); stanno invece per l'affermativa: Carré e Chauveau (*quest. 594*), Boncenne (*t. 1, p. 321, Ed. Bruxelles*), Dalloz (*t. 18. p. 238, n. 1, 241 e seg.*), Pigeau (*t. 1, p. 330*), Favard (*t. 3, p. 175*).

Ammissa la nullità, si dovette dichiararla nel caso in cui nella sentenza facesse difetto l'enunciazione dei nomi delle parti; ed infatti se questi mancassero non si saprebbe a profitto ed a danno di chi la decisione sia stata emessa e non potrebbero di conseguenza farne alcuna applicazione attiva o passiva.

I Codici sardi dichiararono espressamente i casi in cui si verifica la nullità; quello del 1854 (art. 205) la comminò alla inosservanza di tutte le formalità stabilite per la redazione della sentenza; quello del 1859 la restrinse ad alcune soltanto, ma tra queste trovansi al n. 1 *il nome, cognome e domicilio delle parti*.

Il nostro Codice però non sancisce la nullità per la omissione del nome delle parti, e perciò dobbiamo ritenere che codesto difetto sia correggibile a sensi dell'art. 473. — *Confermi*: Borsari, *Comm.* I, p. 484 - Saredo, *Istit.* n. 626 - Mattei, *Annotaz.* - *Contra*: Gargiulo, *Comm.* p. 920.

2. L'indicazione dei nomi dei procuratori, che pur mancando non annulla la sentenza, ma obbliga a rettificarla, non deve ritenersi necessaria nei giudizi commerciali nei quali i procuratori siano intervenuti. — *Conforme*: Saredo, *Istit.* n. 628.

3. Le conclusioni che devono riferirsi nella sentenza sono certamente quelle che furono dalle parti definitivamente spiegate.

È a vedersi poi quale sia la conseguenza della omissione intera o parziale

delle conclusioni stesse. L'articolo 473 dispone che quando *alcuna delle conclusioni* sia stata dimenticata, si può aggiungere, senza che perciò la sentenza sia nulla, qualora risulti dai motivi che col dispositivo si è egualmente provveduto alle conclusioni omesse. Io ritengo che l'art. 473 debba applicarsi anche al caso in cui tutte le conclusioni siano state lasciate fuori nella redazione della sentenza, quando sia stabilito che contuttociò si è sopra ciascheduna pronunciato un giudizio. Difatti lo scopo del legislatore nel prescrivere il riferimento nella sentenza del tenore delle conclusioni è quello che sia per tal modo attestato che i giudici le hanno avute sott'occhio, le hanno prese in considerazione. Ove adunque si rilevi dalla sentenza che, anche data la riproduzione delle conclusioni, il risultato sarebbe stato inevitabile, l'omissione non costituisce più una trasgressione sostanziale, ma uno sbaglio puramente accidentale, senza influenza nel pronunciato. Di più, non v'è ragione alcuna per giustificare la differenza che volesse introdursi tra gli effetti della omissione di alcune conclusioni e la completa dimenticanza della materiale trascrizione delle medesime, e perciò in ambedue i casi deve farsi luogo al procedimento dell'art. 473 quando si verifichi la condizione dallo stesso contemplata, che la correzione cioè sia possibile senza mutare in verun modo la sostanza della decisione sia nel motivato che nel dispositivo.

Vedi in senso contrario: Saredo, *Istit.*, n. 629.

4. La nullità sancita dal n. 3 di questo articolo non corrisponde alla formalità richiesta dal n. 5 dell'articolo precedente. È nulla cioè la sentenza se non si sia sentito il Pubblico Ministero, quando ciò era dalla legge richiesto, ma il difetto dell'enunciazione del fatto nella sentenza non produce nullità, ed il fatto stesso potrà in altro modo provarsi. — *Conformi*: Borsari, *Comm.* I, p. 481 - Gargiulo, *Comm.* p. 921. — *Contra*: Saredo, *Istit.* n. 630, il quale, secondo mi sembra, erroneamente insegna che « quando si tratti di causa nella quale dev'essere sentito il Pubblico Ministero, deve enunciarsi nella sentenza l'osservanza di questo precetto, sotto pena di nullità ».

5. Non è certamente molto facile il delineare una teoria sulla motivazione delle sentenze, ed è pressoché impossibile di determinare a priori quando si abbia una motivazione sufficiente che salvi dalla nullità. In questo punto è maestra la giurisprudenza e dall'esame delle decisioni si può trarre una guida sicura in argomento.

Gli autori però hanno fissato alcuni principii che si possono considerare come canoni fondamentali nella materia della motivazione ed io li riassumerò brevemente:

a) La sufficienza della motivazione deve misurarsi dalla qualità della questione da risolvere, ma deve avere per norma lo scopo della motivazione medesima, quello di rivelare la causa morale del giudicato. — Borsari, *Comm.* I, p. 481 *seg.* - Mancini, *Comm. Cod. Sardo*, II, n. DCXVIII - Gargiulo, *Comm.*, p. 922 - Mattei, *Annotaz.* - Saredo, *Istit.* n. 631.

b) La motivazione deve comprendere ciascun punto di questione sorto nella causa e non soltanto le domande formulate in conclusioni specifiche. Le conclusioni di condanna o di assoluzione includono infatti legalmente e formalmente le eccezioni alle quali sono fondate e nelle quali siasi persistito. — *Conformi*: Borsari, *Comm.* I, p. 482 - Gargiulo, *Comm.*, p. 922 - Mancini, *Comm.* II, n. DCXX - Saredo, *Istit.* n. 631 - Mattei, *Annotaz.* - Paoli, *Annali*, IX, p. 3a, 64 - Thomine, *t. 1*, p. 159 - Boitard, *t. 1*, p. 320 (*Ed. Bruxelles*) - Chauveau e Carré, *quest.* 595.

c) Però i giudici non sono obbligati a discutere singolarmente su tutti gli argomenti che non costituiscono vere e formali eccezioni, ma sviluppandosi da un medesimo tema, concorrono a sostenere le eccezioni propriamente dette. — Borsari, *Comm.*, I, p. 483 - Mancini, *loc. cit.* - Gargiulo, *loc. cit.* - Mattei, *Annotaz.* - Chauveau e Carré, *loc. cit.* - Boitard, *loc. cit.*, - Thomine, *loc. cit.*

Su questo importante e delicatissimo tema, l'illustre cons. Paoli adotta nella monografia succitata degli *Annali* la seguente distinzione in relazione ai dettami della giurisprudenza che riassume: « Quanto alle domande, difficilmente nascono serie dubbiezze, imperocché se le domande siano diverse,

la sentenza di tutte deve discorrere nei suoi motivi; e se di alcune si taccia, c'è il vizio di omessa motivazione, tranne il caso in cui una domanda sia consequenziale di un'altra; cosichè, esclusa nei motivi la principale, si intenda necessariamente esclusa — anco senza ragionamento espresso — quella che ne dipendeva.

« Ma, dove più frequentemente si disputa, è sulle deduzioni poste in campo dalla difesa del convenuto. Il criterio che ha da seguitarsi su questo proposito è quello di distinguere le *eccezioni* vere e proprie dagli *argomenti difensionali*. Sono eccezioni vere e proprie le deduzioni che tendono direttamente ad escludere l'azione; e sono *argomenti difensionali* le deduzioni che tendono a sostenere la eccezione. Le prime devono confutarsi, le seconde no.

« Di più, occorre che le eccezioni siano riassunte nella *comparsa conclusionale*, ma non importa che nell'ordine materiale della scrittura si trovino in principio, in fine, od in mezzo della comparsa, purchè vi siano riassunte chiaramente e per modo da far bene intendere, che le medesime costituiscono uno dei capi di questione, su cui vuolsi che il giudice si pronunzi ».

d) Il motivo dev'essere una ragione che si rende e non una semplice affermazione. Perciò rigettare una eccezione *perchè mal fondata*, non è motivar la sentenza. — Borsari, *loc. cit.* - Mattei, *Annotaz.* - Mancini, *loc. cit.* - Dalloz, t. 9, p. 620, 628, 633 - Thomine, *loc. cit.* - Boitard, p. 320.

e) È vietato il pieno riferimento ai motivi d'altra sentenza anche nel caso in cui si tratti di sentenze dello stesso tribunale. Trattandosi poi di sentenza d'appello, non v'ha nullità se il giudice nell'adottare i motivi della sentenza appellata li enumera e li riassume, e tanto meno se ve ne aggiunge dei propri. — Paoli, *loc. cit.*

f) Tanto vale che la motivazione si ometta, quanto che o non si intenda o sia in contraddizione manifesta col dispositivo. Però il laconismo, anche se soverchio, quando il concetto della sentenza si comprenda, non è motivo di nullità, come non lo è la motivazione erronea. — Paoli, Borsari, Gargiulo, Mattei, Mancini, Saredo, *loc. cit.*

g) Nelle argomentazioni, l'*implicito* vale l'*esplicito*, ed il *tacito* vale l'*espreso*; quando, ritenuto ciò che esplicitamente ed espressamente fu detto, logicamente e necessariamente ne deriva una conseguenza che fu taciuta. — Paoli, *loc. cit.*

6. È valida una sentenza se manchi della firma d'uno dei giudici intervenuti alla votazione, per la morte del giudice medesimo?

Si è veduto che intorno a tale questione è discorde la giurisprudenza. Gli argomenti che si adducono per combattere la nullità della sentenza sono i seguenti: la sentenza, si dice, consiste nella manifestazione dei voti della maggioranza del collegio, che si riduce a forme concrete col dispositivo scritto. La sottoscrizione dei giudici non può essere coeva alla prolazione della sentenza, la quale è assicurata dal dispositivo firmato dal presidente a termini dell'articolo 359 Codice proc. civ., e, questo votato, la decisione è irrettabile, la lite è decisa. Di conseguenza la firma della sentenza da parte dei giudici che l'hanno pronunciata non è che una formalità estrinseca, indipendente affatto dalla pronunziazione della sentenza medesima. Se l'art. 361 pronunzia la nullità della sentenza per la mancanza della sottoscrizione di tutti i giudici, non per questo la nullità può riscontrarsi se la omissione deriva dal fatto necessario della morte d'uno dei giudici. Difatti la omissione si riferisce ad una negligenza e non già ad un fatto necessario sopravvenuto dopo pronunziata la sentenza, nel qual caso troverà applicazione il disposto dall'art. 49 Cod. p. c. in analogia anche a ciò che prescrive l'art. 21 relativamente alle sentenze arbitrali.

Le ragioni della opinione contraria, che seguo io pure, sono benissimo sviluppate in una Nota del ministro Borgatti riferita dalla Redazione degli *Annali* (II, p. 2.^a, 35 in nota), e nel motivato della sentenza della Corte di Brescia (vedi sent. n. 22, 26 agosto 1863).

Separando affatto, osserva il ministro, le disposizioni di legge da quelle regolamentarie, e che più esattamente si potrebbero considerare come di

ordine interno dei collegi giudiziari, è ovvio il rilevare che in forza degli articoli 357 a 361 e 366 Cod. p. c. le deliberazioni delle sentenze si formano in segreto coll'intervento dei soli votanti nel numero stabilito dalla legge di ordinamento giudiziario; che le questioni sono formulate e votate nei modi ivi enunciatii; che un membro della maggioranza compila la sentenza, la quale non è valida, e quindi non può essere portata a conoscenza delle parti, pubblicandola all'udienza, finché non sieno state osservate tutte le formalità occorrenti nell'articolo 361, e fra esse quella della firma dei giudici che la pronunziarono. La prescrizione fatta al presidente di redigere la parte dispositiva, e di rimetterla cogli atti al giudice relatore (art. 261 reg. giud.), quella dei motivi redatti e presentati al presidente, e da entrambi firmati (art. 266), e la stessa rimessione fattane al cancelliere, non includono al certo che la deliberazione cessi di essere presa in segreto e non debba considerarsi sempre tale; ch'essa potrebbe ancora essere variata dalla maggioranza dei membri intervenuti, non ostante che il dispositivo fosse già steso dal presidente, e ne fossero redatti i motivi, tuttavolta che per speciali considerazioni non abbastanza apprezzate in principio, e per maggiori studi fatti, venissero in diverso avviso; e finalmente che la data decisione allora soltanto diventa irrevocabile, quando è stata trascritta in modo regolare e firmata da tutti gli intervenuti.

Le discussioni seguite fra i membri del collegio, le votazioni e le altre operazioni non constatate con verbali non possono essere considerate come avvenute, se non quando siano state osservate tutte le formalità, e fu appunto perciò che il legislatore pronunziava la nullità delle sentenze che mancassero di data, o della firma di alcuno dei giudici. — *Conformi*: Saredo, *Istit. n. 634* - Gargiulo, *Comm.*, p. 924 seg.

È notevole che la Cassazione di Torino, sebbene in modo implicito, si dichiarò per la nullità nella decisione 17 maggio 1870 (n. 43), quantunque poi ritenesse che la sentenza, sebbene nulla, esista, e quindi sia inalterabile se pronunziata in sede di cassazione. Ma ancor più importante si è che la Cassazione di Napoli, dopo avere parteggiato per la validità della sentenza nella decisione dell'11 dicembre 1866 (n. 12), si riedette di poi nella decisione 24 gennaio 1871 (n. 50). Essa considerò: che troppo chiaro è il disposto dagli art. 360, 361 e 56 perchè si possa prescindere dalla applicazione della sanzione di nullità; che tutte queste disposizioni, le quali non lasciano luogo a discussione, aggiunte all'altra dell'articolo 55 per la quale il cancelliere è punito se rilascia copia di una sentenza prima che sia sottoscritta, mettono capo nel principio semplicissimo, che se nessun atto pubblico e solenne acquista forza giuridica prima d'essere firmato da coloro che lo compiono, tanto meno può aver vita una sentenza di magistrato senza la firma di chi l'ha pronunziata; che potendo anche dopo la votazione sul dispositivo, ciascuno dei giudici tornare sulla propria opinione nella discussione dei motivi di fatto e di diritto, la sentenza non può dirsi compiuta finché non sia firmata; che a ciò conduce anche l'art. 366 pel quale la sentenza non può essere pubblicata prima della sottoscrizione di tutti i giudici, senza distinguere se l'omissione provenga da negligenza o da necessità.

7. È nulla la sentenza se la firma del cancelliere si trovi soltanto appiedi della dichiarazione di pubblicazione della sentenza medesima?

Gargiulo (*Comm. p. 934*) sostiene la negativa adducendo che la legge non ha determinato il luogo preciso del foglio di carta ove la firma del cancelliere deve essere apposta, nè il tempo dell'adempimento di tale formalità, e per la menzione dell'art. 366 non è prescritta una seconda e speciale firma. È da considerare però, in contrario, che allorquando la sentenza è pubblicata deve essere, a tenore dell'art. 366, sottoscritta da coloro che la devono firmare e quindi anche dal cancelliere, il quale colla propria firma, a sensi dell'art. 155 dell'ord. giud., ha per ufficio di contrassegnare le sottoscrizioni dei giudici; che la pubblicazione della sentenza, quantunque indispensabile alla di lei efficacia giuridica, è una formalità estrinseca alla redazione della sentenza e da questa essenzialmente distinta, tant'è vero che, rimessa interamente al cancelliere, può farsi davanti a giudici diversi da quelli intervenuti alla pronunziazione; che perciò la firma del cancelliere dopo il certi-

ficato di pubblicazione accerta la verità del fatto stesso ma non può riferirsi più al fatto precedente, alla sottoscrizione apposta dai giudici.

8. La data e il luogo in cui fu pronunciata la sentenza possono risultare anche da equipollenti. — Saredo, *Istit. n.* 633 - Gargiulo, *Comm. p.* 924.

362. L'ordinanza deve contenere le indicazioni di cui nei numeri 1, 2, 3, 7 e 8 dell'articolo 360, e la sottoscrizione del presidente o giudice, e del cancelliere.

Si fa luogo a rettificazione per qualunque omissione o indicazione erronea degli indicati requisiti a norma dell'art. 473.

363. Sull'istanza delle parti può essere ordinata la provvisoria esecuzione della sentenza, con cauzione o senza, se si tratti:

1. Di domanda fondata su titolo autentico, o scrittura privata riconosciuta, o sentenza passata in giudicato;

2. Di apposizione o di rimozione di sigilli, o di compilazione d'inventario;

3. Di riparazioni urgenti;

4. Di sfratto da case o da altri immobili tenuti in affitto o colonia, quando non vi sia titolo scritto, o il termine sia decorso;

5. Di sequestratarij, depositarij, e custodi;

6. Di ammissione di fidejussori e loro garanti;

7. Di nomina di tutori, curatori, ed altri amministratori, e di rendimento di conti;

8. Di pensioni o assegnamenti provvisionali a titolo di alimenti;

9. Di pericolo nel ritardo.

1. L'esecuzione provvisoria è applicabile al provvedimento del presidente che accorda gli alimenti alla moglie in pendenza del giudizio di separazione, ma non quando si tratti di alimenti anteriori alla citazione. — *Appello Milano*, 28 luglio 1866. *Orlandi—Bertani. Annali*, I, 20.

2. L'esecuzione provvisoria si può solo ordinare per le sentenze emanate nei giudizi retti dalla procedura ordinaria, non per le sentenze proferite in quelli il cui rito è determinato da speciali norme di procedura, come quelle a seguirsi nei giudizi di esecuzione forzata, anche solo iniziati colla notificazione del precetto a pagare, e particolarmente segnate al libro secondo Codice proc. civ. — *Appello Torino*, 21 agosto 1866. *Minetti-Martelli—Roggeri. Bettini*, XVIII, 454.

3. L'indicazione data da questo articolo dei casi nei quali può il giudice ordinare l'esecuzione provvisoria è tassativa, e non semplicemente esplicativa.

Non v'è pericolo di danno sì da concedere l'esecutività provvisoria della sentenza, quando l'oggetto della causa è la dimissione di uno stabile.

Titolo autentico nel senso di quest'articolo è quello solo che afferma il diritto in base del quale emanò la sentenza a favore della parte che ne chiede l'esecutorietà provvisoria. — *Appello Cagliari*, 1 settembre 1866. *Cherchi—Siddi-Uscii. Bettini*, XVIII, 476.

4. Non può farsi pella prima volta nella comparsa conclusionale a procedimento formale l'istanza per l'esecuzione provvisoria della sentenza. — *App. Milano*, 7 novembre 1866. *Soranzo—Ardemagni. Mon. Trib.*, VII, 1171.

Art. 251, 283, 409, 493
c. p. c.; 1315, 1320, 1323
c. c.

5. Non si può dichiarare l'esecuzione provvisoria della sentenza in questioni di ordine che riguardino le forme del procedimento. — *Appello Brescia, 2 gennaio 1867. Oliveri—Pastore. Mon. Trib., VIII, 315.*

6. Non può pronunciarsi l'esecuzione provvisoria di una sentenza che dichiarì revocato un sequestro. — *Appello Brescia, 2 gennaio 1867. Calabi—Rovetta. Mon. Trib., VIII, 317.*

7. Non si può accordare l'esecuzione provvisoria quando il fatto giuridico da cui si fa dipendere la proposta, anziché essere accertato direttamente dal documento che fu prodotto rivestito dai requisiti voluti da quest'articolo, ha bisogno di essere posto in essere con altri mezzi estrinseci di prova. Non può considerarsi come titolo che autorizzi l'esecuzione provvisoria un atto peritale fatto eseguire stragiudizialmente dal locatore al momento della riconsegna dello stabile per determinare gli eventuali deterioramenti recati dal conduttore, sebbene questi nel contratto di affittanza si fosse assoggettato all'arbitramento del perito che sarebbe stato eletto dal locatore. — *Appello Brescia, 3 aprile 1867. Scanzi—Martinengo-Villagana. Annali, I, 410.*

8. La domanda che si appoggia ad un testamento ricevuto da notaro, si considera come fondata sopra un titolo autentico, quand'anche sia nata contestazione intorno all'interpretazione del testamento stesso.

Laonde la sentenza, che, interpretando il testamento, fa diritto a quella domanda, può essere dichiarata eseguibile provvisoriamente. — *Appello Bologna, 25 giugno 1867. Bassi—Cerati. Legge, IX, 124.*

9. Quando sia stata ordinata l'esecuzione provvisoria d'una sentenza senza dire se con cauzione o senza, si deve intendere senza cauzione. — *Appello Parma, 19 novembre 1867. Assicurazione adriatica—Molinari. Annali, II, 155.*

10. Il pericolo nel ritardo per poter chiedere l'esecuzione provvisoria esiste non quando il ritardo produca al vincitore un danno qualunque, ma quando l'oggetto su cui cade la lite è tale che attendendo l'esito dell'appello verrebbe meno o si deteriorerebbe. (1) Non può allegare l'urgenza colui che se l'ha creata col proprio fatto, della cui legittimità si questiona. — *Appello Casale, 5 maggio 1868. Cavallini—Ferrari. Annali, II, 123.* — (1) *Appello Torino, 15 luglio 1867. Braidà—Grosso. Giurisprudenza, IV, 535.* — *Appello Casale, 9 giugno 1868. Scagliotti—Redoglia. Bettini, XX, 510.*

11. L'esecuzione provvisoria della sentenza non può essere accordata al creditore il quale abbia già ottenuto sequestro conservativo a carico del debitore; ammenochè la clausola dell'esecutività provvisoria sia aggiunta per autorizzare la vendita di quelle cose mobili, pelle quali vi fosse pericolo di deterioramento, o per aggiudicare definitivamente, per l'urgenza del caso, tutta o parte della somma stata depositata nella pubblica cassa, in surrogato della garanzia risultante dal pignoramento mobiliare che siasi di conseguenza svincolato. — *Appello Brescia, 22 luglio 1868. Ditta Fortunato—Ditta Mutti. Mon. Trib., X, 131.*

12. Il soccombente, il quale non contesta la giustizia intrinseca della pronunzia e che si è anzi prestato alla libera esecuzione di essa, non può dirla ingiusta per avere ordinata l'esecuzione provvisoria in uno dei casi non previsti dalla legge. — *Appello Firenze, 27 luglio 1868. Silva—Bignalli. Annali, II, 374.*

13. Se la promessa unilaterale sia dal soscrivente impugnata nel suo estrinseco per difetto del buono o approvato, la sentenza di condanna non può essere munita dell'esecuzione provvisoria. — *Appello Brescia, 11 agosto 1868. Baroni—Ghezzi. Annali, II, 512.*

14. Può accordarsi l'esecuzione provvisoria di una sentenza che liquida e determina in specie il quantitativo, per quanto contestato, dei diritti ed obbligazioni delle parti sopra basi ed elementi sanzionati da precedente sentenza passata in giudicato. — *Appello Perugia, 24 agosto 1868. Brugi-Mancini. Annali, II, 548.*

15. La domanda d'esecuzione provvisoria fatta in citazione e non ripetuta nella conclusionale non può essere accolta dal giudice. — *Appello Torino, 12 settembre 1868. Spedale di Castellazzo-Rapetti. Annali, II, 582.*

16. Anche una sentenza che pronuncia soltanto sulla competenza può essere dichiarata esecutiva provvisoriamente. — *Cass. Torino, 14 gennaio 1869. Sola-Juband. Giurispr., VI, 263.*

17. Dovendo l'attore in ripetizione di indebito provare non solo il fatto del pagamento, ma anche l'insussistenza dell'obbligazione, in contemplazione della quale il pagamento sarebbe stato eseguito, non può richiamarsi alla semplice quietanza autentica del detto pagamento per chiedere l'esecuzione provvisoria della sentenza, quasi che la domanda fosse fondata sopra titolo autentico. — *Cass. Torino, 22 gennaio 1869. Ranzone-Cossato. Mon. Trib., X, 347.*

18. L'esecuzione provvisoria si può ordinare anche per le pronunzie interlocutorie quando la domanda della parte, che nelle pronunzie stesse è rimasta vincitrice, è tale che condurrebbe alla provvisoria esecutorietà della relativa sentenza di merito. — *Appello Firenze, 19 febbraio 1869. Di Salvi-Bukner. Annali, III, 310.*

19. Se fu domandata dalla parte in caso contemplato dalla legge la esecuzione provvisoria della sentenza, quest'ultima non è nulla pel motivo che abbia accordata l'esecuzione senza aggiungervi il carattere della provvisorieta. — *Cass. Torino, 4 marzo 1869. David-Banca Nazionale. Bettini, XXI, 161.*

20. Il pericolo nel ritardo esiste quando senza l'esecuzione provvisoria potrebbe tornare inutile o tutto o parte del frutto della vittoria. — *Appello Firenze, 1 giugno 1869. Accademia del Casino di Firenze-Cini. Annali, III, 259.*

21. La sentenza che fa luogo a sequestro è di sua natura provvisoriamente esecutiva; epperò non occorre di domandarne l'esecuzione provvisoria, e se domandata non può rigettarsi. — *Appello Milano, 24 giugno 1869. Fall. Casella-Zerboni ll. cc. Mon. Trib., X, 1116.*

22. Può essere ordinata l'esecuzione provvisoria della sentenza anche se il riconoscimento della scrittura sia implicito per la contumacia del convenuto però se il contumace fa opposizione o appello, impugnando la scrittura, la stessa esecuzione provvisoria rimane paralizzata.

Tale dottrina si applica anche ai giudizi commerciali, perchè, sopraggiunta in appello l'impugnativa della scrittura, il tribunale d'appello deve *ex integro* giudicare se questo era il caso di rilasciare l'esecuzione, con o senza cauzione, a mente dell'art. 409 C. p. c.

La cosa però non procede così nelle cause commerciali per cambiali o biglietti all'ordine ad esse parificate, poichè allora provvede l'articolo 234 del Cod. comm., secondo il quale le eccezioni personali del possessore non possono ritardare il pagamento se non sono liquide, o di pronta soluzione. In questi casi il giudice d'appello non à facoltà, per l'impugnativa da parte del già contumace, che di decidere se l'esecuzione debba essere accompagnata da cauzione. — *Appello Firenze, 8 settembre 1869. Wood-Velloresi. Annali. Annali, III, 638.*

23. Anche la sentenza che, canonizzato il credito dell'attore, conferma il sequestro conservativo da esso praticato, può essere munita della ese-

cuzione provvisoria, sia per poter continuare nella esecuzione sui mobili sequestrati, sia per poter intraprenderla anche su altri. — *Appello Brescia*, 3 marzo 1870. *Musitelli—Agazzi. Annali*, IV, 619.

24. Agendosi per l'adempimento di una obbligazione risultante da privata scrittura, questa, con la contestazione pura e semplice di merito vuolsi avere, per l'effetto dell'esecuzione provvisoria, siccome riconosciuta dal convenuto.

Il vocabolo *formalmente*, di cui nell'art. 1321 Codice civile, importa che la ricognizione del proprio carattere o la negazione di esso, sia proposta per modo specifico, e non che il producente lo scritto abbia obbligo di interpellare il convenuto, o molto meno che questi non possa o impugnare la propria firma senza essere interpellato, o ammetterla implicitamente. — *Appello Macerata*, 3 maggio 1870. *Cianni—Società Camerinese dei mugnai. Annali*, V, 42.

25. È titolo autentico il testamento per atto di notaro.

Quando la legge, pegli effetti della esecuzione provvisoria della sentenza, richiede che la domanda sia fondata su titolo autentico, deve intendersi della domanda principale, e non già delle domande e questioni incidentali ed accessorie. — *Appello Cagliari*, 22 giugno 1870. *Leoni—Leoni. Annali*, IV, 126.

26. Il n. 8 di questo articolo non comprende solo le pensioni per alimenti *jure sanguinis*, ma anche quelle che si accordano a coloro che si trovino in necessità di soccorso e per i quali già appaia dalla lite d'un fumo *boni juris*. — *Appello Genova*, 25 giugno 1870. *Arciduca Francesco d'Austria—Contadini II, cc. Annali*, IV, 171.

27. Questo articolo che autorizza il giudice a pronunciare l'esecutorietà provvisoria nei casi ivi specificati si applica non ai soli giudizi ordinari, ma anche a quelli di esecuzione forzata. E perciò può ordinarsi su di una sentenza che rigetta l'opposizione a precetto immobiliare.

L'esecuzione provvisoria non può autorizzarsi se non ne è fatta domanda. — *Appello Torino*, 13 ottobre 1870. *De Benedetti—De Benedetti. Giurisprudenza*, VIII, 45.

28. Il non riconoscimento della scrittura privata che impedisce l'esecuzione provvisoria della sentenza si verifica quando venga impugnata la firma, non quando sia negata allo scritto la forza obbligatoria per un vizio intrinseco, per esempio la violenza. — *Cass. Firenze*, 9 dicembre 1870. *Tellini—Montelatici. Annali*, IV, 390. — *Appello Torino*, 6 maggio 1867. *Pastore—Grognaudi. Bettini*, XX, 229. — *Appello Torino*, 21 agosto 1866. *Piovano—Torzani. Annali*, I, 142. — *Appello Firenze*, 16 agosto 1873. *Annali*, VII, 563. — *Appello Torino*, 20 marzo 1875. *Carisio—Debenedetti. Annali*, IX, 310. — *Appello Catanzaro*, 22 gennaio 1869. *Francica—Nicotera. — Giurista Calabrese*, III, 91.

29. È scrittura riconosciuta tanto la scrittura autenticata da notaio, quanto quella non autenticata che l'attore abbia presentata, ma che il convenuto non abbia impugnata sia col comparire e proporre altre eccezioni sia col comparire e non rispondere, sia col non comparire affatto, salva in quest'ultimo caso la facoltà dell'art. 386. — *Appello Firenze*, 6 febbraio 1871. *Reedt—Pepi. Annali*, V, 162. — *Appello Firenze*, 8 settembre 1868. *Wood—Villoresi. Annali*, III, 638.

30. L'esecuzione provvisoria, come eccezione, non può concedersi che nei casi espressamente stabiliti dalla legge, e quando vi sia certezza e urgenza di diritto. Non è caso in cui possa concedersi quando per riconoscere se la domanda sia fondata sopra una sentenza passata in cosa giudicata, non basta la semplice lettera della sentenza, ma occorrono argomenti

ed interpretazioni. — *Cass. Napoli, 30 marzo 1871. Fittipaldi—Battaglia. Annali, V, 127.*

31. Nel giudizio non di vero e proprio sfratto ma di semplice conferma di disdetta di colonia, il provvedimento dell'esecuzione provvisoria non può ordinarsi che nel concorso del pericolo nel ritardo. — *Appello Lucca, 7 aprile 1871. Palla—Melani. Annali, V, 188.*

32. È permesso accordare l'esecutività provvisoria nel caso si tratti di pensioni o assegni alimentari allora soltanto che sia questione di assegni prestabili per il tempo futuro e non già di somme che l'alimentando, o altri per lui, abbia reclamate per debiti contratti o denari somministrati per suo mantenimento in tempo anteriore alla domanda. — *Appello Lucca, 14 luglio 1871. Buoni—Buoni. Annali, V, 474.*

33. La sentenza che si limita a pronunciare una declaratoria *juris* non può dichiararsi provvisoriamente esecutiva.

Nel giudizio sulla validità del preventivo congedo dato dal locatore al conduttore, la sentenza che, pronunziandone la validità, ordina lo sfratto per l'epoca stabilita, non ancora scaduta, non può contenere che una declaratoria *juris*, epperò non può dichiararsi provvisoriamente esecutiva.

Ma se al giorno fissato per la decisione di quest' incidente nel giudizio d'appello il termine della locazione è già scaduto, può il giudice di appello mantenere la dichiarazione di esecutorietà provvisoria e rifiutare le chieste inhibitorie. — *Appello Torino, 17 luglio 1871. Franzoia—Gonello. Giurisprudenza, VIII, 633* — *Appello Casale, 8 giugno 1868. Vercesi—Vercesi—Temi Casalese, I, 241.* — *Contra: Appello Genova, 5 febbraio 1870. Biancheri—Dellepiane. Gazz. dei Trib., XXII, 691.*

34. Onde possa concedersi l'esecuzione provvisoria della sentenza sul fondamento che la domanda è basata sopra una scrittura privata firmata da un terzo, è necessario che questi avesse facoltà di obbligare il convenuto.

Non si concede l'esecuzione provvisoria in materia d'alimenti, se non quando si è chiesto da chi ne ha il diritto il pagamento di pensioni, o assegni provvisionali dovutigli a titolo alimentare; quindi non può concedersi al terzo che chiede il rimborso di somme prestate a taluno perchè possa supplire ai suoi alimenti. — *Appello Firenze, 18 novembre 1871. Alvigini—Alvigini. Annali, V, 670.*

35. Quando la scrittura privata su cui si fonda la domanda è riconosciuta, tanto basta perchè si possa ordinare l'esecuzione provvisoria della sentenza, sebbene contro la domanda siansi opposte eccezioni all'infuori della scrittura.

Non solo delle sentenze definitive, ma anche delle interlocutorie puossi autorizzare l'esecutorietà provvisoria. — *Appello Torino, 21 novembre 1871. Puggio—Puggio. Giurisprudenza, IX, 140.*

36. Per ottenere l'esecuzione provvisoria si devono dare le prove della sussistenza di un pericolo nel ritardo e non di una generica possibilità di pericolo, ma di un pericolo veramente sensibile.

La sola importanza della somma libellata non è elemento sufficiente per una esecuzione provvisoria. — *Appello Venezia, 2 gennaio 1872. De Realì—Malvezzi. Mon. Giud., I, 195.*

37. Sono tassativamente enumerati nella legge i casi in cui si fa luogo alla esecuzione provvisoria, e quindi questa non può accordarsi nel caso di controversia sulla proprietà o sul possesso di una cosa, nè in quello di controversia su sequestrazione o deposito, alludendo il n. 5 di questo articolo solo alle liti tra le parti interessate ed i sequestratari, depositari e custodi delle cose loro affidate.

Il pericolo nel ritardo, come motivo ad accordare la provvisoria ese-

cuzione, oltre che essere giustificato, deve consistere o nel possibile materiale deperimento delle cose per la qualità loro, o nella possibile distrazione delle stesse per la qualità del detentore o le circostanze del caso.

L'esistenza di un titolo al possesso a favore del detentore non costituisce giammai un pericolo nel ritardo. La Corte può, anzi deve, conoscere dell'esistenza o no dei motivi per cui la sentenza ammise l'esecuzione provvisoria, non bastando che i motivi da essa enunciati siano di quelli per cui alla esecuzione provvisoria si fa luogo. — *Appello Venezia*, 10 settembre 1872. *Tormenti* *ll. cc.*—*Paulucci* *ll. cc. Mon. Giud.* I, 68.

38. Avendo la legge specificato i casi nei quali è dato aggiungere la clausola di provvisoria esecuzione, non può il magistrato di sua autorità attribuire ad un suo pronunciato una caratteristica, che per sé stesso non ha, onde farlo rientrare in uno di quei casi.

Specialmente, accordato ad una parte un assegnamento provvisorio, non è permesso al magistrato definire alimentare questo assegnamento a senso di questo articolo, n. 8, quando esso non era tale per la sua intima natura.

Puossi in appello accordare la clausola provvisoria non accordata in prima istanza, quando si tratti di rendiconto, deposito e pericolo nel ritardo. — *Appello Palermo*, 17 marzo 1873. *Campisi* *ll. cc.*—*Roccaforte. Gior. dei Trib.*, II, n. 244.

39. La indicazione dei depositari, di che in questo articolo n. 5, incontrandosi fatta insieme ai sequestrari e custodi, fa che debbano intendersi nella dizione *depositari*, contemplati soltanto i depositari giudiziari e non già i volontari e tanto meno i depositari di quantità, come sarebbero le casse di risparmio. — *Appello Firenze*, 24 aprile 1873. *Anastagi—Mori. Annali*, VIII, 537.

40. Agli effetti dell'esecuzione provvisoria, è scrittura privata riconosciuto anche un biglietto all'ordine impugnato come falso, non per falsità della firma dell'accettante, ma per abuso della firma stessa apposta in bianco al biglietto. — *Appello Firenze*, 26 agosto 1873. *Pandolfini—Mantellini. Annali*, VII, 563.

41. Ogni sentenza portante condanna al pagamento di una pensione alimentare, tanto in via provvisoria fino a ragione conosciuta sul merito, quanto ancora in modo definitivo, può essere dichiarata provvisoriamente eseguibile, quando specialmente la questione siasi aggirata, non sul diritto in genere, ma sulla misura degli alimenti.

La dichiarazione dell'eseguibilità provvisoria per il titolo degli alimenti deve sempre limitarsi alle prestazioni future, quali si considerano quelle decorse posteriormente all'introduzione della lite, senza tener conto di quelle relative al tempo anteriore. — *Appello Lucca*, 9 settembre 1873. *Bacci—Bacci. Legge*, XIV, 600.

42. Perchè si possa giustamente ordinare l'esecuzione provvisoria in base a questo articolo, n. 1, è indispensabile che l'obbligo imposto dalla sentenza del giudice di primo grado si fondi *direttamente, esclusivamente ed integralmente* nel titolo autentico; che se a fondare l'azione fosse necessaria la sussistenza di un elemento che non risultasse dall'atto autentico ed apparisse al giudice per ragioni estrinseche all'atto stesso, la decisione di lui non sarebbe pronunziata in base alla condizione di cose presupposta dalla legge. — *Appello Bologna*, 16 settembre 1873. *Roberti, Mangelli—Ranuzzi. Legge*, XIV, 240.

43. L'eseguibilità provvisoria di una sentenza si intende autorizzata a rischio e pericolo della parte istante, e perciò, qualora la sentenza sia riformata, rimane essa responsabile pel risarcimento dei danni. — *Appello*

Lucca, 7 marzo 1874. *Mati—Marescotti. Gior. dei Trib.*, III, n. 138. — *Cass. Torino*, 12 dicembre 1873. *Chiusano—Maselli. Annali*, VIII, 102. — *Cass. Firenze*, 7 dicembre 1874. *Marescotti—Mati. Annali*, IX, 139.

44. Affinchè si possa dal giudice accordare la provvisoria esecuzione della sentenza in causa della qualità e natura del titolo su cui è fondata la domanda, fa mestieri che il tenore della condanna si tragga dal tenore del titolo stesso, e non dal complesso delle prove tratte da altre fonti che non ispirano e non possono per indole propria ispirare piena confidenza di sincerità e giustizia. — *Appello Modena*, 17 marzo 1874. *Segrè—Rovighi. Mon. Trib.*, XV, 852.

45. Perchè possa concedersi l'esecuzione provvisoria di una sentenza occorre che la domanda sia appoggiata ad un documento la di cui prova emerga intuitiva dall'atto, e risulti dalla interpretazione o dalla intelligenza logica e ragionevole delle clausole in esso contenute, nè basta che la domanda stessa si fondi sopra una prova dedotta indirettamente da documenti autentici o da privata scrittura riconosciuta. — *Appello Bologna*, 10 aprile 1874. *Venturini—Chifenti e Cherubini. Legge*, XIV, 1032.

46. I motivi pei quali può essere accordata l'esecuzione provvisoria della sentenza sono tassativamente designati dall'articolo presente, nè a questi se ne possono sostituire od aggiungere altri per via di argomenti o di analogia.

Spetta ai giudici del merito, ed è incensurabile in cassazione, l'apprezzamento dei motivi pei quali vi sia pericolo nel ritardo e sia quindi da accordarsi l'esecutorietà provvisoria. — *Cass. Firenze*, 14 luglio 1874. *Leonetti—Aldobrandini. Gior. dei Trib.*, III, n. 262.

47. Per ordinare l'esecuzione d'un fatto, basta che il medesimo sia eseguibile in confronto dell'obligato renitente con mezzi indiretti, nè importa che non lo possa essere coi mezzi di esecuzione forzata diretti, specificati nel libro II Cod. proc. civ. — *Cass. Firenze*, 1 febbraio 1875. *Teixeira de Matos—Mayrargues. Annali*, IX, 515.

48. Il pericolo nel ritardo al quale si vuole ovviare colla provvisoria esecuzione della sentenza, consiste in ciò che l'azione della giustizia ritardata per causa dell'appello sia per rimanere in tutto o in parte priva di effetto. — *Appello Bologna*, 24 marzo 1875. *Arioli—Pubblico—Ministero. Gior. dei Trib.*, IV, n. 134.

49. L'esecuzione provvisoria non può accordarsi fuori dei casi tassativamente stabiliti dalla legge.

Fra i casi di eccezione non è compreso quello di condanna per titolo di danni.

Dove non siavi certezza ed urgenza del diritto, e sia questo disputabile anco all'effetto della determinazione della quantità del credito richiesto, non può essere promossa la esecuzione prima che il diritto stesso non sia stato definito in appello, non solo in genere, ma anco in riguardo alla quantità della somma effettivamente dovuta.

Il documento di cui parla il n. 1 di questo articolo deve, per l'effetto della esecuzione provvisoria, contenere la prova diretta, integrale ed esclusiva dell'azione proposta, da rendere manifesto il buon diritto dell'attore, e rimoto il pericolo di una successiva ripristinazione dello stato delle cose e di probabili vessazioni contro la persona del condannato. — *Appello Firenze*, 1 maggio 1875. *Zauli-Naldi—Machella. Annali*, IX, 213.

50. I casi in cui può ordinarsi l'esecuzione provvisoria sono tassativamente indicati dalla legge.

Si può accordare l'esecuzione provvisoria per lo sfratto da immobili anche prima dello espiro della locazione, e quindi per altre cause, oltre la decorrenza del termine, se la locazione non dipenda da titolo scritto.

La semplice insolvenza del debitore non è un estremo che costituisca quel pericolo nel ritardo per cui è ammessa l'esecuzione provvisoria della sentenza nella parte che ordinò il pagamento. — *Appello Venezia, 4 maggio 1875. Squinzato—Da Ros-Ambrosini. Mon. Giud., IV, 464.*

51. Vedi art. 176, sent. n. 22.

1. L'esecuzione provvisoria delle sentenze non può concedersi fuori dei casi tassativamente designati dalla legge, la quale non può applicarsi per analogia. — Borsari, *Comm.* I, p. 487 - Mattei, *Annotaz.* - Gargiulo, *Comm.*, p. 938 - Saredo, *Istit.* n. 637 - Carré e Chauveau, *quest.* 585 - Boncenne, I, p. 149 - Merlin, *Rép. v. Exécut. provis.*

2. L'esecuzione provvisoria può ordinarsi sebbene il titolo autentico, al quale è basata la domanda, sia contestato.

Su questo punto si questionò a lungo in Francia e specialmente perchè nel caso previsto dal n. 1 del nostro articolo, l'art. 135 del Codice francese faceva obbligo ai giudici di ordinare l'esecuzione provvisoria. Carré (*quest.*, 577) e Thomine limitarono la applicazione della legge all'ipotesi in cui sul titolo non fosse sorta disputa; ma non accettarono questa distinzione e limitazione Pigeau (*Comm. t. 1, p. 321*), De Langlade (*t. 3, p. 163*), Berriat (*p. 67, n. 60*) e Chauveau (in Carré, *quest.* 577). Quest'ultimo assai giustamente osserva quanto segue: « Ce texte ne distingue point entre les divers titres authentiques, celui qui est contesté, de celui qui n'est l'objet d'aucune attaque. Il ne pouvait pas même faire cette distinction; car, lorsqu'il existe un titre authentique, il est difficile, à moins que ce titre ne soit attaqué, qu'il y ait matière à décision judiciaire. C'est par la voie d'exécution que l'on procède alors, et, aucune demande n'étant formée, la justice n'est point appelée à prononcer. Toutes les fois donc qu'une condamnation judiciaire aura lieu sur le fondement d'un titre authentique, elle sera la suite d'une décision rendue sur une contestation dont ce titre était l'objet. Si l'exécution provisoire n'était pas de règle dans ce cas, on ne voit pas à quels jugements s'appliquerait la première partie de l'art. 135. Qu'importe, que l'authenticité soit contestée, si le tribunal ne fait pas droit à cette contestation? Lorsqu'il la rejette, peut-il se dispenser de prononcer tous les effets de sa décision? Si cette décision déclare et reconnaît le titre authentique, lui est-il permis d'agir ensuite contrairement à ce qu'il a reconnu, de prendre les mêmes précautions que si le titre n'était pas authentique? »

Sebbene anche in questo caso il giudice abbia facoltà e non obbligo, secondo il Codice attuale, di ordinare che la sentenza si eseguisca provvisoriamente e quindi codesta disputa abbia per noi un valore relativo, tuttavia si rammentino codeste acutissime osservazioni dello scrittore francese e si abbia riguardo al testo preciso anche del nostro articolo, che non permette alcuna distinzione. — *Conformi*: Borsari, *Comm.* I, p. 487 - Mancini, *Comm. Cod. Sardo*, II, n. DCLXXIV.

3. L'istanza d'esecuzione provvisoria della sentenza può farsi in qualunque stato di causa, e non è necessario proporla nella citazione. Può quindi chiedersi anche nella comparsa conclusionale non essendo una vera domanda nuova, ma un accessorio della domanda principale. (Vedi art. 176, sentenza n. 22 e nota n. 5). — *Conformi*: Borsari, *Comm.* I, p. 487 - Mattei, *Annotaz.* n. 11 - Saredo, *Istit.* n. 352 e 637 - Chauveau in Carré, *quest.* 583 *bis*. — Gargiulo però ritiene che costituendo una nuova istanza, sebbene accessoria, la suddetta domanda non possa per la prima volta dedursi nella conclusionale a rito formale. (*Comm.* p. 937).

4. La dottrina è d'accordo colla giurisprudenza (vedi sentenze n. 43), nel ritenere che la parte, la quale ha fatto eseguire una sentenza provvisoriamente esecutiva, debba rispondere dei danni verso l'altra parte qualora la sentenza medesima venga riformata. Difatti l'esecuzione provvisoria è ordinata dietro istanza della parte, e per gli articoli 1151 e 1152 Cod. civ. si deve rispondere delle conseguenze di qualsiasi fatto anche causato da semplice imprudenza. « L'exécution provisoire n'est accordée que dans l'in-

térêt du créancier, elle l'est sur la présomption de la justice et de la certitude de son droit. Si cette présomption est détruite par une sentence des juges supérieurs ses effets doivent cesser. Si, en exécutant provisoirement, le créancier ne consultait que son intérêt, il devait le faire à ses risques et périls ». Così il Chauveau in Carré, *quest.* 587 *bis*, e con esso Mattei, *Annotaz.* n. 12 e Saredo, *Istit.* n. 637.

5. È opinione prevalente che le sentenze nei giudizi d'espropriazione non possano essere rese provvisoriamente esecutive. — Borsari, *Comm.* II, p. 217 - Saredo, *Istit.* n. 1039 - Gargiulo, *Comm. art.* 703 - Mattei, *Annotaz. art.* 703 - Carré e Chauveau, *quest.* 2449, ecc. ecc. — Di tale questione tratterò in modo più ampio agli art. 656 e 703.

6. Qualora fosse permessa l'esecuzione provvisoria d'una sentenza senza provvedere nel tempo stesso sull'obbligo della cauzione, riterrei che l'esecutante dovesse intendersene esonerato. Difatti la cauzione è un carico, una condizione apposta alla facoltà di eseguire il giudicato e come tale non può essere sottintesa, ma non trovandosi espressamente stabilita deve ritenersi che il giudice non abbia creduto opportuno di imporla.

7. L'esecuzione provvisoria può accordarsi quand'anche il riconoscimento della scrittura privata sia implicita e tacita a termini dell'art. 282 Cod. proc. civ. e 1321 Cod. civ.

Difatti per l'art. 1320 Cod. civ. ha la forza dell'atto pubblico non solo la scrittura riconosciuta da quello contro cui si produce, ma anche quella che si considera legalmente come riconosciuta, e la sola restrizione fatta dalla legge agli effetti della sua autenticità consiste nella esclusione che l'art. 286 Cod. proc. civ., ne fa dai documenti che possono servire di comparazione nel procedimento di verificaione di scritture. Tuttavia se, come gli è concesso dall'art. 386, il contumace comparendo impugnò la ricognizione tacita della scrittura prodotta dal suo avversario, questa non potrà più da sola fornire la base alla esecuzione provvisoria. — Borsari, *Comm.* I, p. 487 - Gargiulo, *Comm.* p. 938 - Mattei, *Annotaz.* - Saredo, *Istit.* n. 638 - Chauveau in Carré, *quest.* 579 - Pigeau, *Proc.* t. 2, p. 29. — Carré invece insegna che il riconoscimento deve essere formale.

8. Gli autori concordano nell'opinione che il legislatore col n. 4 di questo articolo abbia voluto provvedere allo sfratto in caso di affittanze verbali, mentre aveva già provveduto allo sfratto in base a contratto scritto col n. 1 dell'articolo stesso. Perciò in luogo di « quando vi sia titolo scritto » dovrebbe leggersi *quand'anche*, ed invece di « o il termine sia decorso » e *il termine sia decorso*, così che la fine della locazione costituirebbe una condizione perchè possa permettersi l'esecuzione provvisoria di sentenze di sfratto basate a contratti puramente verbali.

Di conseguenza, anche prima dell'espriro del termine, potrà concedersi provvisoriamente l'espulsione in appoggio a contratto scritto, quando vi sia giusto motivo. — Borsari, *Comm.* I, p. 488 - Mattei, *Annotaz.* n. 7 e 8 - Saredo, *Istit.* n. 638 - Gargiulo, *Comm.* p. 938 - Mancini, *Comm. Cod. Sardo*, II, n. DCLXXV.

9. Poichè in questo articolo non si fa alcuna differenza fra le sentenze definitive e le interlocutorie, non è da accogliersi il dubbio che a queste ultime non possa accordarsi l'esecuzione provvisoria, semprechè, s'intende, la domanda della parte che ottenne la vittoria nello incidente, sia talè da autorizzare la esecutività provvisoria della sentenza di merito. Ciò vale, a mio avviso, anche per le sentenze che pronunziano soltanto sulla competenza. Nè è a dirsi che per la riforma delle sentenze di primo grado cadrebbero nel nulla tutti gli atti eseguiti davanti al giudice di prima istanza, poichè è codesto un effetto necessario anche dell'esecuzione delle sentenze definitive, le conseguenze della quale stanno, come si è detto, a rischio e pericolo dell'esecutante. D'altronde se la legge autorizza l'esecutorietà provvisoria per la stessa sentenza definitiva, a più forte ragione deve ammetterla per le interlocutorie, che non hanno mai per le parti un effetto immediato così grave e ponderoso. — *Confermi:* Chauveau in Carré, *quest.* 1655 *bis* - Thomine, n. 509.

10. Quando diremo che vi ha *pericolo nel ritardo*? Dovremo certamente guardarci dal confondere il *pericolo* col *danno* che dal ritardo alla esecuzione

della sentenza potrebbe derivare, poichè al medesimo si può agevolmente metter riparo con una condanna all'*id quod interest*.

Nemmeno è ammissibile che la semplice insolvenza del debitore basti a costituire il pericolo, il quale poi in ogni caso deve essere specialmente provato. Però non è giusto l'asserire che il pericolo debba cadere sull'oggetto del litigio così che possa seriamente temersi che o per vizio proprio, o per malafede del possessore abbia a scomparire, menomarsi o distruggersi durante il giudizio d'appello. Molto giustamente osserva la *Redazione degli Annali* in nota alla pag. 123, parte II, vol. II, che non è questo il solo ed unico caso di pericolo nel ritardo. V'ha per esempio l'azione contemplata dall'art. 669 Codice civile, la romana *actio damni infecti*, per la quale il pericolo del danno non verte sull'oggetto sul quale dovrebbe poi consumarsi l'esecuzione, ma è il pericolo stesso che serve di fondamento al diritto che si esercita e che pure indubbiamente deve autorizzare la esecutività provvisoria della sentenza. E così possono riscontrarsi altri casi consimili nella applicazione degli articoli 592 e 542 Codice civile. Perciò devesi lasciare una qualche parte all'arbitrio prudente del giudice e concludere che vi ha pericolo nel ritardo quando la giustizia di domani potrebbe riuscire priva di effetto.

Art. 388, 750 c. p. c.

364. L'esecuzione provvisoria ha luogo non ostante opposizione o appello, se non sia stata limitata ad alcuno soltanto di questi mezzi.

L'esecuzione provvisoria non può essere ordinata per le spese del giudizio, quantunque aggiudicate a titolo di danni.

1. La tassa di registro d'una sentenza entra nelle spese di causa e però non può estendersi ad essa l'esecuzione provvisoria della sentenza stessa. — *Trib. Cremona, 25 settembre 1866. Soranzo—Ardemagni. Mon. Trib., VII, 1186.*

2. Per ciò solo che la sentenza contiene la dichiarazione dell'esecutorietà provvisoria dopo la pronuncia di merito e dopo la condanna nelle spese, non devesi dire che abbia violato l'art. 364 che vieta l'esecuzione provvisoria per le spese del giudizio, massime se la controparte non aveva esteso alle spese la domanda dell'esecuzione provvisoria. — *Appello Casale, 22 giugno 1867. Noveriani—Montemerlo. Bettini, XIX, 342.*

3. Il fatto che nel dispositivo della sentenza la dichiarazione di esecuzione provvisoria si trovi dopo la parte che concerne il giudizio sulle spese, non importa per sè che si estenda l'esecuzione provvisoria anche alle spese, se la sentenza non la estenda anche a queste. — *Appello Milano, 7 ottobre 1868. Spargarini—Mezzadri. Mon. Trib., IX, 1036.*

La disposizione del presente articolo non è certamente applicabile ai giudizi contumaciali pei quali l'art. 388 prescrive che la sentenza che condanna il contumace alle spese è esecutiva per questo capo, anche in pendenza del giudizio di merito.

Art. 483 c. p. c.

365. Quando siasi ommesso di pronunciare l'esecuzione provvisoria, non si può ordinare con nuova sentenza, salvo alla parte il diritto di domandarla in appello.

Quando il Tribunale abbia ommesso di pronunciare sulla richiesta provvisoria esecuzione della sentenza, è bensì salvo all'attore il diritto di ri-

proporre la domanda in appello; ma non potendo riproporla che in via incidentale, l'attore è tenuto a portare nel secondo giudizio anche il merito della causa. — *Appello Roma*, 30 dicembre 1871. *Torlonia—Piccioni e Sebastiani. Bettini*, XXIII, 342.

366. La sentenza è pubblicata dal cancelliere, non più tardi della prima udienza successiva al giorno in cui fu sottoscritta, mediante lettura delle parti di essa indicate nei numeri 1, 2, 3, 7 e 8 dell'articolo 360. Non è necessaria nell'atto della pubblicazione la presenza degli stessi giudici che hanno pronunciato la sentenza.

Art. 268 reg. giud.

1. Nel far menzione che la sentenza fu pubblicata a termini di questo articolo non è necessario, e tanto meno prescritto a pena di nullità, nominare i giudici che a quell'udienza intervennero. — *Cass. Napoli*, 30 novembre 1869. *Franco—Franco. Legge*, X, 102. — *Cass. Napoli*, 5 agosto 1871. *Montagna—Bianchi. Gazz. del Proc.*, V, 436.

2. Non è nulla la sentenza se anche non fu pubblicata nell'udienza successiva al giorno in cui fu pronunciata. — *Cass. Napoli*, 5 aprile 1870. *Margherita—Tatulli. Annali*, IV, 54. — *Cass. Napoli*, 9 novembre 1871. *De Cristoforo—Marvaso. Mon. Giud.*, I, 134. — *Cass. Firenze*, 11 novembre 1873. *Novelli—Ceccarelli. Legge*, XIV, 25. — *Cass. Firenze*, 3 marzo 1873. *Donà—Mion. Legge*, XIII, 173. — *Cass. Firenze*, 21 dicembre 1868. *Tatanelli—Bianchi. Annali*, II, 337.

3. Non è nulla la sentenza sebbene in calce alla stessa manchi il verbale di pubblicazione. — *Cass. Napoli*, 9 giugno 1870. *Macri—Siciliano. Annali*, IV, 143.

4. L'attestazione del cancelliere contenuta in calce della copia autentica della sentenza, della sua conformità con l'originale, e la menzione della pubblicazione della sentenza stessa è di ostacolo a dedurre, se non mediante iscrizione in falso, che fosse pubblicata senza i motivi. — *Appello Lucca*, 12 gennaio 1871. *Dubosc—Sonna. Annali*, V, 50.

5. Non è nulla la sentenza avvenuta in procedimento formale, solo perchè pubblicata nel periodo feriale. — *Cass. Napoli*, 5 agosto 1871. *Montagna—Bianchi. Gazz. del Proc.*, V, 436.

6. Per la validità della pubblicazione della sentenza non è necessario che si accenni nel certificato di pubblicazione che furono lette le parti della sentenza indicate negli art. 360, 366. — *Appello Genova*, 23 luglio 1872. *Garibaldi—Gnecco. Bettini*, XXIV, 514.

7. La pubblicazione di una sentenza è l'atto che ne fissa invariabilmente lo stato, e tranne i casi tassativamente indicati nell'art. 473, non si può senza nullità farvi qualsiasi aggiunta dopo la pubblicazione. — *Cass. Torino*, 9 ottobre 1872. *Oddone—Buratore. Mon. Giud.*, I, n. 5.

1. La disposizione intorno al tempo in cui ha da seguire la pubblicazione delle sentenze non è prescritta a pena di nullità. — Borsari, *Comm. I*, p. 489 - Gargiulo, *Comm. p.* 941 - Saredo, *Istit. n.* 640 - Mattei, *Annotaz.*

2. Insegna Saredo (*Istit. n.* 640) che l'omissione d'una delle indicazioni volute dal presente articolo in relazione all'art. 360 importerebbe nullità. All'invece il Borsari (*Comm. I*, p. 489) ritiene, e credo con ragione, che vi sia nullità, e si intenda mancare la pubblicazione quando soltanto i numeri 1 e 7 fossero stati dimenticati dal cancelliere.

§ II.

Della notificazione delle sentenze e delle ordinanze.

Art. 134, 158, 159, 160,
168, 385, 390, 408, 437, 467,
486, 562 c. p. c.

367. La sentenza è notificata alla parte nella residenza dichiarata, o nel domicilio eletto o dichiarato in conformità degli articoli 134 n. 5, 158 n. 2, e 159 n. 2. In mancanza di elezione o dichiarazione la notificazione è fatta al procuratore.

L'ordinanza è notificata ai procuratori che non siano stati presenti alla pronunciazione di essa.

Quando il procuratore sia morto, o abbia cessato dalle sue funzioni, le notificazioni, che dovrebbero farsi ad esso, si fanno alla parte personalmente, e nell'atto di notificazione si fa menzione della morte del procuratore, o della cessazione di lui dalle sue funzioni.

1. Perchè si possa validamente notificare la sentenza al domicilio eletto o dichiarato, l'elezione o dichiarazione deve essere stata fatta o nell'atto stesso di citazione o con atto separato, da depositarsi insieme al mandato al primo comparire in giudizio.

A tale dichiarazione o elezione non suppliscono le enunciazioni fatte negli atti e nelle comparse di causa.

Appello Torino, 23 novembre 1868. Osella—Barberis. Annali, II, 567.

Cass. Torino, 14 aprile 1869. Raffaini—Mambretti. Annali, III, 118.

Appello Torino, 27 novembre 1869. Quarello—Doron. Giurispr. VII, 73.

Appello Firenze, 4 febbraio 1870. Tonelli—Bettini. Annali, IV, 28.

Cass. Torino, 15 giugno 1870. Negri—Duchessa D'Aosta. Giurispr. VII, 553.

Cass. Torino, 13 marzo 1872. Namias—Alessandri. Annali, VI, 211.

Appello Lucca, 22 dicemb. 1873. Finanza—Ferr. Merid. Annali, VIII, 36.

2. E nulla la notificazione della sentenza fatta al procuratore quando la parte abbia dichiarato od eletto domicilio o residenza.

Appello Brescia, 28 genn. 1867. Mambretti—Raffaini. Mon. Trib. VIII, 361.

Cass. Napoli, 4 maggio, 1868. Ciliberti—Turilli. Gazz. Trib. Nap. XXI, 441.

App. Casale, 20 maggio 1868. Zucchella—Zucchella. Temi Casalese I, 222.

Cass. Torino, 6 novembre 1868. Feglio—Diena. Giurisprud. VI, 621.

Appello Napoli, 7 dicembre 1868. Faggiana—Trezzi. Gazz. Proc., III, 397.

Appello Lucca, 28 maggio 1869. Bozzi—Narchi. Gazz. Trib., XXI, 776.

Appello Napoli, 22 ottobre 1869. Censale—Sacco. Gazz. Proc. IV, 462.

Cass. Torino, 10 febbraio 1870. Soresi—Magistrati. Gior. Leggi II, 45.

3. La notificazione della sentenza al procuratore deve farsi in tante copie quante sono le persone delle parti da esso rappresentate.

Appello Brescia, 4 dicembre 1867. Ferrari—Mattini. Annali, II, 651.

Cass. Torino, 17 gennaio 1868. Crida—Tua. Annali, II, 41.

Appello Casale, 6 luglio 1868. Scaglia—Gualdi. Giurispr. V, 582.

Appello Casale, 19 luglio 1868. Thoa—Satrigni. Giurispr. VII, 281.

Appello Casale, 23 novembre 1868. Zorino—Conti. Annali, II, 619.

Appello Torino, 10 dicembre 1869. Pronino—Bessone. Giurispr. VII, 117.

Appello Genova, 16 ottobre 1872. Pelliccia—Bassano. Annali, VI, 519.

Appello Casale, 22 dicembre 1873. Finanza—Ferr. Merid. Annali, VIII, 36.

Contra:

Appello Torino, 19 luglio 1867. Crida—Tua. *Annali*, I, 336.

Appello Milano, 24 dicembre 1867. Castaldi—Lorenzoni. *Annali*, II, 23.

4. La disposizione di questo articolo è facoltativa, e perciò è valida la notificazione della sentenza fatta al domicilio reale della parte. — *Appello Casate*, 11 maggio 1867. *Cappa—Migliavacca. Bettini*, XIX, 245. — *Appello Firenze*, 30 marzo 1871. *Galanti—Galanti. Annali*, V, 71. — *Cass. Firenze*, 15 dicembre 1871. *Galanti—Galanti. Annali*, VI, 47.

5. La notificazione delle sentenze fatta altrove che nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto o dichiarato è nulla. — *Cass. Napoli*, 5 maggio 1868. *Ciliberti—Caluchio. Annali*, III, 51.

6. Malgrado che la parte abbia eletto il suo domicilio presso un terzo, pure è valida la notificazione della sentenza fatta al di lei domicilio reale anziché al domicilio eletto. Tanto più se la parte stessa non impugna di avere ricevuta la notificazione della sentenza. — *Cass. Torino*, 28 luglio 1868. *Ambrosio—Fiorio. Annali*, III, 245.

7. La notificazione della sentenza alla donna maritata che non sia fatta anche al marito è nulla e di nullità insanabile, alla quale non si può nè espressamente nè tacitamente rinunciare. — *Appello Cagliari*, 19 giugno 1869. *Simonetti—Simonetti. Annali*, III, 246.

8. Nelle cause commerciali essendo necessario che le parti facciano espressa elezione o dichiarazione di domicilio nel comune dove siede il tribunale, la sentenza è legalmente notificata al procuratore della parte e in mancanza di questo alla cancelleria del tribunale se la elezione e dichiarazione sopradetta non fu fatta. — *Cass. Torino*, 18 novembre 1869. *Sabbatini—Cassone. Annali*, IV, 116.

9. È valida la notificazione della sentenza al procuratore quando la parte non abbia fatta nei modi legali dichiarazione di residenza o elezione di domicilio, e ciò quand'anche questa notificazione sia stata fatta al procuratore nella non vera qualità di domiciliatario della parte. — *Appello Firenze*, 4 febbraio 1870. *Tonelli—Bettini ll. cc. Annali*, IV, 28.

10. È nulla la notificazione della sentenza fatta ad altri che al procuratore quando non consti di alcuna elezione di domicilio. Ma l'appello non sarebbe più proponibile e la nullità della notificazione sarebbe sanata se il notificato citato successivamente a comparire in esecuzione della sentenza stessa non comparve, lasciandosi condannare con sentenza contumaciale. — *Appello Torino*, 14 febbraio 1870. *Baratta—Vair ll. cc. Bettini*, XXII, 102.

11. Essendo molte le parti a cui un'altra abbia da far notificare la sentenza, è valido l'accordo tra loro seguito per cui a risparmio di spese coloro che dovrebbero essere notificati facciano notificare la sentenza a colui che dovrebbe essere il notificante. — *Cass. Torino*, 1 luglio 1870. *Meardi—Municipio di Voghera. Giurisprudenza*, VII, n. 35.

12. La notificazione fatta alla persona è la migliore fra tutte le maniere di notificazione, e perciò non può mai credersi vietata, se la legge espressamente non lo dice. Perciò, non ostante il disposto dell'articolo presente, è valida la notificazione alla persona della parte contraria. — *Cass. Torino*, 29 dicembre 1870. *Provincia di Pavia—Camerini. Annali*, V, 92. — *Appello Torino*, 26 luglio 1867. *Inglair—Costa. Annali*, II, 79. — *Appello Perugia*, 13 gennaio 1869. *Sorbi—Buccioli. Annali*, III, 36.

13. Sia che la parte abbia eletto domicilio presso il suo procuratore, sia che non abbia eletto alcun domicilio, la notificazione della sentenza o della citazione d'appello è sempre legalmente fatta al procuratore. — *Appello Napoli*, 18 gennaio 1871. *Sodo—Scatto. Annali*, V, 273.

14. L'elezione di domicilio fatta originariamente presso il procuratore legale rimane ferma sebbene la parte abbia poi surrogato altro procuratore senza però costituirlo suo domiciliatario.

In tal caso è nulla la notificazione della sentenza fatta a questo procuratore surrogato. — *Cass. Napoli, 4 marzo 1871. Agresti—Salernitano. Annali, V, 158. — Appello Perugia, 29 maggio 1873. Cruciani—Riveruzzi. Annali, VII, 657.*

15. Se uno stesso individuo abbia il domicilio reale in un luogo e la residenza in un altro, la sentenza (come la citazione) deve essergli notificata alla residenza e non al domicilio. — *Appello Firenze, 30 marzo 1871. Galanti—Galanti. Annali, V, 71.*

16. Non vi ha bisogno nè di estrarre copia, nè di eseguire la notificazione d'una sentenza, che, per difetto nei documenti prodotti, dichiara non farsi luogo a deliberare nello stato degli atti. Può quindi, senz'altro, regolarmente riproporsi la causa, depositando i documenti. — *Cass. Napoli, 1 aprile 1871. Cappella-Loretano—Monaco. Annali, V, 191.*

17. La notificazione della sentenza in causa contro il Demanio che sia comparso ed abbia costituito procuratore, deve essere fatta non già nella persona del ricevitore, al quale sia stata notificata la citazione, ma bensì alla stessa Amministrazione nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto o dichiarato ed in mancanza di tale dichiarazione o elezione al di lei procuratore. — *Cass. Napoli, 13 settembre 1871. Martire—Demanio. Mon. Trib., XII, 1041.*

18. Quando la notificazione della sentenza di prima istanza pecchi di nullità ed il soccombente non pertanto proponga il suo appello senza proteste o riserve sulla nullità stessa, viene col solo fatto dell'appello a sanarla, nè può più in appresso dedurla per salvare dall'eccezione di serietà un secondo appello che egli abbia poscia proposto. — *Appello Firenze, 28 dicembre 1872. Ferrovie Meridionali—Ministeri finanze e lavori pubblici. Annali, VII, 15.*

19. In quel modo che l'attore può fare la dichiarazione o la elezione di residenza o domicilio nell'atto stesso di citazione senza bisogno di uno speciale atto autentico o autenticato, nel modo stesso il convenuto, indipendentemente da un consimile atto, può fare la dichiarazione o la elezione sopradetta nell'atto di costituzione di procuratore. — *Appello Genova, 1 giugno 1872. Boccone U. cc.—Comune di Bagnone U. cc. Annali, VI, 373.*

20. Non equivale a notificazione giudiziale, e non è atta a far decorrere il termine per la interposizione d'appello, la dichiarazione del procuratore di ritenersi notificato della sentenza. — *Appello Modena, 15 aprile 1873. Pacchioni—Moreali. Annali, VIII, 92.*

21. Anche nelle cause in cui abbia figurato il Governo con la rappresentanza di più ministeri aventi nella medesima un interesse separato e distinto in relazione al ramo speciale di amministrazione cui sono rispettivamente proposti, la sentenza deve essere ad essi notificata col rilascio di una copia per ciascuno. — *Appello Lucca, 22 dicembre 1873. Ministeri finanze e lavori pubblici—Società Ferrovie Meridionali. Annali, VIII, 36.*

22. È nulla la notificazione dell'ordinanza sopra un incidente di prova fatta alle parti in persona, anzichè al loro procuratore e domiciliatario in causa.

La nullità di tale notificazione porta di conseguenza anche la nullità della sentenza relativa all'incidente, pronunciata in contumacia delle parti e del loro procuratore, e ciò sebbene la comparsa conclusionale dell'incidente sia stata notificata al procuratore della parte stessa. — *Appello Venezia, 10 aprile 1874. Negrella—Matteacci. Gior. dei Trib., III, 179.*

23. Le sentenze devono notificarsi giusta questo articolo. Ogni altra notificazione che si compia diversamente, quantunque fatta personalmente alla parte, non può considerarsi valida per gli effetti della decorrenza dei termini perentori. — *Appello Napoli, 19 ottobre 1874. Amorosi—Jonaccone, Bettini, XXVI, 628.*

24. Quest'articolo disponendo che la sentenza è notificata nella residenza dichiarata, ovvero nel domicilio eletto in conformità agli art. 134 n. 5; 158 n. 2, 159 n. 2, ammette espressamente la regolarità della notificazione fatta nel primo dei detti due modi e cioè alla residenza reale della parte.

La notificazione in persona propria è di sua natura la più sicura nell'interesse delle parti. — *Appello Venezia, 19 aprile 1875. Anderlini—Festorazzi. Gior. dei Trib., IV, 148.*

1. « Non può procedersi all'esecuzione di una sentenza o di un provvedimento qualsiasi, se non precede la loro notificazione; è questo un canone fondamentale degli atti del procedimento giudiziario.

« Una ragione comune a tutte le sentenze è prevalente perchè la notificazione delle medesime si faccia al procuratore e non alla parte. Il procuratore che ha trattato la causa deve ben sapere se il giudizio è stato regolarmente continuato, se la spedizione fu quale doveva essere, cosa resti a fare. La parte per lo più ignora quali possono essere le conseguenze giuridiche della pronunciata sentenza, quali le operazioni da intraprendersi in esecuzione di essa, se convenga eseguirla o impugnarla.

« L'esperienza ha dimostrato che per conoscere la condotta da tenere la parte cui fu notificata la sentenza si presenta al suo procuratore perchè le porga le opportune direzioni. Nè sembra potersi temere che il procuratore sia negligente nel far conoscere alla parte la notificazione della sentenza ed il tenore di questa, poichè la responsabilità che incontrerebbe col frapporre ritardi all'adempimento dei suoi doveri è valida garanzia per escludere la probabilità del ritardo. D'altronde giova notare che colla sua negligenza il procuratore più facilmente può pregiudicare all'interesse del suo cliente nel corso del procedimento, tralasciando di rispondere ad una difesa dell'avversario, non contraddicendo all'ammissione di una prova, trascurando di proporre la prova contraria nei termini stabiliti, o di compiere qualsiasi altro atto di difesa nel tempo utile; nei quali casi la responsabilità del procuratore è ben più difficile ad accertare, per le questioni di fatto e di diritto, le quali possono esservi connesse, che non avvenga dal semplice fatto di aver ommesso o indugiato di portar a cognizione del suo cliente la notificatagli sentenza.

« Non pare poi ammissibile il sistema di quei Codici che richiedono sempre la notificazione della sentenza al procuratore ed alla parte. Esso, oltre a dar luogo a numerose e sottili controversie, importa una doppia spesa a carico dei contendenti senza che sia richiesta nell'interesse dell'amministrazione della giustizia.

« Fu per queste ragioni che il progetto, dice il Pisanelli, adottò il sistema per cui le sentenze, come i provvedimenti, si notificano al procuratore, anziché alla parte. Però non è richiesta la notificazione dei provvedimenti se non ai procuratori che non furono presenti alla loro pronuncia. Quando il procuratore fosse morto od avesse altrimenti cessato dall'esercizio, la notificazione delle sentenze e dei provvedimenti deve farsi alla parte medesima nei modi stabiliti per la citazione. Tale notificazione si dovrà pur fare alla parte nei casi specialmente determinati dalla legge. »

Il ministro guardasigilli non fu però molto tranquillo sulla bontà di questo sistema, e alla Commissione che doveva esaminare il progetto, propose il seguente quesito: « Non è pericoloso l'ammettere che le sentenze si debbano notificare ai procuratori e non alle parti? Si può ammettere al riguardo la distinzione tra sentenze interlocutorie e sentenze definitive, prescrivendo che le prime siano notificate ai procuratori, le seconde alle parti medesime? ».

Fu seria la discussione sorta in seno alla Commissione intorno a tale quesito, e dopochè da un lato si posero innanzi i pericoli del notificare tutte le sentenze ai procuratori, secondo il sistema del progetto, e dall'altro gli inconvenienti derivabili dalla notificazione personale alle parti, si passò alla votazione dei seguenti quesiti:

1. « Non è pericoloso l'ammettere che le sentenze si debbano notificare ai procuratori e non alle parti? ».

E la Commissione deliberò che ciò è *pericoloso*, a voti 8 contro 3.

2. « Se le parti contendenti, attore e convenuto, nei giudizi avanti i tribunali e le corti d'appello siano da obbligare ad eleggere domicilio, con indicazione precisa del luogo nel circondario o distretto del tribunale o della corte dove penda la causa; nel qual domicilio dovranno notificarsi le sentenze alle parti, salva sempre la facoltà di fare la notificazione direttamente alla persona ».

La Commissione adottò la proposta con voti 6 contro 5.

Il sistema che risultò da quella votazione è così esposto nella *Relazione* Vacca a S. M.:

« Le parti sono chiamate a dichiarare la residenza o il domicilio che abbiano nel Regno; se non abbiano l'una o l'altro nel Regno, devono e possono in ogni caso eleggere domicilio nel comune dove risiede l'autorità giudiziaria davanti cui è portata la causa; e ciò nell'atto di citazione o rispettivamente negli atti di costituzione dei procuratori. La elezione o dichiarazione può essere mutata, ma conserva il suo effetto giuridico finchè la mutazione non sia notificata all'altra parte. Alla residenza dichiarata o al domicilio eletto o dichiarato si notificheranno le sentenze.

« Mancando la elezione o la dichiarazione, supplisce, com'era necessario, la legge col disporre che la notificazione si faccia al procuratore. Per somigliante guisa, la legge non impone alle parti una fiducia sconfinata nei procuratori, ma lascia bensì alle parti la facoltà, conveniente e giusta, di riporla in essi mediante la elezione di domicilio presso di loro. La legge riconosce le difficoltà e gli inconvenienti di notificare le sentenze alle parti personalmente, ma, provvedendo a menomarli o toglierli, *non priva le parti di questa garanzia* che esse credano per avventura necessaria.

Ho voluto riferire un po' distesamente i lavori preparatori del Codice attuale perchè mi parve che dai medesimi potesse trarsi un buon sussidio nella soluzione di alcune questioni che intorno al presente articolo si sono fatte, e scorgere colla massima evidenza quale sia il sistema che colla disposizione in esso contenuta il legislatore ha inteso di adottare.

Anzitutto dalla relazione che ho premessa è luminosamente stabilito che se fu fatta elezione di domicilio in valida forma, la sentenza non può notificarsi al procuratore che non sia anche domiciliatario. La notificazione al procuratore è suppletoria, è autorizzata solo nel caso in cui la parte non abbia dichiarata la propria residenza o eletto o dichiarato il proprio domicilio. Ciò risulta eziandio dal tenore dell'articolo, nè a d'uopo di ulteriore dimostrazione.

Più seria invece è l'altra questione se, non ostante la elezione di domicilio, si possa validamente notificare la sentenza alla parte in persona e, quello che è più, anche soltanto alla sua residenza. Non credo nemmeno discutibile la facoltà di notificare la sentenza alla parte *in persona*, consegnandone copia a lei medesima, dappoichè è assurdo che si possa intaccare di nullità la notificazione che meglio delle altre fa raggiungere lo scopo di portare la sentenza a cognizione della parte direttamente, e la notificazione personale fu sempre ritenuta ed è logicamente la migliore tra tutte.

L'osservazione che in contrario si fa, che cioè può interessare alla parte che la sentenza sia notificata a quella persona presso la quale elesse domicilio o presso il procuratore, perchè in loro ripone intera fiducia per l'esecuzione di quanto nella sentenza è disposto, è combattuta completamente dalle ragioni che consigliarono ai Commissari l'abbandono del sistema del progetto che rendeva obbligatoria la notificazione al procuratore.

Ma come può farsi la notificazione alla parte *in persona propria*, è lecito prescindere dal domicilio elettivo e preferirvi la residenza o il domicilio reale? A me sembra che sì, ed ecco perchè:

Dalla discussione che sul progetto ebbe luogo in seno alla Commissione nonché dalla Relazione Vacca, che la riassume, si è veduto che, nonostante le disposizioni dell'art. 367, si intese di lasciare in facoltà del notificante di far eseguire la notificazione della sentenza alla parte *personalmente*: « salva sempre la facoltà di fare la notificazione direttamente *alla persona* », dice precisamente la seconda deliberazione della Commissione. Quale è però il significato che dobbiamo dare alle parole « *personalmente* » « *alla persona direttamente* ? »

È a notare che l'art. 226 del Codice sardo 1859 per le sentenze definitive e provvisoriale imponeva la notificazione alla parte *personalmente* e che finché vigea quel Codice nessuno à mai dubitato che questo modo di notificazione consistesse precisamente nella consegna della sentenza alla parte alla sua residenza o al suo domicilio reale. (Vedi Pisanelli, *Comm. IV, n. CCCLXXXVI e seg.*). Così, anche nella interpretazione del Codice attuale è ormai opinione prevalente che le anzidette parole si riferiscano al domicilio della parte, in opposizione al domicilio del suo procuratore.

Del resto la convinzione che colle disposizioni di questo articolo siasi voluto dare una facoltà, fare una concessione al notificante e non imporgli un dovere, si trae profonda dall'esame delle ragioni pro e contro il progetto accennate dai membri della Commissione. Dopo che venne adottata la massima di non prescrivere la notificazione al procuratore, vi fu tra i Commissari chi giustamente osservò che la notificazione alla parte poteva essere resa oltremodo difficile nei casi di morte o di cambiamento di domicilio o residenza. Perciò si propose che la notificazione della sentenza potesse farsi al procuratore tutte quelle volte che la parte non avesse usato la diligenza di eleggere domicilio nei modi di legge, offrendo così al notificante un modo molto agevole per far pervenire all'avversario la notizia del giudicato. Se adunque è incontrastabile che si è data la preferenza al domicilio eletto sopra quello del procuratore, sta pure che non fu vietata, ed anzi venne ammessa esplicitamente la notificazione al domicilio reale, come quella che offriva ancor maggiore garanzia pel notificato. — *Conformi*: Borsari, *Comm. I, p. 490* - Gargiulo, *Comm. p. 944* - Saredo, *Istit. n. 641* - *Giurisprudenza, VIII, 117 in nota*.

2. Quando si avrà però, per gli effetti della notificazione della sentenza, una valida e legale dichiarazione di residenza, una efficace dichiarazione o elezione di domicilio?

Questo articolo richiama gli art. 134, n. 5, 158, n. 2, e 159, n. 2, e perciò è a tenersi per fermo che legale dichiarazione o elezione sia per l'attore quella soltanto che egli ha fatta nell'atto di citazione o posteriormente, prima della scadenza del termine di comparizione, con deposito in cancelleria di apposito e speciale atto in forma autentica o per scrittura privata debitamente autenticata (art. 190 reg. gen. giud.), e pel convenuto quella unicamente che in quest'ultimo atto sia stata espressamente fatta. Si noti poi che siccome la legge quando parla dell'atto prescritto dagli art. 158, n. 2, e 159 n. 2, accenna ad un atto *ad hoc*, che indichi in modo indubbio la volontà della parte, così non si possono ammettere equipollenti in questo argomento e deve escludersi che l'enunciazione di residenza o domicilio o l'elezione di domicilio possa essere semplicemente opera del procuratore.

Tuttavia riterrei che non sia necessario l'atto separato quando l'elezione o la dichiarazione si faccia nello stesso mandato al procuratore e non sia permesso il dubbio, pure sollevato da qualche decisione, che dessa, se contenuta nella procura, più che la ferma volontà della parte, non rappresenti che una formula del notaio. È facile il comprendere che con simili argomenti qualsiasi atto scritto perderebbe ogni valore e sarebbe troppo facilmente impugnabile, potendo tutte le dichiarazioni ed i patti contrattuali essere ravvisati, seguendo od ampliando un po' questo concetto, come mere formule convenzionali, tolte al frasario del notaio, invece che la espressione della volontà dei contraenti, la redazione delle condizioni del contratto. L'art. 190 del R. G. prevede, a mio avviso, l'ipotesi che l'elezione o dichiarazione di cui parliamo, non si trovi nel mandato, e sia d'uopo di farla con atto separato, ed in questo caso prescrive che l'atto abbia una forma che ispiri piena fiducia nelle attestazioni che vi si contengono.

3. È sempre valida la notificazione della sentenza al procuratore?

L'art. 367 non lascia dubbio, a mio credere, sulla nullità della notificazione fatta al procuratore quando vi è dichiarazione di domicilio o di residenza, o elezione di domicilio. Il procuratore, in forza del mandato *ad lites*, non ha facoltà e qualità giuridica per ricevere la notificazione della sentenza. Sta bene che in mancanza di altre contrarie dichiarazioni si presuma che la parte abbia eletto domicilio presso il procuratore, ma esistendo la dichiarazione o elezione espressa, è tolto al procuratore il mandato tacito, pel quale soltanto egli poteva essere abilitato a ricevere la notificazione della sentenza.

4. La quasi piena conformità dei giudicati ha risolto la controversia se notificandosi la sentenza al procuratore gli si debbano rilasciare tante copie quanti sono i suoi clienti. La soluzione affermativa oggi prevalente è fondata all'art. 368, il quale ordina che la notificazione della sentenza debba seguire nel modo e nelle forme stabilite per la notificazione della citazione ed è sorretta dalle considerazioni seguenti: che anche notificandosi la sentenza al procuratore, l'atto di notificazione deve essere però sempre diretto alle parti stesse ed al procuratore non si fa che la materiale consegna della copia come si farebbe alle persone indicate dall'art. 139 Codice procedura civile o al domiciliatario; che il procuratore deve potere a sua volta trasmettere a ciascuno dei suoi clienti una copia della sentenza perchè diligentemente e quietamente la esamini e si determini sulla opportunità di appellarla; e finalmente che le parti, le quali in primo giudizio erano rappresentate da un solo procuratore, potrebbero non esserlo in grado d'appello, ed è mestieri perciò che ciascuna abbia una copia della sentenza per poterla rimettere al proprio rappresentante.

Per conseguenza, se l'uscieri venisse incaricato di notificare una sentenza a più parti presso un solo procuratore, ed a tal' uopo gliene fosse consegnata una sola copia, dovrebbe rifiutarsi allo esaurimento dell'incarico, non potendo egli prestarsi a far cosa vietata dalla legge. (*Conforme*: Dispaccio del Ministro di Grazia e Giustizia 23 novembre 1869 n. 9225, riferito da Gargiulo, *Comm.*, p. 946).

Art. 135-146 c. p. c.

368. La notificazione della sentenza, e dell'ordinanza, indica la persona che l'ha richiesta, e quella a cui è fatta, e si eseguisce mediante consegna di copia nel modo e nelle forme stabilite per la notificazione dell'atto di citazione.

1. L'atto di notificazione della sentenza che non indica a nome di chi viene fatto, manca di un requisito sostanziale e non pone in mora legalmente l'intimato ad appellare. — *Appello Casale*, 9 aprile 1866. *Sacchero—Avidano. Bettini*, XVIII, 127. — *Cass. Torino*, 18 marzo 1875. *Ottolenghi—Colli. Gior. dei Trib.*, n. 89.

2. Quando l'atto originale dell'uscieri comprende la notificazione complessiva di più sentenze ad uno stesso individuo, basta che ogni sentenza notificata porti in calce la copia di quella parte dell'atto, che è relativa alla sua notificazione; nè si richiede che in ogni copia l'uscieri trascriva per intero il suo atto originale. — *Cass. Torino*, 22 novembre 1866. *Albertazzi—Morettino. Annali*, I, 146.

3. La mancanza di indicazione della persona che ha richiesto la notificazione della sentenza non ne produce la nullità, in specie poi quando non possa nascere incertezza ad istanza di chi la notificazione stessa sia stata eseguita. — *Appello Perugia*, 13 gennaio 1869. *Sorbi—Buccioli. Annali*, III, 36.

4. Non è nulla la relazione delle notificazioni delle sentenze se fu fatta sull'originale e sulla copia dell'atto di precetto e formante con esso

un solo atto. — *Appello Lucca*, 13 gennaio 1870. *Perret—Fiers. Annali*, III, 336.

5. La notificazione d'una sentenza fatta a persona domestica della parte senza indicazione dell'uscire d'essersi egli portato alla residenza della parte medesima o al suo domicilio o alla sua dimora, e di non avere ivi rinvenuta la persona, è nulla. — *Cass. Torino*, 15 giugno 1870. *Donà—Finanze. Legge*, X, 749.

6. La notificazione della sentenza in causa contro il Demanio che sia comparso ed abbia costituito procuratore deve essere fatta non già alla persona del ricevitore al quale sia stata notificata la citazione, bensì alla stessa amministrazione nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto o dichiarato, ed in mancanza di tale elezione o dichiarazione al di lei procuratore. — *Cass. Napoli*, 13 settembre 1871. *Martire—Demanio. Mon. Trib.*, XII, 1041.

7. È nulla e non fa decorrere il termine per la notificazione del ricorso in cassazione la notificazione della sentenza eseguita al procuratore alle liti della parte e ad istanza del procuratore alle liti della parte avversa, anziché alla parte e ad istanza di questa. — *Cass. Torino*, 9 febbraio 1872. *Demonticelli—Olini. Bettini*, XXIV, 93.

9. La mancanza di designazione della persona istante la notificazione di una sentenza non porta nullità per incertezza assoluta di essa se uno solo è il contraddittore in causa, e se esistono motivi per credere che niun altro che questi sarebbe stato lo istante. — *Cass. Torino*, 6 marzo 1873. *Arosca—Halein. Bettini*, XXV, 190. — *Cass. Torino*, 14 maggio 1875. *Martina—Borgetto II. cc. Gior. dei Trib.*, IV, n. 160.

1. Dovendo la sentenza notificarsi nei modi e colle forme della citazione, alle persone incapaci o che anno bisogno di assistenza, si farà la notificazione mediante consegna di copia nelle mani di chi le rappresenta o nelle mani loro e di chi le assiste, secondo dispone l'art. 136 C. p. c. Così nei casi in cui colla moglie fu citato anche il marito, la sentenza deve notificarsi eziandio a quest'ultimo, sebbene non sia necessario che egli rinnovi in appello la propria autorizzazione (art. 805 c. p. c.). — Così opinano: *Pisanelli, Comm. Cod. Sardo*, IV, n. CCCXCI e seg. — *Carré e Chauveau, quest.* 1591 — *Pigeau*, t. 2, p. 70. — *Chauveau* cita anzi una decisione 6 marzo 1827 della Cassazione, la quale ha giudicato che il termine d'appello contro una sentenza relativa ai diritti della moglie non decorre senza la notificazione al marito.

2. Siccome per la validità della notificazione d'una sentenza fa d'uopo che sia fatta a cura di chi vi ha interesse ed inoltre la notificazione stessa è soggetta alle forme della notificazione dell'atto di citazione, è necessaria la indicazione della persona ad istanza della quale la notificazione si eseguisce, e la mancanza della medesima importa nullità. — Vedi in senso contrario: *Saredo, Istit.*, n. 645. La nullità non si verifica però quando per le circostanze del caso il notificato non possa dubitare sulla persona del notificante.

369. Le copie delle sentenze, e delle ordinanze da notificarsi sono spedite dal cancelliere o dal procuratore della parte, che fa eseguire la notificazione. Se siano spedite dal procuratore, le copie debbono essere autenticate dal cancelliere.

1. Nelle copie delle sentenze scritte dal procuratore non è necessaria la firma di questi bastando l'autenticazione del cancelliere. — *Appello Napoli*, 24 agosto 1866. *Bourgeois—Diot. Annali*, I, 384.

2. Le copie della sentenza autenticate dal cancelliere spedite da procuratore a procuratore non vanno soggette a registrazione. — *Cass. Napoli*, 17 dicembre 1867. *Demanio—Cantalupo. Bettini*, XIX, 799.

3. È irregolare la notificazione della sentenza quando la copia notificata non è conforme all'originale in qualche parte sostanziale, per esempio quando sia stato omissso il verbale di pubblicazione. — *Appello Brescia*, 20 agosto 1868. *Musi—Boselli. Annali*, II, 657.

4. È irregolare e nulla la notificazione della copia di sentenza eseguita dal procuratore se in calce a tale copia non vi sia l'autentica del cancelliere quanto al contenuto, ma solo l'autentica del procuratore stesso. — *Appello Torino*, 25 giugno 1875. *Guastalla—Pons. Gior. dei Trib.*, IV, n. 222.

SEZIONE XI.

Delle spese.

Art. 345, 364, 388, 439, 463, 517, 541, 542, 550, 571 p. c.; 224, 272 reg. giud.; 1151, 1224 seg. c. c.; 134 legge di registro.

370. La parte soccombente è condannata nelle spese del giudizio, e, trattandosi di lite temeraria, può inoltre essere condannata al risarcimento dei danni.

Quando concorrano motivi giusti, le spese possono dichiararsi compensate in tutto o in parte.

Se siasi omissso di pronunciare sulle spese, si provvede con nuova sentenza sull'istanza della parte interessata, con citazione in via sommaria.

1. Quand'anche ambe le parti in qualche capo delle loro istanze abbiano dovuto soccombere, può il giudice, se lo creda giusto, condannare nelle spese totali una sola delle parti senza soggiacere a censura di cassazione. — *Cass. Palermo*, 10 aprile 1866. *Quarteraro—Quarteraro. Legge*, VI, 1174. — *Cass. Torino*, 10 gennaio 1868. *Angeletti—Neri. Legge*, VIII, 317.

2. Il soccombente nelle contestazioni da lui sollevate deve rimborsare alla controparte le spese di registrazione e bollo dei documenti che dovette presentare onde far risolvere le indebite pretese. — *Appello Genova*, 15 giugno 1866. *Anselmi—Ferro. Gazz. dei Trib.*, XVIII, 781. — *Appello Torino*, 28 giugno 1867. *Varetti—Lora-Pirano. Giurispr.*, IV, 498. — *Appello Genova*, 27 febbraio 1869. *Cugnasca—Bonetti. Gazz. dei Trib.*, XXI, 488. — *Appello Torino*, 15 febbraio 1870. *Monaco—Sejmandi. Giurispr.*, VII, 260. — *Appello Torino*, 23 maggio 1871. *Cattaneo—Sozzani. Giurispr.*, VIII, 435.

3. L'aver ottenuto giudizio favorevole in prima istanza è uno dei giusti motivi per compensare in appello le spese di entrambi i giudizi. — *Appello Milano*, 5 settembre 1866. *Finanza—Almoro. Mon. Trib.*, VII, 1013.

4. La riserva del giudizio sulle spese al definitivo non viola l'art. 370 giacchè egli è in definitivo che può il giudice conoscere meglio e decidere sulla compensazione delle spese ove occorra.

Ciò d'altronde non fornirebbe mai motivo di cassazione, ma si di gravame in appello. — *Cass. Firenze*, 18 febbraio 1867. *Ghilli—Ciambellini. Legge*, VII, 206.

5. Il giudice nel provvedere circa alle spese si determina apprezzando

in cumulo tutte le circostanze della causa e non à bisogno di discendere perciò intorno a tale provvedimento ad una motivazione minuta e specializzata. La speciale motivazione sarebbe però necessaria se le parti avessero sulle spese fatta speciale contesa. — *Cass. Torino*, 27 novembre 1867. *Rossi—Sant'Agata. Mon. Trib.*, VIII, 1168. — *Appello Torino*, 8 maggio 1867. *Giurisprudenza*, IV, 421. — *Appello Casale*, 9 aprile 1869. *Giurisprudenza*, VI, 433.

6. Fra le spese del giudizio nelle quali deve essere condannato il soccombente devonsi comprendere anche gli onorari dell'avvocato quando l'opera di questo sia stata utile alla difesa del vincitore. — *Appello Firenze*, 20 maggio 1868. *Guarmacci—Ferrovie Romane. Annali*, II, 224. — *Appello Lucca*, 10 giugno, 1868. *Betti—Baldi. Annali*, II, 252.

7. Il tribunale d'appello, malgrado riformi la sentenza dei primi giudici, può tener ferma la loro pronuncia nelle spese. L'omissione di una pronuncia che modifichi la condanna nelle spese del primo giudizio si ha per conferma in questa parte della sentenza appellata. — *Cass. Torino*, 23 maggio 1868. *Levi—Estivante Colombier. Annali*, II, 196.

8. Nella condanna alle spese a favore del litigante miserabile non si comprendono gli onorari dell'avvocato, ove questi non siagli stato deputato dalla Commissione di gratuito patrocinio. — *Appello Lucca*, 30 maggio 1868. *Bertolini—Bertolini. Annali*, II, 226. — *Appello Lucca*, 27 febbraio 1873. *Colombrini—Colombrini. Legge*, XIII, 1080.

9. La parte che si è ingiustamente opposta all'ammissione d'una prova, deve essere condannata nelle spese del giudizio incidentale colla stessa sentenza che ammette la prova richiesta. — *Appello Milano*, 24 giugno 1868. *Landriani—Ghiringhelli. Annali*, II, 450.

Contra: *Appello Brescia*, 13 dicembre 1867. *Gallarati Scotti—Foa. Annali*, II, 449. — *Appello Brescia*, 16 marzo 1868. *Locatelli—Borroni. Mon. Trib.*, IX, 726.

10. Sulla statuizione che riguarda le spese non può fondarsi veruna accusa in cassazione. — *Cass. Torino*, 3 luglio 1868. *Ferraro—Vignola. Bettini* XX, 688.

11. Sebbene possa il giudice, secondo i casi, compensare fra le parti le spese di lite non ponno però dichiararsi mai a carico dell'appellante principale le spese di chi appellò per incidente. — *Cass. Torino*, 11 dicembre 1868. *Belviso—De Filippi. Legge*, IX, 248.

12. Il vincitore in giudizio non può condannarsi alle spese fosse anche contumace. — *Cass. Napoli*, 4 marzo 1869. *Chioffi—Schioppa. Legge*, IX, 523.

13. Il disposto di questo articolo, per cui il soccombente va condannato nelle spese ed anche al risarcimento dei danni trattandosi di lite temeraria, non vincola il giudice in modo assoluto, ma segna una norma da seguire a seconda delle varie circostanze. — *Cass. Torino*, 8 maggio 1869. *Comune di Azzio—Devincenti. Legge*, IX, 624.

14. La condanna generica a pagare le spese giudiziali comprende l'obbligo di rimborsare alla parte vincitrice tutte indistintamente quelle spese cui ha dato causa colla mossa lite, e che non sieno superflue; quindi anche quella di intervento in causa di altri, onde rendere legittimo il giudizio.

Se però il terzo intervenne in giudizio all'unico scopo di rendere legittimo il contraddittorio di una parte e di porla in grado di potersi opporre alla domanda avversaria senza prendere conclusione alcuna, e senza che contro di esso se ne sia presa; ed anzi se sia intervenuto in giudizio col ministero dello stesso causidico che rappresentava chi lo evocò, questi avendo vinto colle spese, ha bensì diritto di ripetere le spese della costi-

tuzione del procuratore, della comparsa di deliberazione e tutto al più della comparsa conclusionale ed il diritto di informativa, ma non ha diritto di ripetere le spese fatte al riguardo per il ministero dell'avvocato o per altro. — *Appello Torino*, 11 ottobre 1869. *Associazione generale irrigazione dell'ovest della Sesia—Camparo*. Legge, X, 144.

15. La stampa delle memorie distribuite ai giudici va inclusa nella specifica come spesa di lite. — *Cass. Napoli*, 11 novembre 1869. *Serio—Giordano*. Legge, X, 65.

16. Non può dirsi soccombente in lite e quindi tenuto al pagamento delle spese colui che non comparve dinanzi al primo giudice, il quale si ritenne incompetente, e poscia dinanzi l'appello si rimise alla giustizia del magistrato, benchè questi riformando la sentenza ritenga competente il pretore. — *Cass. Napoli*, 23 novembre 1869. *Napoletano—Napoletano*. Legge, 78.

17. Ogni qualvolta in una causa vi è mutua soccombenza si fa luogo alla compensazione delle spese. — *Cass. Napoli*, 15 febbraio 1870. *Chiesa dei Greci—Antippa* *ll. cc. Annali*, IV, 143.

18. Il convenuto che ha dedotto più eccezioni, tutte però tendenti a un identico scopo, è pienamente vincitore, e deve quindi essere rimborsato di tutte le spese del giudizio sebbene una sola di tali eccezioni sia stata riconosciuta giusta e le altre siano state rigettate. Il convenuto invece che à dedotto una eccezione principale in tesi avente uno scopo più ampio ed altre eccezioni subalterne in ipotesi a scopo più ristretto, se rimanga perdente nella tesi, deve sopportare una ratizzazione nelle spese, tuttochè vinca per le eccezioni subalterne.

Il vincitore, il quale concorda in appello che taluna delle diverse domande dell'avversario, tuttochè non accolta dai primi giudici, era giusta, deve sopportare una rata proporzionale delle spese del giudizio di primo grado. — *Appello Firenze*, 21 marzo 1870. *Tempestini* *ll. cc.—Demanio*. *Annali*, IV, 36.

19. Quando il convenuto ha chiesto il rigetto della domanda dell'attore, ma non ha chiesto egualmente la di lui condanna nelle spese, non può il tribunale pronunciare questa condanna, senza cadere nel vizio di ultra petizione. — *Appello Napoli*, 23 aprile 1870. *Chiarizia—Montalto*. *Annali*, IV, 377.

20. Il vincitore non può pretendere d'essere rimborsato delle spese d'un secondo avvocato quando gli poteva e doveva bastare l'ufficio d'un avvocato solo. — *Appello Firenze*, 17 giugno 1870. *Maggiorelli* *ll. cc.—Lindblom e Prieto*. *Annali*, IV, 476. — *Appello Lucca*, 12 gennaio 1871. *Duboché—Sanna*. *Annali*, V, 50.

21. Chi rimane soccombente in una eccezione è giustamente condannato in parte delle spese. — *Cass. Torino*, 1 luglio 1870. *Macchioli—Traversa*. *Coll. Uff.*, 1870, p. 414.

22. Non ha bisogno di speciale motivazione la condanna nelle spese giudiziali del soccombente nella lite.

Solo essa motivazione sarebbe opportuna quando per giusti motivi il giudice credesse di dichiarare le spese compensate in tutto od in parte. — *Appello Torino*, 24 febbraio 1871. *Cirio—Banco Sconto e Sete*. *Giurisprudenza*, VIII, 296.

Contra: *Cass. Torino*, 24 agosto 1867. *Giurisprudenza*, IV, 567. — *Cass. Torino*, 27 novembre 1867. *Giurisprudenza*, V, 71.

23. Una ingiusta condanna alle spese del giudizio nella sentenza impugnata col ricorso, dà luogo alla censura della cassazione. — *Cass. Napoli*, 11 maggio 1871. *Saraceni—Papaleo. Bettini*, XXIII, 322.

24. Non è motivo legittimo di compensazione delle spese del giudizio il vincolo di parentela e di affinità fra le parti. — *Cass. Napoli*, 28 novembre 1871. *Palamolla—Palamolla. Legge*, XII, n. 3.

25. Il riparto delle spese fra i contendenti è rilasciato dalla legge al prudente arbitrio del giudice e sfugge perciò all'apprezzamento della casazione.

La compensazione delle spese in una lite insorta tra fratelli può considerarsi giustificata dal vincolo che esiste fra di loro. — *Cass. Firenze*, 4 marzo 1872. *Norchi—Norchi. Legge*, XII, n. 43.

26. La molteplicità e gravità delle questioni sono giusti motivi per compensare in tutto o in parte le spese del giudizio. — *Appello Genova*, 4 novembre 1872. *Bignone—Boitano. Annali*, VII, 95.

27. La disposizione di questo articolo, autorizzando l'autorità giudiziaria a condannare la parte soccombente nelle spese, non distingue tra soccombenza parziale o totale.

Ogni apprezzamento nella sua applicazione è quindi interamente abbandonato al prudente arbitrio del giudice. — *Cass. Firenze*, 29 maggio 1873. *Tanfani—Cioci. Gior. dei Trib.*, II, n. 138.

28. È incensurabile il provvedimento del giudice del merito circa le spese della lite, salvo sia in aperta contravvenzione alla legge. — *Cass. Torino*, 26 novembre 1873. *Calasso—Ferro. Gior. dei Trib.*, III, 63.

29. Il debitore condannato alle spese giudiziali ha diritto di fare l'offerta reale, ancorchè a lui non sia stata ancor fatta notificazione della sentenza di condanna. — *Cass. Napoli*, 28 febbraio 1874. *De Martinis—Landi. Legge*, XIV, 584.

30. Le spese dell'offerta reale e del deposito non fanno parte delle spese giudiziarie. — *Cass. Firenze*, 17 marzo 1874. *Raffanini—Finanza. Legge*, XIV, 699.

31. La disposizione generale di questo articolo, pel quale il soccombente deve sopportare le spese di lite, contempla non solo le spese definitive, ma anche quelle preparatorie od interlocutorie. Perciò non è giustificata la riserva sulla decisione delle spese dei giudizi incidentali alla sentenza definitiva, tranne in casi specialissimi per un'equa ed opportuna interpretazione della legge. — *Appello Venezia*, 11 settembre 1874. *Petich U. cc.—Gambara. Gior. dei Trib.*, IV, n. 1.

32. Fra i giusti motivi pei quali si possono compensare le spese vi è il dubbio che in punto di diritto presentava la controversia. — *Cass. Napoli*, 27 aprile 1875. *Farina—Battaglini. Annali*, IX, 169. — *Appello Lucca*, 15 maggio 1875. *Lunardi—Taddei. Gior. dei Trib.*, IV, 316. — *Cass. Firenze*, 5 marzo 1874. *Niccolini—Fumasoni. Annali*, VIII, 119. — *Appello Casale*, 18 luglio 1868. *Signorini—Signorini. Gazz. dei Trib.*, XXI, 10. — *Appello Genova*, 10 dicembre 1868. *Costa—Porto. Gazz. dei Trib.*, XXII, 141. — *Appello Modena*, 8 luglio 1870. *Guiani—Mattioli. Gazz. dei Trib.*, XXII, 773.

33. La condanna nelle spese induce l'obbligo nel soccombente di sopportare quelle della notificazione della sentenza, ma quest'obbligo non si estende a notificazioni molteplici occasionate da fatti non imputabili al notificando. — *Appello Firenze*, 28 giugno 1875. *Lupi—Finanza. Annali*, IX, 282.

34. Quando per colpa del procuratore, che non ha presentato la nota, la tassazione delle spese deve farsi da un giudice delegato, le spese occorrenti per questa tassazione devono stare a carico del procuratore medesimo. — *Appello Trani*, 19 luglio 1875. *Granatiero—Caffarelli U. cc. Annali*, IX, 488.

35. La condanna generica del soccombente nelle spese deve intendersi pronunciata in relazione alla qualità nella quale ha figurato nel giudizio. — Appello Lucca, 1 settembre 1875. Pistelli—Pistelli. *Annali*, IX, 437.

1. Scrive il Pisanelli nella *Relazione*:

« Un principio di ragion naturale proclama che la parte soccombente deve essere condannata alle spese del giudizio. A questa regola furono fatte eccezioni nei vigenti Codici. Fu data facoltà all'autorità giudiziaria di compensare le spese in vari casi. Non parlando del caso in cui ciascuna delle parti soccombe rispettivamente in qualche punto di questione, perchè le spese devono qui trovarsi a carico di ambedue le parti per essere entrambi soccombenti, si autorizzò la compensazione delle spese ove le parti soccombenti siano fra loro unite in vincolo di parentela e di affinità o quando le questioni fossero di grave e dubbia soluzione.

« Il progetto non stabilisce la prima delle accennate eccezioni, poichè essa, proclamata in modo assoluto pel solo rapporto di parentela o affinità, involve una massima ingiustizia. Non si può ammettere che taluno abbia ragione di scusa nell'aver promosso o sostenuto una lite ingiusta e vessatoria, soltanto perchè non la promosse o sostenne contro un estraneo, ma sibbene contro un congiunto. Sembra invece che dal vincolo di parentela, quanto più stretto, sorga più manifesta e più grave la colpa.

« La cosa sta diversamente allorchè la ragione della compensazione vuoi si trovare nel dubbio della questione; il dubbio, se tale appare allo sguardo imparziale del giudice, ha potuto facilmente diventare convinzione in chi aveva interesse. La parte soccombente non ha sempre torto; l'esperienza lo rivela tuttodì. Ma conviene esprimere nella legge che nei casi dubbi, dovrà o potrà l'autorità giudiziaria compensare in tutto o in parte le spese? Non si viene in certo modo a derogare all'autorità del giudizio, al carattere di verità giuridica che informa la decisione finchè non è rievocata? D'altronde sarebbe questo il solo caso in cui il magistrato troverà giusto di compensare le spese? Se queste furono per la maggior parte cagionate dal fatto e dal sistema di difesa imprudentemente o maliziosamente adottato dalla parte vittoriosa, dovranno esse cadere a carico esclusivo della parte soccombente che poteva pur essere in buona fede nel sostenere la lite?

« Si ravvisò quindi opportuno di lasciare alla prudenza del magistrato la compensazione delle spese, subordinandola soltanto all'esistenza di giusti motivi.

2. La condanna nelle spese può essere ordinata d'ufficio?

Discordi sono su questo punto i proceduristi di Francia. Alcuni, ritenendo che le spese sieno una pena pronunciata dalla legge contro chi è sostenuto una pretesa ingiusta e che di conseguenza l'ordine pubblico esige che chi perde sia condannato a rimborsare le spese al suo avversario, si dichiarano per l'affermativa: (Carré, *quest.* 555; Favard, *t.* 3, p. 161, n. 16; Thomine, n. 147 e 148; Dalloz, *t.* 18, p. 291, n. 13). Altri, considerando che la condanna nelle spese più che una pena è una indennità, la rifusione di un danno civile (*propter litem et non propter crimen*), vogliono che sia domandata come qualunque riparazione civile d'un pregiudizio. (Chauveau in Carré, *quest.* 555; Boncenne, *t.* 1, p. 355, Ed. Bruxelles; Boitard, *t.* 1, p. 250, articolo 130). E per l'opinione di questi ultimi che io mi dichiaro con Mancini (II, n. DCLX) e Mattei (*Annotaz.* n. 2), poichè le parole dell'articolo « la parte soccombente è condannata » si trovano in modo simile ripetute anche in altri luoghi del Codice senza che ne risulti l'obbligo di pronunciare d'ufficio e perchè, essendo oggidì permesso di compensare le spese in tutto o in parte, il perdente, quando fosse stato posto sull'avviso, avrebbe potuto sostenere la tesi a sé favorevole, riguardo alle spese in ispecialità, ed ottenere che il giudice la accogliesse.

3. Fu ritenuto che la parte che si rimette alla giustizia del tribunale può anch'essa essere condannata nelle spese ove soccombè, poichè pur non difendendosi a provocato la sentenza. — Carré e Chauveau, *quest.* 550 - Favard, *t.* 3, p. 160, n. 13 - Dalloz, *t.* 9, p. 655 - Gargiulo, *Comm.* p. 958,

4. Quella parte che ammette la domanda del suo contraddittore deve, di regola, rimborsare le spese anteriori alla ammissione medesima, la quale anzi non si considererà valida se non è accompagnata dall'offerta di rimborso. — Pigeau, *Comm. t. 1, p. 309* - Dalloz, *loc. cit.* - Chauveau in Carré, *quest. 550*.

5. Intorno al carico delle spese delle sentenze incidentali crederei che se una distinzione si volesse fare converrebbe seguire quella adottata dalla maggior parte degli autori francesi, tra le questioni incidentali che si esauriscono colla sentenza stessa che le ha decise, come ad esempio quelle che riguardano la eccezione di incompetenza, la nullità, ecc., e le questioni che riflettono l'ammissione di prove ed i risultati delle quali hanno perciò una influenza diretta sulla risoluzione del merito. (Vedi Pigeau, *t. 2, p. 40, n. 510* - Berriat, *Des Dépens, p. 110* - Favard, *note 2, t. 3, p. 160, n. 13* - Dalloz, *t. 18, p. 291, n. 9* - Boncenne, *t. 1, p. 140, n. 108*). La sconfitta nelle prime, appunto perchè indipendente dall'esito finale della lite, è giusto porti seco la condanna nelle spese. Invece la sentenza interlocutoria sulle prove è conveniente riservi il giudizio sulle spese, poichè l'opposizione all'ammissione di una prova che si presentava ammissibile in astratto, può riescire giustificata dalla sicurezza della vittoria in merito e dalla certezza che non avrebbe approvato ad esito alcuno a favore di chi la propone.

È certo però che a tale regola può farsi eccezione in casi speciali, la valutazione dei quali è interamente rimessa al criterio del giudice. — *Conformi*: Mancini, *Comm. Cod. Sardo, II, n. DCLXVI* - Mattei, *Annotaz. n. 6* - Gargiulo, *Comm. p. 958*. — *Contra*: Chauveau in Carré, *quest. 554*.

6. Quando le spese sono compensate, quale è la parte che deve sopportare quelle della sentenza?

Chauveau e Carré (*quest., 561*) - Delaporte (*t. 1, p. 241*) - Dalloz (*Rép., t. 26, voc. Frais et dépens, n. 76 seg., 2ª ed.*) e Mattei, *Annotaz.*, ritengono che le spese della sentenza, e della sua notificazione stiano a carico della parte che la ritira e la notifica, quando il giudice non abbia altrimenti ordinato.

Sottoscrivo anch'io a tale opinione, però con una distinzione. Quando la sentenza sia notificata al solo scopo di far decorrere il termine per impugnarla, la spesa dell'originale starà certamente a carico di chi ha fatto iscrivere la causa a ruolo ed ha fatto al cancelliere il deposito relativo, quella delle copie e della notificazione dovrà essere sopportata dal notificante. Infatti, in questo caso la notificazione è un complemento necessario dell'istanza, avviene per *ultimare definitivamente il giudizio* e rendere il giudicato certo ed irrecclamabile. Ma se la sentenza si notifici in forma esecutiva, *come titolo esecutivo*, allo scopo di darvi esecuzione, allora, sebbene la notificazione possa servire anche per la decorrenza dei termini concessi ad impugnarla, riterrei che la spesa delle copie e dell'usciera (non però dell'originale, che è sempre messo a debito della parte che iscrisse la causa a ruolo) dovesse stare a peso esclusivo del soccombente. Infatti prima della notificazione del titolo esecutivo, il *giudizio* è finito, e la compensazione delle spese pronunciata nella sentenza non può più operare alcun effetto. Cessata la lite abbiamo un creditore di fronte ad un debitore, il vincitore in faccia al vinto, ed è logico, è giusto che questi rimborsi il primo della spesa che incontra per mettere ad esecuzione il giudicato. Se poi la compensazione delle spese fosse invece che semplice, proporzionale, la spesa della sentenza dovrebbe dividersi fra le parti secondo la disposizione relativa alle altre spese.

7. Vedi art. 273, nota n. 2.

371. Quando le parti soccombenti siano più, le spese si ripartiscono tra esse per capi, o in ragione del loro interesse nella controversia.

Art. 1184 c. c.

Se le parti siano condannate per obbligazione solidale, ciascuna può essere dichiarata tenuta alle spese solidalmente.

Se la sentenza non abbia stabilito sulla ripartizione delle spese, questa si fa per capi.

1. Se tutti sono parimenti soccombenti in possessorio di fronte all'altra parte, essi devono essere condannati nelle spese per capi e non in proporzione del maggior o minor interesse rispettivo. — *Cass. Napoli*, 7 maggio 1868. *Pellicia—D'Ambrosio. Legge*, VIII, 803.

2. La condanna solidale nelle spese giudiziali non può esser pronunciata se non quando vi ha obbligazione in solido tra le parti soccombenti nel giudizio. — *Appello Torino*, 18 novembre 1871. *Deperini—Morosini. Legge*, XII, 174.

3. Quando una sentenza condanna più soccombenti nelle spese, devono queste dividersi fra loro, nè può lo stesso tribunale con una successiva pronuncia di tassazione ordinarne il pagamento in solido. — *Appello Firenze*, 12 aprile 1872. *Bernabei—Monte dei Paschi. Annali*, VI, 179.

4. Tutti coloro che hanno preso parte alla contestazione della lite per uno scopo di comune interesse devono essere, in caso di soccombenza, condannati solidalmente nelle spese.

Alla sorte medesima si sottopone colui che interviene volontariamente al giudizio associandosi alle conclusioni della parte che pur rimane soccombente. — *Appello Lucca*, 9 giugno 1873. *Bernardoni ll. cc.—Ribecai ll. cc. Annali*, VII, 233.

1. Quando siano più le parti soccombenti, si fece quistione se tutte fossero tenute solidalmente, o soltanto per capi, o in ragione del loro interesse nella controversia.

È canone di diritto civile che la solidarietà non si presume, ma vuol essere espressamente stabilita dal titolo da cui emana l'obbligazione. La ripartizione delle spese per capi non è sempre giusta, sia avuto riguardo al diverso interesse che ciascuna delle parti ha nel giudizio, sia tenuto conto del sistema di difesa fatto valere da ciascuna. Ma la ripartizione delle spese in ragione dell'interesse non riesce sempre facile a determinarsi; e quando non sia fatta dalla sentenza stessa che condanna alle spese, non deve ammettersi un nuovo giudizio al solo scopo di stabilire la proporzione in cui le parti soccombenti devono contribuire al pagamento delle medesime. Così il Pisanelli giustifica nella *Relazione* le disposizioni dell'articolo presente.

2. La legge nulla dispone sulla ripartizione delle spese fra i soccombenti. Gli autori hanno ritenuto, come regola, la divisione per capi, sia o no solidale il debito per le spese verso la controparte vittoriosa, allorquando le spese sostenute da ciascuno lo furono nello interesse comune. Se all'invece una parte della procedura fu trattata nell'interesse esclusivo di alcuno, questi dovrà sopportare la spesa relativa. — *Conformi*: Borsari, *Comm.*, I, p. 493 - Gargiulo, *Comm.* p. 963 - Mattei, *Annotaz.* - Saredo, *Istit.* n. 652 - Carré e Chauveau, *quest.* 553.

Invece Berriat (*Des Dépens*, p. 110) e Dalloz (*t.* 18, p. 508, n. 2), mentre approvano la soluzione nella seconda ipotesi, insegnano che nella prima la divisione delle spese deve farsi in proporzione dell'interesse che ha ognuno nella lite.

372. Gli eredi beneficiati, i tutori, i curatori, e ogni altro amministratore, concorrendo motivi gravi, possono essere condannati nelle spese personalmente senza diritto di ripetizione.

Chi agisce in giudizio in qualità di mandatario non può essere condannato in proprio nelle spese. — *Appello Lucca*, 12 gennaio 1871. *Duboché—Sanna. Annali*, V, 50.

1. La condanna nelle spese a carico dei tutori ecc. ecc. può essere pronunciata dal giudice, d'ufficio. — Borsari, *Comm.* I, p. 493 - Gargiulo, *Comm.* p. 964 - Mattei, *Annotaz.* - Saredo, *Istit.* n. 653 - Carré, *quest.*, 563 - Pigeau, *Comm.* I, p. 313 - Favard, t. 3, p. 161 - Thomine, n. 150 - Boitard, t. 1, p. 255.

373. I procuratori possono domandare che la condanna al pagamento delle spese sia pronunciata a loro favore, per quella parte che dichiareranno di aver anticipato.

Questa domanda può farsi nella comparsa conclusionale, o verbalmente all'udienza.

1. Dopo la sentenza definitiva, che, condannando il soccombente nelle spese del giudizio, ha ommesso di pronunziarne la richiesta distrazione a favore del procuratore della parte vincitrice, non può la detta parte domandare avanti lo stesso tribunale che provveda a tale omissione con nuova sentenza. — *Appello Perugia*, 6 settembre 1866. *Cianni—Innamorati. Annali*, I, 74.

Contra: *Appello Perugia*, 24 marzo 1873. *Gregori—Cianni. Annali*, VII, 230.

2. Il beneficio di questo articolo relativo all'aggiudicazione delle spese ai procuratori non può estendersi agli avvocati. — *Appello Catanzaro*, 3 giugno 1868. *Fondo del Culto—Ceffali ll. cc. Giurista Calabrese*, 1868, 189.

3. Se i giudici hanno ommesso di pronunciare sulla domanda di aggiudicazione delle spese fatta dal procuratore legale, tale omissione non può correggersi con semplice annotazione in margine o in calce alla sentenza, ma è necessaria una nuova sentenza da ottenersi in via sommavia, a termini dell'art. 370. — *Appello Torino*, 6 aprile 1867. *Rastelli—Riva. Annali*, I, 221.

4. Il procuratore non può domandare che la parte soccombente sia condannata a pagare in sue mani le spese, se almeno non dichiara di averle anticipate. — *Appello Venezia*, 16 gennaio 1872. *Chiozza—Cebba. Mon. Giud.*, I, 318.

1. Se il tribunale non pronunciò sulla domanda del procuratore per distrazione a suo favore delle spese, può il procuratore provocare in argomento un nuovo giudizio dal tribunale medesimo?

L'articolo presente, conforme all'art. 218 del Codice sardo 1859 che mancava nel precedente sardo 1854, trova riscontro nell'art. 133 del Codice francese, il quale in modo tassativo ordinava che « la distraction des dépens ne pourra être prononcée que par le jugement qui en portera la condamnation ». Sebbene ciò non sia stato ripetuto nel Codice attuale, pure dobbiamo ammettere che la distrazione debba essere contemporanea alla decisione sulle spese, se si vuol che la medesima operi l'effetto, che se ne attende il procuratore, di una vera cessione giudiziale del credito per le spese, di mettere in diretto rapporto il condannato col procuratore ed impedire perciò che il vinto opponga la compensazione o faccia valere patti contrari stipulati anteriormente col suo avversario. « C'est une transport forcé (dice Chauveau in Carré, *quest.* 564), un transport exorbitant qui s'opère sans égard aux compensations que le condamné pourrait avoir à opposer à son débiteur direct. Pour que cela ait lieu sans choquer les principes, il faut une fiction d'après laquelle la créance n'ait jamais appartenu au client; qu'au moment même de son origine, elle soit attribuée à l'avoué; mais cette fiction serait-elle raisonnable, si un intervalle quelconque s'écoulait entre la condamnation et la distraction? Conformi: Pigeau, t. 2, p. 42 - Boitard, t. 1, p. 257 - Thomine, n. 151 - Boncenne, t. 2, p. 146.

Ora è appunto da questo principio che si vuol dedurre la inammissibilità ed inefficacia d'una nuova sentenza sulla sola distrazione delle spese a favore del procuratore. (Mattei, *Annotaz. a quest'art. n. 2*; Saredo, *Istit.*, n. 654). Io però non credo che la deduzione sia logica e giusta, poichè non ritengo che nell'intervallo dalla sentenza che omise di pronunciare sulla chiesta distrazione, possa operarsi la compensazione, o che la parte vincitrice abbia diritto di disporre del credito per le spese. Se l'istanza fu fatta dal procuratore nei modi di legge, la sentenza che la pretermise non può costituire titolo valido nè a favore del vinto per opporre la compensazione nè a vantaggio del vincitore per alienare il credito. Il rimedio, a mio avviso, che il procuratore può esperire è quello dell'art. 370, il quale prevede il caso della omissione di pronuncia sulle spese ed ordina che si ripari con una sentenza dietro citazione a rito sommario. L'analogia è evidente, e d'altra parte il mezzo dell'appello non giova se si tratti di secondo giudizio, e, con ragione, potrebbe sostenersi la inammissibilità anche del rimedio della cassazione a base dell'art. 517 n. 6, per l'indole ed il modo della istanza.

2. Se la domanda delle spese non fu fatta in prima istanza può tuttavia farsi in appello anche per le spese del primo giudizio. — Borsari, *Comm. I*, p. 494 - Gargiulo, *Comm. p.* 965 - Saredo, *Istit. n.* 654 - Mattei, *Annotaz.* - Chauveau *quest.*, 564 bis - Mancini, *Comm. II*, n. DCLXIV.

3. Ma se la domanda del procuratore non venga accolta, può egli appellare dalla sentenza?

È questione nuova, che io non esito a risolvere affermativamente, poichè non sarebbe ragionevole che la legge avesse introdotto un diritto senza poi accordare i mezzi necessari a farlo valere. Se la sentenza dei primi giudici venisse riformata, gli effetti della riparazione si retrotrarrebbero indubbiamente per modo che sarebbe inefficace di fronte al procuratore quanto a suo danno si fosse nell'intervallo eseguito.

4. Se la sentenza che ordinò la distrazione delle spese fosse annullata o revocata, sarebbe il procuratore obbligato alla restituzione?

Rispondono concordi gli autori che quanto fu pagato al procuratore non può ripetersi da lui. Difatti, esigendo le spese egli è esatto un credito incontrovertibile, che rimane tale non ostante l'annullamento della sentenza che à accolto la sua domanda, e per lui vale la massima che « *repetitio nulla est ab eo qui suum recepit tametsi ab alio quam a vero debitore solutum sit. L. 44 ff. de Conduct. indeb.* ». Egli è, in altre parole, come se le spese fossero state pagate dal vinto al vincitore, il quale poi le avesse passate al suo procuratore, che certamente di nulla dovrebbe rispondere. Se fosse altrimenti, osserva il Boitard, pagando il procuratore del suo avversario, la parte avrebbe senza diritto migliorata la propria condizione, peggiorando quella del procuratore, che resterebbe ancora in credito verso il cliente divenuto forse viepiù insolubile col tempo. — Mancini, *Comm. II*, n. DCLXV - Gargiulo, *Comm. p.* 966 - Mattei, *Annotaz.* - Chauveau in Carré, *quest.* 570 ter. - Favard, t. 3, p. 163 - Dalloz, t. 18, p. 318, n. 13 - Pigeau *Comm. t. I*, p. 318 - Boncenne, t. 1, p. 148, n. 110 - Boitard, t. 1, p. 258, art. 133.

5. L'art. 133 del Codice francese disponeva che, non ostante la distrazione fosse stata ordinata, il procuratore non perdeva i suoi diritti verso il cliente Niun dubbio che ciò debba valere anche presso di noi se il procuratore non sia in colpa. — *Conformi*: Borsari, *Comm. I*, p. 496, art. 374 - Mattei, *Annotaz.* - Saredo, *Istit. n.* 654 - Gargiulo, *Comm. p.* 966.

6. L'articolo presente è applicabile anche in caso di rinunzia alla lite, conseguenza della quale è l'obbligo di rifondere le spese. — Borsari, *Comm. I*, p. 494 - Gargiulo, *Comm. p.* 965 - Saredo, *Istit. n.* 654.

374. Sino a che le spese non siano state pagate al procuratore istante, la parte può fare opposizione con atto d'uscire da notificarsi all'altra parte, e in questo caso l'importare delle spese è depositato nella cancelleria finchè l'opposizione non sia risolta.

L'opposizione può farsi dalla parte senza ministero di procuratore.

1. L'opposizione può farsi anche in pendenza dell'appello. — Borsari, *Comm. I*, p. 495 - Gargiulo, *Comm. p.* 966 - Saredo, *Istit. n.* 654 - Mattel, *Annotaz.*

2. Il procuratore ha il diritto di promuovere azione per far respingere l'opposizione. Se questa fu fatta pendente ancora il giudizio, mi sembra però che, senz'uopo di nuova citazione, il procuratore possa combatterla, poichè proponendo la distrazione delle spese a proprio profitto, egli ha implicitamente investito il giudice della cognizione delle eccezioni che il cliente intendesse di opporre. (*Contra*: Borsari e Gargiulo *loc. cit.*). Se invece la causa è decisa, l'azione dovrà dal procuratore essere portata alla sede competente a termini, a mio avviso, dell'art. 103 C. p. c.

375. La sentenza di condanna nelle spese ne contiene la tassazione. Questa però può dall'autorità giudiziaria essere delegata ad un giudice.

1. La delegazione per la liquidazione delle spese di lite non può essere fatta che ad uno dei giudici del tribunale o della corte che pronuncia la sentenza. La decisione del tribunale che a tale effetto delega il pretore, va in questa parte cassata. — *Cass. Torino*, 6 settembre 1866. *Annali—Martino. Mon. Trib.*, VII, 888.

2. Anche nei giudizi davanti la corte di cassazione può farsi la delegazione di un consigliere per tassare le spese, salvo però il diritto di reclamo alla corte stessa da proporsi nei tre giorni da quello della notificazione (art. 377). — *Cass. Napoli*, 11 dicembre 1866. *Tiberio—D'Alena. Annali*, I, 214. — *Cass. Palermo*, 30 gennaio 1875. *Lipari—Corrao. Gior. dei Trib.*, IV, n. 96.

3. La condanna del soccombente alle spese comprende non solo le spese del giudizio, ma altresì quelle della notificazione della sentenza, della spedizione e del precetto senza che perciò vi sia bisogno di speciale dichiarazione. — *Appello Brescia*, 31, luglio 1872. *Zanotti—Finanza. Legge*, XIII, n. 51.

4. La tassazione dell'onorario dovuto all'avvocato della parte vincitrice è di competenza della stessa corte d'appello che ha pronunciato sulla causa principale, senza che faccia duopo di ricorrere ad un doppio grado di giurisdizione. — *Appello delle Calabrie*, 7 febbraio 1873. *Crivelli—Tucci. Gior. dei Trib.*, III, n. 136.

376. Nella tassazione non si comprendono le spese degli atti riconosciuti superflui.

Quando diverse persone abbiano in causa lo stesso interesse, e si tratti di azione od obbligazione individua, si ammettono in tassazione le spese per un solo procuratore.

Non si comprendono nella tassazione gli onorari dei procuratori per l'assistenza agli interrogatori o al giuramento, salvo che questi atti sieno seguiti all'udienza.

Se si tratti di procedimenti fuori della giurisdizione del tribunale davanti cui ebbe luogo il giudizio, si ammettono in tassa-

zione soltanto gli onorari e le indennità di viaggio che sarebbero dovuti ai procuratori esercenti presso il tribunale nella cui giurisdizione gli atti furono eseguiti, salvo alle parti il farsi rappresentare e assistere da questi.

1. Tutti gli autori concordemente riprovano la disposizione del primo capoverso dell'articolo presente e la dichiarano persino inattuabile nella sua durezza. — Borsari, *Comm.* I, p. 497 — Gargiulo, *Comm.* p. 969 — Mattel, *Annotaz.* — Saredo, *Istit.* n. 655.

Il Gargiulo crede però che dessa possa interpretarsi in senso più benigno proponendo che le parole *per un solo procuratore* si intendano così che le spese *si mettano in testa ad un solo procuratore*, e gli altri compenetrino la loro parcella in quella del collega. Faccio plauso al tentativo di mitigare o meglio togliere affatto il rigore della legge, ma non credo che la interpretazione suggerita dall'egregio autore sia ammissibile. La legge è ingiusta e deve correggersi; frattanto il senno e l'equità dei magistrati ci assicurano che dessa verrà con molto riserbo applicata e solo nei casi in cui sia richiesto dal bisogno di frenare lo spreco di inutili spese.

2. Quanto prescrive l'ultimo capoverso dell'articolo è da osservare anche nelle cause che si agitano davanti le Corti d'appello; l'indennizzo al procuratore avrà sempre per base il territorio del tribunale. — Borsari e Gargiulo, *loc. cit.*

Art. 183, 352, 390, 554,
562 c. p. c.; 307, reg. giud.

377. La parte che intende reclamare dalla tassazione fatta dal giudice delegato, deve proporre il reclamo nel termine stabilito dall'articolo 183. Sul reclamo è provveduto a norma dello stesso articolo.

Quando il reclamo non sia fondato, chi lo propose soggiace alle spese dell'incidente, e il procuratore può essere condannato nell'ammenda di lire dieci.

La tassazione sottoscritta dal giudice delegato, se non vi sia reclamo, ha forza di sentenza spedita in forma esecutiva.

1. Per attaccare come eccessiva la tassazione delle spese eseguita dal giudice delegato, quando specialmente egli abbia fatto sul complesso delle partite in conto nella nota relativa una riduzione considerevole, non bisogna limitarsi a critiche vaghe e indeterminate, ma fa d'uopo indicare specificatamente quali siano delle dette partite quelle, a senso del reclamante, non abbuonabili affatto, o riducibili, ed in qual somma, onde si veda se e per quanto siffatta diminuzione, o riduzione, potrebbero per avventura diminuire la cifra totale del conto, oltre la misura cui fu ridotta dal giudice medesimo.

In caso di reclamo per parte di colui che fu condannato nelle spese dalla tassazione fattane dal giudice delegato, non può l'altra parte che le provocò essere ammessa a domandare direttamente al tribunale od alla corte investita del reclamo prodotto, un aumento sulla cifra portata a di lui credito per errori ed omissioni asserti nella compilazione della nota, dovendosi osservare impreteribilmente per qualunque reclamo di questa natura il procedimento di questo articolo. — *Appello Lucca*, 10 giugno 1868. *Betti-Baldi. Annali*, II, 252.

2. Pel reclamo contro l'ordinanza di tassazione e liquidazione di spese deve osservarsi il rito di questo articolo anche se il reclamo sia fondato

ad omissioni od errori. — *Appello Ancona*, 26 gennaio 1874. *Luparini—Della Grangia. Gior. dei Trib.*, III, n. 119.

3. Il termine di tre giorni stabilito da questo articolo onde opporsi alla tassazione delle spese fatta dai giudici contro le parti soccombenti nel giudizio, non può rendersi comune all'opposizione all'ordine di pagamento rilasciato dal presidente infine della nota alle persone indicate nell'art. 103. — *Cass. Napoli*, 5 maggio 1874. *Oliva—Bonanno. Gior. dei Trib.*, III, 150.

1. Perchè possa decorrere il termine dei tre giorni per reclamare dall'ordinanza del giudice delegato fa mestieri che sia stata notificata alla parte personalmente. — *Borsari, Comm. I, p. 498* - *Saredo, Istit. n. 656*.

2. Se l'ordinanza contiene soltanto degli errori di fatto, io non dubito debba correggersi nel modo stabilito dall'art. 473, e non già per via di reclamo, che suppone necessariamente un'ingiustizia e non un errore materiale.

3. Qualora il reclamo sia portato al tribunale di prima istanza è appellabile la sentenza che ne giudica, l'appello sarà invece interdetto se si tratti di causa in secondo grado: l'ordinanza del giudice delegato è infatti a considerarsi come un complemento della sentenza che pronunciò la condanna nelle spese. — *Conformi*: *Borsari, loc. cit.* - *Saredo, Istit. n. 657*.

378. Per le spese della sentenza, della sua notificazione, e del precetto, tengono luogo di tassazione la nota fatta dal cancelliere in margine della copia della sentenza, e la tassa indicata dall'uscire nell'atto di notificazione e nel precetto.

Art. 103, 555 seg. c. p. c.;
260 reg. giud.

Il reclamo dalla nota del cancelliere o dalla indicazione dell'uscire non dà ragione a opporsi nelle altre parti all'esecuzione del precetto. Sul reclamo si provvede con citazione in via sommaria.

In forza del diritto di reclamo riconosciuto da questo articolo, l'esecuzione per le spese da esso contemplate si deve sospendere per tre giorni. — *Borsari, Comm. I, p. 498* - *Saredo, Istit. n. 658*.

379. Per le spese dovute alle persone indicate nell'art. 103 dai propri clienti o mandanti, il presidente rilascia in fine della nota presentata da esse l'ordine di pagamento nel termine non minore di giorni dieci, e non maggiore di trenta successivi alla notificazione. Il provvedimento ha forza di sentenza spedita in forma esecutiva.

Il debitore, che intende di far opposizione, deve proporla mediante ricorso da notificarsi al creditore con citazione a comparire a giorno fisso davanti il presidente, il quale, se non possa conciliare le parti, fa risultare delle loro istanze ed opposizioni, e le rimette a udienza fissa davanti l'autorità giudiziaria.

L'opposizione può farsi dalla parte senza ministero di procuratore.

Anche gli avvocati per il pagamento degli onorari loro dovuti dalle parti possono valersi del procedimento stabilito da quest'articolo.

1. La morte del cliente non spogliando l'avvocato del mandato ricevuto, egli ha diritto di chiedere agli eredi i propri onorari per le cause di cui abbia seguita la trattazione. *Appello Torino*, 18 luglio 1865. *Rocca-Martino. Giurisprudenza*, 1866, 150.

2. L'opposizione al decreto, parificabile a una condanna contumaciale, può farsi anche scaduto il termine assegnatovi pel pagamento e fino al compimento dell'esecuzione. — *Appello Cagliari*, 9 agosto 1866. *Corda-Verdea. Ann.*, I, 193. — *App. Potenza*, 20 marzo 1871. *Olita-Amati-Jorio. Annali*, V, 594. — *Appello Catania*, 16 settembre 1871. *Sindaco di Torrici-Bartolo ll. cc. Temi Zanclea*, III, n. 15.

3. Il decreto col quale il presidente tassa gli onorari ai procuratori è parificabile ad una sentenza contumaciale. Quindi il debitore, cui quel decreto non sia stato notificato in persona propria, può farvi opposizione fino al primo atto di esecuzione. — *Appello Torino*, 25 agosto 1866. *Camogliano-Ballari. Annali*, I, 194.

4. Il debitore può fare opposizione al decreto di cui questo articolo. Se la opposizione è fatta nel termine assegnato pel pagamento, l'esecuzione rimane sospesa di diritto; se è fatta fuori del termine l'esecuzione può essere sospesa dal giudice, avuto riguardo ai fatti su cui si fonda. — *Appello Torino*, 22 ottobre 1866. *Bologna-Marinetti. Annali*, I, 195.

5. La competenza speciale di questo articolo essendo determinata *ratione materiae* e non *ratione personae*, si estende anche agli eredi delle persone in esso contemplate. — *Appello Casale*, 23 gennaio 1867. *Vescova-Perazzi. Giurisprudenza*, IV, 157. — *Appello Milano*, 9 agosto 1869. *Tronconi-Villa ll. cc. Mon. Trib.*, X, 967.

6. Le azioni per pagamento di spese ed onorari ai procuratori sono di competenza del tribunale davanti cui fu promossa la causa che diede occasione a dette spese. Tale competenza si conserva anche a riguardo del cessionario di dette azioni. — *Appello Torino*, 30 aprile 1867. *Pellis-eri-Stobbia. Annali*, II, 78.

7. Il procedimento di questo articolo è facoltativo ed il creditore può rivolgersi al tribunale con apposita istanza. — *Appello Catanzaro*, 27 maggio 1867. *Scalise-Uccelli. Giurista Cal.* 1867, 264. — *Appello Torino*, 5 aprile 1870. *Franza-Gallo. Giurisprudenza*, IX, 10. — *Appello Torino*, 24 agosto 1870. *Perotti-Levi. Giurisprudenza*, VII, 643.

8. Non può dichiararsi inammissibile l'opposizione prodotta nel termine assegnato pel pagamento e oltre i tre giorni dall'intimazione. — *Appello Napoli*, 22 luglio 1867. *Viesti-Adinolfi. Gazz. del Proc.*, I, 357. — *Appello Napoli*, 11 settembre 1870. *Valente-Gianola. Annali*, V, 78.

9. Il procedimento speciale pel pagamento degli onorari dovuti agli avvocati e procuratori, previsto dagli articoli 103, 379, si estende anche ai loro eredi ed aventi causa.

Il provvedere in via d'appello dai decreti repulsivi della domanda di tale provvedimento speciale spetta al presidente della Corte se il decreto emanò dal solo presidente del Tribunale ed al corpo collegiale della Corte se fu pronunciato dal Tribunale. — *Appello Torino*, 1 ottobre 1867. *Moro eredi-Beretta. Bettini*, XIX, 593.

10. Questo procedimento non è applicabile al terzo che pagò le persone da questo articolo contemplate. L'ordine di pagamento in seguito all'opposizione si risolve in citazione. — *Appello Torino*, 27 dicembre 1867. *Panteri-Micheletti. Annali*, II, 81.

11. La procedura tracciata da questo articolo è applicabile esclusivamente a favore delle persone menzionate nell'art. 103 in confronto dei loro clienti e mandanti e nei loro rapporti diretti.

In ispecie il curatore deputato a difendere un'eredità giacente non può appigliarsi a questa procedura per ottenere il pagamento delle spese ed onorari da chi lo fece deputare a detto ufficio. — *Appello Milano*, 16 marzo 1867. *De Capitani—Curatore eredità Crivelli. Mon. Trib.*, VIII, 517.

12. Il procuratore non può aver diritto verso il cliente pelle competenze di una causa a più di quanto a quest'ultimo competeva verso il suo avversario a base della tassazione del giudice. — *Appello Brescia*, 2 marzo 1868. *Macconi—Tencalla. Mon. Trib.*, IX, 564.

13. Se il cliente faccia opposizione all'ordinanza di tassazione d'onorari emessa dal presidente della Corte d'appello, il presidente stesso deve rinviare le parti non alla Corte ma al tribunale che giudicò in primo grado, tuttochè si tratti di onorari dovuti pella difesa della causa in appello. — *Appello Napoli*, 1 giugno 1868. *Comune di Ariano—Albanese. Annali*, II, 361.

14. Poichè il decreto del presidente non può equipararsi alla sentenza passata in giudicato è ammissibile ogni eccezione di merito anche scorso il termine per il pagamento dei proposti diritti, e solo è autorizzato il creditore a procedere all'esecuzione se non è fatta opposizione nel termine fissato. — *Appello Casale*, 12 giugno 1868. *De Benedetti—Caire. Giurisprudenza*, 1868, 509. — *Appello Casale*, 17 gennaio 1870. *Rapetti—Dequidi. Giurisprudenza*, VII, 154.

15. L'ordine di pagamento del presidente à bensì forza di sentenza spedita in forma esecutiva, ma tale ordine non può equipararsi alla sentenza passata in giudicato.

La lite sull'opposizione va trattata col rito sommario. — *Appello Torino*, 3 agosto 1868. *Burano—Cortellini. Giurisprudenza*, 1868, 644.

16. A termini di questo articolo il presidente non ha altro ufficio che di rilasciare l'ordine di pagamento in fine della nota; esso non ha punto facoltà di fare alla nota stessa alcuna tassazione. Che se invece egli procedette a tale tassazione, contro il suo decreto, il creditore non può reclamare che mediante ricorso alla Corte d'appello in camera di consiglio.

L'essere questo ricorso stato invece indirizzato al presidente della Corte, non è ostacolo che, ad evitare reiezioni e riserve di produzioni, se ne occupi senz'altro la Corte stessa. — *Appello Milano in Camera di Consiglio*, 4 agosto 1868. *Mon. Trib.*, IX, 1034.

17. Non è nullo il decreto d'ingiunzione a pagare per ciò solo che non prefigga il termine stabilito da questo articolo; omesso tale termine s'intende richiamato quello fissato dalla legge. — *Appello Torino*, 27 agosto 1868. *Trincherò—Cordero. Giurisprudenza*, 1868, 675.

18. Gli ordini di pagamento rilasciati dal presidente ammettono opposizione durante tutto il termine in essi fissato pel pagamento.

Essi non acquistano forza di sentenza spedita in forma esecutiva se non quando dopo la loro notificazione sia trascorso il termine suddetto senza opposizione.

Ad essi si applica la regola secondo cui la morte della parte intimata sospende la decorrenza del termine, il quale non riprende il suo corso che dopo la notificazione rinnovata personalmente agli eredi.

La procedura speciale di questo articolo è inapplicabile quando non si tratti di spese giudiziali, ed anche quando si tratti di spese giudiziali fatte davanti autorità giudiziarie diverse da quella che rilascia l'ordine di pagamento, salvo siano relative ad incumbenti da questa delegati. — *Appello Torino*, 14 novembre 1868. *Alessandria—Baretta. Bettini*, XX, 854.

19. L'opposizione che riguarda il merito dell'ordine di pagamento è di competenza dell'autorità giudiziaria di cui all'articolo 103, quella che

riguarda propriamente il procedimento esecutivo è di competenza dell'autorità determinata dall'art. 570, considerandosi l'ordine di pagamento come sentenza in forma esecutiva. — *Appello Genova*, 12 giugno 1869. *Ghiara—S. Pietro. Gazz. dei Trib.*, XXI, 451. — *Appello Torino*, 17 luglio 1871. *Gianoli—Gallo. Giurisprudenza*, VII, 624.

20. Il presidente non à facoltà di liquidare la nota delle spese, ma deve solo controllare se il richiedente sia nel novero delle persone privilegiate e se le spese riferiscansi all'esercizio delle sue funzioni.

Quando il presidente abbia arbitrariamente proceduto alla liquidazione, sul ricorso del procuratore deve seguire la via tracciata dall'art. 779, e perciò viola la legge se dichiara non farsi luogo a provvedere sulla domanda per non avere il ricorrente provocato il contraddittorio della parte interessata. — *Appello Bologna*, 5 agosto 1869. *Gramacci. Legge*, X, 78. — *Cass. Torino*, 9 marzo 1870. *Gramacci. Annali*, IV, 116. — *Appello Napoli*, 22 gennaio 1869. *Montuori—Siciliani. Gazz. del Proc.*, IV, 57.

21. Malgrado la disposizione della legge che dà forza di sentenza esecutiva al provvedimento del presidente che ordina il pagamento delle spese ed onorari dovuti agli avvocati, procuratori e simili, un tale provvedimento non acquista perciò carattere di giudizio in prima istanza nè è per conseguenza appellabile, non essendo altro che il risultato d'un intervento ufficioso e conciliativo. Allora soltanto la questione delle spese e degli onorari diventa una causa ordinaria e soggetta alle norme regolari di procedura, quando il presidente per la fatta opposizione rimette le parti davanti il tribunale competente, la sentenza del quale è appellabile.

Gli eredi del patrocinatore venendo in luogo e stato del loro autore hanno facoltà di esercitare le azioni ed i diritti che gli competevano; possono quindi provvedersi in giudizio per ottenere il pagamento delle spese e competenze del loro autore colle norme dell'art. 379, senza che la natura del credito possa essere di ostacolo all'esercizio delle loro azioni. — *Appello Milano*, 9 agosto 1869. *Tronconi—Villa e C. Bettini*, XXI, 590.

22. La disposizione degli art. 379 e 103 c. p. c., che affida la conoscenza delle questioni per onorari e compensi all'autorità giudiziaria avanti cui verteva la lite che dette luogo al reclamato compenso, è generale e si estende anche ai tribunali speciali. Appartiene dunque alla competenza della Corte dei Conti il giudicare delle azioni degli avvocati per compensi loro dovuti in ragione di liti sostenute davanti la Corte stessa. — *Corte dei Conti*, 9 dicembre 1869. *Legge*, X, 199.

23. L'art. 379 C. p. c. attribuisce bensì forza di sentenza spedita in forma esecutiva al decreto ingiunzionale, ma non stabilisce che il termine pel pagamento sia perentorio ed importi decadenza, che renda inammissibile ogni opposizione (1). Quindi anche dopo tale termine è ammissibile l'opposizione del debitore e non è preclusa al giudice l'indagine sul titolo sul quale si appoggia l'opposizione stessa, tanto più quando l'ordine di pagamento fu rilasciato senza il contraddittorio del debitore, e questi sia erede del debitore originario. In questo giudizio non sarebbero però ammissibili le prove incerte e di lunga indagine. Sarebbe però ammissibile la domanda diretta contro il procuratore perchè depositi gli atti di lite cui si appoggia il suo credito. — *Appello Casale*, 17 gennaio 1870. *Rapetti—Deguidi. Giurisprudenza*, VII, 154.

(1) *Appello Casale*, 23 ottobre 1868. *Giurisprudenza*, VI, 8. — *Cass. Torino*, 29 dicembre 1869. *Grasso—Papacini. Giurisprudenza*, VII, 110.

24. Il procedimento speciale di questo articolo è praticabile solo per la tassazione degli onorari relativi ad operazioni eseguite per ordine dell'autorità giudiziaria.

Il termine a far opposizione all'ordine di pagamento è quello assegnato per pagare. — *Appello Lucca*, 22 febbraio 1870. *Soldaini—Mori e Scrivere. Annali*, IV, 414.

25. L'appello che il debitore interponga direttamente alla Corte dalla tassazione del presidente è inammissibile. — *Appello Catania*, 2 aprile 1870. *Demanio—Rapisarda. Annali*, IV, 345.

26. Quest'articolo non è applicabile al caso che l'avvocato domandi il compenso contro la parte condannata alle spese del giudizio. — *Appello Napoli*, 20 aprile 1870. *De Angelis—Perugini. Gazz. del Proc.* IV, 23.

27. Le opposizioni all'ordinanza presidenziale, che liquida le ricompense dell'avvocato contro il cliente, sono ammissibili fino all'esecuzione (1). Sulle opposizioni stesse non si può provvedere prima di sentire il parere della Camera di disciplina degli avvocati, ove esista. — *Appello Napoli*, 25 luglio 1870. *Jacovelli—Carabetta. Bettini*, XXII, 566.

(4) *Cass. Napoli*, 24 giugno 1875. *Notari—Vazieri. Annali*, IX, 406.

28. Contro il decreto emanato dal pretore, che nega ad un patrocinante l'ordine di pagamento per onorari e spese dovutegli dal cliente, si può appellare al presidente del tribunale e giammai al tribunale collegiale.

Il presidente in tal caso deve, come giudice d'appello, riparare o confermare il decreto pretoriale, senza che possa mandare allo stesso pretore di rilasciare il chiesto ordine di pagamento. — *Appello Torino*, 22 gennaio 1871. *Pezza. Giurisprudenza*, VIII, 155.

29. La tassazione chiesta dall'avvocato in confronto della parte contraria al proprio cliente non si governa coll'articolo presente e deve farsi dal tribunale, se così richiede il valore della lite per la quale gli onorari si domandano. E innanzi al tribunale è ben promosso il giudizio, ancorchè le parti vi siano rinviate, per difetto di conciliazione, dal presidente stesso che si crede competente.

Non è interdetto il concedere onorari d'avvocato e di procuratore a chi spieghi contemporaneamente i due uffici. — *Appello Potenza*, 29 marzo 1871. *Olita—Amati-Jorio. Annali*, V, 594.

30. Sebbene il cliente dopo aver fatta opposizione all'ordinanza non si presenti nè davanti al presidente, nè davanti al tribunale civile a cui il presidente abbia fatto rinvio, devono i giudici esaminare le ragioni della opposizione, e su di esse pronunciare a termini di giustizia. L'art. 486 non è applicabile a questo caso. — *Appello Napoli*, 3 marzo 1871. *Tedeschi—Vitale. Annali*, V, 91.

31. Il presidente, richiesto di rilasciar l'ordine di pagamento di spese, à facoltà di respingere la domanda o di moderarla se esagerata.

Il procuratore istante che si ritenga gravato dalle modificazioni alla liquidazione fatta dal presidente à diritto d'agire in contraddittorio del creditore avanti la Corte o tribunale. — *Appello Genova*, 15 aprile 1871. *Mon. Trib.*, XII, 515.

32. Nessun termine è dalla legge prescritto per far opposizione all'ordine di pagamento di cui in questo articolo, dove in quest'ordine nessun termine sia fissato.

Se pertanto si sia fatta opposizione, e questa sia nulla, il magistrato non potrebbe nel pronunciare la nullità mandare eseguirsi l'ordine di pagamento, ma dovrebbe lasciar aperta la via a fare opposizione finchè non è trascorso nè messo in moto il termine.

È nulla l'opposizione che invece di proporsi al presidente si propone direttamente con citazione a comparire a udienza fissa davanti il collegio giudiziario. — *Appello Torino*, 30 maggio 1871. *Merlino—Durando. Giurisprudenza*, VIII, 539.

33. Nel silenzio della legge sul termine entro il quale può farsi opposizione contro la tassa delle competenze per gli onorari e spese dovuti dal cliente per ragione di patrocinio, la opposizione è ammissibile anche dopo i tre giorni dalla notificazione della tassa, fino al giorno in cui si promuova l'azione pel pagamento della tassa medesima. — *Cass. Palermo*, 29 luglio 1871. *Finanze—Rapisardi. Bettini*, XXIII, 546. — *Cass. Napoli*, 7 maggio 1874. *Oliva—Bonanno. Bettini*, XXVI, 396.

34. È competente il presidente della Corte di appello sulla domanda di compenso dell'avvocato contro il proprio cliente difeso in giudizio penale innanzi una Corte di assisie di essa Corte. — *Appello Napoli*, 2 ottobre 1871. *Pucci—Coppella. Gazz. del Proc.*, V, 463.

35. La speciale procedura di questo articolo è stabilita limitatamente alla ripetizione delle spese che si voglia proporre contro i clienti mandanti. E perciò dovendosi agire contro il fideiussore del cliente mandante non è il caso di seguire questa procedura sommaria e speciale. — *Appello Torino*, 25 novembre 1871. *Stobbia—Pezza. Bettini*, XXIII, 781.

36. Il reclamo contro il decreto del presidente che tassa l'onorario dovuto al perito è ammissibile fino all'esecuzione, in analogia al disposto dell'art. 477 relativo alle sentenze contumaciali. — *Appello Napoli*, 18 dicembre 1871. *Somma—Molfese. Gazz. del Proc.*, V, 559.

37. Il procuratore alle liti non ha diritto agli onorari e spese giudiziali pel semplice fatto che il proprio cliente gli abbia rilasciato la procura per fare la lite, e che questi abbia realmente fatto parte del giudizio, se il cliente stesso abbia abbandonata ogni pretesa al riguardo di tale lite.

Il procuratore stesso che agisce senza prendere istruzioni dal cliente, non può riversare sul medesimo la colpa di una lite temeraria per ripetere onorari all'appoggio di un mandato ultroneamente esercitato ed oltrepassato nei suoi ragionevoli confini. In questo caso, il procuratore è tenuto a restituire al cliente il danaro rimastogli in fondo per le spese ed onorari, non che gli atti di lite. — *Appello Torino*, 4 maggio 1872. *Giurisprudenza*, IX, 379.

38. L'avvocato che vuol conseguire la liquidazione e il pagamento dei suoi onorari dal cliente può, se vuole, giovare del procedimento speciale indicato da questo articolo. Ove però egli non scelga questo procedimento, non può giovare dell'altro indicato nell'art. 103 C. p. c., domandando cioè la liquidazione e il pagamento al tribunale o alla Corte dinanzi cui fu trattata la causa, ma deve invece adire il tribunale del convenuto secondo le regole ordinarie della competenza. — *Cass. Napoli*, 16 novembre 1872. *Mazzitelli—Scalfaro. Annali*, VI, 105.

39. L'opposizione della parte contro la ordinanza di pagamento non può farsi utilmente se non per cose e ragioni attinenti alla semplice liquidazione delle spese. — *Appello Macerata*, 28 gennaio 1873. *Antolini—Luciani. Annali*, VII, 127.

40. L'opposizione fatta dal debitore a sensi di questo articolo nel termine fissatogli pel pagamento dirime *ipso jure* ogni effetto del provvedimento presidenziale e dà origine ad una controversia che deve essere decisa nel merito, non ostante che il debitore non sia comparso nè all'udienza davanti al presidente, nè a quella davanti al collegio.

Quindi, comparso davanti al collegio il solo creditore, la causa deve essere decisa in contumacia della controparte a sensi dell'art. 440. — *Appello Brescia*, 24 aprile 1873. *Zanchi—Leidi. Mon. Trib.*, XIV, 596.

41. Questo articolo accennando alle spese giudiziali dovute ai procuratori dai loro clienti, ed all'analogo ordine di pagamento da rilasciarsi in

fine della nota specifica presentata, indica abbastanza che il legislatore ebbe in mira le spese parcellate che siano dovute e l'ordine del loro esborso, non tutte le spese domandate sebbene indebite; nè l'ordine di pagamento della intera somma qualsiasi portata dalla detta parcella. Per lo che il presidente, cui viene chiesto il provvedimento, ha il diritto e l'obbligo di accertarsi, almeno in genere, della reale sussistenza e della natura privilegiata delle proposte spese mediante la presentazione degli analoghi atti della causa vertita davanti il collegio da lui presieduto, oppure con altri elementi, se per avventura i procuratori non fossero in grado di presentare gli stessi atti, onde non ammettere il provvedimento per spese insussistenti o d'indole e causa diversa, alle quali, secondo l'art. 379 combinato coll'art. 103 C. p. c., e secondo la invalsa giurisprudenza, resta estraneo il privilegio del provvedimento medesimo; ed ha in pari tempo il diritto e dovere di conoscere se le chieste spese siano dovute a termini di detto codice e della tariffa giudiziaria civile, al quale scopo la stessa legge parlando negli art. 464 e 466 della liquidazione delle spese fra il cliente ed il procuratore, da farsi dal presidente o dal collegio, ordina al procuratore la presentazione non solo dei suddetti atti della causa, ma ben anco del registro di dare ed avere tenuto in esecuzione dell'art. 465 di essa tariffa.

— *Appello Genova, 22 agosto 1873. Lertora. Gior. delle Leggi, V, n. 44.*

42. Le norme speciali di competenza e di procedura stabilite dagli articoli 103, 379, non hanno luogo che nei rapporti tra i procuratori ed altri mandatarî ed i loro clienti o mandanti, non già nei rapporti dei litiganti fra loro.

Quindi la parte creditrice di spese giudiziali non deve provvedersi a norma dell'art. 379, ma mediante precetto a tenore dell'art. 562. E la opposizione non deve essere fatta nanti l'autorità giudiziaria di cui l'articolo 103, ma davanti quella competente pel valore. — *Appello Torino, 29 ottobre 1873. Ferreris—Duport. Gior. dei Trib., III, n. 100.*

43. Le regole speciali di procedura e di competenza di cui negli articoli 103, 379 per l'esazione dei crediti dipendenti dalle spese in tali articoli contemplate, sono applicabili anche al cessionario dei crediti stessi. — *Appello Torino, 17 marzo 1874. Levi—Zanoletti. Gior. dei Trib., III, n. 154.*

44. Quando il presidente del tribunale, abbia, in giudizio d'appello, rilasciata ordinanza di pagamento di spese e funzioni all'avvocato o procuratore contro il proprio cliente, il giudizio proferito dal tribunale, sull'opposizione elevata contro l'ordinanza medesima è inappellabile. — *Appello Napoli, 20 luglio 1874. Visco—Finanza. Bettini, XXVI, 583.*

45. Per gli onorari e spese che i clienti debbono soddisfare ai procuratori, agli avvocati ed alle altre persone indicate nell'art. 103 C. p. c., il presidente deve rilasciare l'ordine di pagamento della somma richiesta, senza permettersi di fare alcuna detrazione.

Coll'art. 379 si volle unicamente provvedere per il pronto pagamento delle spese ed onorari dovute dai clienti o mandanti alle persone indicate nell'art. 103, autorizzando il metodo ingiunzionale, e pel caso di opposizione, un procedimento economico avanti lo stesso presidente per solo scopo di conciliazione, il quale non riuscendo, si devono rimettere le parti alla autorità giudiziaria.

L'ordine di pagamento colla riserva dell'opposizione non racchiude un giudizio nè sulla realtà, nè sull'esattezza del credito, e coll'accordargli forza esecutiva in mancanza di opposizione, non si fece che richiamare le conseguenze dall'antica giurisprudenza attribuite alle lettere ingiunzionali, ai decreti *de solvendo* non opposti nel termine prefisso.

Certamente, ove il presidente riconosca che la nota non emana da persona designata nell'art. 103, o contiene crediti o pretese estranee a spese giudiziarie, dovrà rifiutare il rilascio dell'ordine di pagamento, ma nessun'altra facoltà gli spetta.

La frase *spese dovute* non può lasciar luogo a dubbio, intendendosi quelle dovute a mente della domanda.

La tassazione del presidente sarebbe inutile perchè in caso di opposizione è seguita da quella fatta dal tribunale, e sarebbe anche ingiusta perchè senza motivi, senza contraddittore e con effetto di cosa giudicata per la sola parte rigettata e soggetta ad opposizione.

Se l'enormità della parcella fosse evidente, potrà il presidente in via economica farla correggere con l'adesione dell'attore, e nulla vieta che, prima d'ogni cosa, possa a schiarimento e cautela prescrivere il tentativo di conciliazione, per poi sottoscrivere o l'ordine di pagamento, od il rinvio innanzi al tribunale.

Se il presidente abbia invece tassato la parcella, il procuratore, od avvocato, non deve ricorrere alla Camera di consiglio del tribunale, o della Corte d'appello, ma al primo presidente della Corte d'appello se l'ordinanza è del presidente di un tribunale; od alla Corte di cassazione, se l'ordinanza è del presidente di Corte d'appello. — *Cass. Torino, 28 luglio 1874. Lertora. Annali, IX, 62.*

46. Il cliente ed il patrocinante fra cui esistano contestazioni sul pagamento degli onorari e spese giudiziali, non possono rinunciare alla comparizione dinanzi al presidente per la loro conciliazione.

Senza il previo esaurimento di questo incombente non è fra essi ammissibile l'azione giuridica dinanzi al tribunale o alla Corte d'appello. — *Appello Torino, 21 novembre 1874. Bouvier e U. cc.—Ferrero. Gior. dei Trib., IV, n. 19.*

47. Il termine dell'art. 377 non è applicabile all'opposizione all'ordine di pagamento di cui in questo articolo, la quale può farsi fino al primo atto di esecuzione. — *Appello Napoli, 27 novembre 1874. Mon. Giud., IV, 113.*

48. Per questo articolo spetta all'autorità giudiziaria collegiale il giudicare sulle opposizioni all'ordine di pagamento d'onorari rilasciato dal suo presidente.

Ciò per altro procede finchè trattasi di stabilire la esistenza del credito degli onorari; non così se trattasi di decidere questioni diverse; per esempio se il debitore, dopo l'ordine di pagamento, abbia o no soddisfatto il suo debito.

In questo caso conviene ricorrere alle regole comuni di competenza, e così adire il pretore se la somma dovuta non eccede le lire 1500. — *Appello Torino, 11 gennaio 1875. Demarchi—Debernardi. Annali, IX, 149.*

1. Il procedimento tracciato da questo articolo è facoltativo. Però, mentre il procuratore potrà istituire apposito giudizio con citazione avanti l'autorità competente a termini dell'art. 103 C. p. c., ie, come dissi nel commento a quest'ultimo articolo (nota 8), non credo possa fare altrettanto l'avvocato, ma debba seguire la competenza comune quando non voglia valersi del procedimento economico stabilito dall'articolo presente.

Borsari (*Comm. I, p. 499*), Mattei (*Annotaz. art. 103 e 379*), ed anche Gargiulo (*Comm. p. 975 e 283*), mentre concordano nella prima proposizione, discordano nella seconda che distingue il procuratore dall'avvocato. Gargiulo, ritiene che il ministro guardasigilli coll'adottare l'opinione della minoranza della Commissione, escludendo gli avvocati nell'art. 103, non abbia voluto se non che rendere facoltativa per essi la competenza che è obbligatoria pei

procuratori e le altre persone indicate nell'articolo medesimo. Rileggasi però il brano della relazione Vacca e si dovrà necessariamente concludere che la facoltà di adire il giudice che conobbe della causa è concessa agli avvocati solo in quanto si valgano della procedura dell'art. 379. — In senso conforme oltre Borsari e Mattei, vedi una monografia del prof. Erio Sala, nel *Mon. dei Trib.*, XIV, n. 17.

2. Mentre gli onorari dovuti ai procuratori sono tassativamente stabiliti dalla tariffa civile (art. 297, 377) secondo la natura dell'atto e l'autorità giudiziaria davanti la quale il procuratore esercita le proprie mansioni, per gli onorari degli avvocati dispongono soltanto gli art. 294, 295 e 296 della tariffa stessa (23 novembre 1865, n. 2700) nei termini che seguono:

« Art. 294. Gli onorari degli avvocati ripetibili dalla parte condannata alle spese sono determinati dall'autorità giudiziaria, tenuto conto del valore della causa, dello studio e del tempo che può essere stato necessario all'avvocato per compilare le comparse, prepararsi alle arringhe, o adempiere altrimenti il proprio ministero negli atti in cui il suo intervento sia richiesto od autorizzato dalla legge, fermo in ogni caso il disposto dall'art. 376 del Cod. proc. civ.

« Le autorità giudiziarie presso le quali esiste una camera di disciplina degli avvocati, devono sentire il parere della camera stessa prima di pronunziare sui detti onorari.

« Art. 295. Sono pure determinati colle stesse norme gli onorari dovuti agli avvocati per i pareri loro commessi in forza della legge.

« Art. 296. Quando occorra di determinare gli onorari nei rapporti dell'avvocato col suo cliente, si osserveranno altresì le norme stabilite nei due numeri precedenti ».

L'art. 379 del Cod. proc. civ. doveva adunque interpretarsi col sussidio di questi articoli della tariffa, e la decisione dell'autorità giudiziaria essere subordinata al parere del consiglio degli avvocati. C'era, a dir vero, disparere sul modo per ottenere l'avviso del consiglio, però tendeva a prevalere il sistema secondo il quale il tribunale doveva richiederlo esso stesso. La nuova legge 8 giugno 1874 sull'esercizio delle professioni d'avvocato e procuratore ha forse modificato tutto ciò, e tolto l'obbligo di sentire il consiglio dell'ordine degli avvocati nella liquidazione delle specifiche? Dice l'articolo 24, n. 3, della legge, che « oltre alle attribuzioni specialmente designate nei precedenti articoli o stabilite da altre leggi, i consigli dell'ordine si interpongono, richiesti, a comporre le contestazioni che possono insorgere tra gli avvocati ed i clienti, ed anche tra avvocati ed avvocati, sia per restituzione di carte e documenti, sia per oggetto di spese ed onorari; in caso di non riuscito accordo, danno, se pure richiesti, il loro parere sulle medesime controversie ». Ora le parole o stabilite da altre leggi furono appunto aggiunte dietro proposta dei deputati Santamaria e Larussa, perchè fosse esplicitamente dichiarato che non si intendeva derogare alle altre leggi o specialmente perchè non si ritenessero abrogati gli art. 294, 295 e 296 della tariffa. Il ministro Vigliani, non opponendosi all'aggiunta, quantunque non la credesse necessaria, poichè pei principii generali le disposizioni di altre leggi che non erano in opposizione colla nuova dovevano considerarsi tuttavia in vigore, così si esprime: « Non può dubitarsi che tutte le disposizioni legislative, a cui il progetto di legge non deroga, restano in vigore; è quindi evidente che anche le disposizioni degli art. 294, 295 e 296 della tariffa civile seguiranno ad avere la loro applicazione ». (Vedi *Atti della Camera dei Deputati*, seduta del 26 marzo 1874).

Da tutto ciò rilevasi che i tribunali, giudicando sulla opposizione dei clienti a tenore di questo articolo, prima di liquidare gli onorari dell'avvocato (non quelli del procuratore che sono soggetti alla tariffa), devono interpellare il Consiglio dell'Ordine.

3. Questo articolo non può essere applicato che alla liquidazione chiesta in confronto dei propri clienti o mandanti, e non già a quella contro l'avversario soccombente nella lite, provvedendo a questa gli art. 371 e 375. — Conforme: Gargiulo, *Comm. p.* 976.

Della procedura speciale possono valersi anche gli eredi delle persone

nominate nell'art. 103. — *Conformi*: Gargiulo, *Comm.* p. 973 - Saredo, *Istit.* n. 660 - Mattei, *Annotaz.*

4. Fino a quando il debitore può fare opposizione al decreto presidenziale?

Nel silenzio assoluto della legge furono parecchi i sistemi seguiti nella giurisprudenza ed eziandio nella dottrina intorno al termine utile per produrre l'opposizione. Alcuni lo dedussero dall'art. 183 che dà tre giorni per reclamare dall'ordinanza del presidente o giudice delegato agli incidenti. Altri trovarono applicabile al caso il termine dell'art. 377 che è pure di tre giorni. Altri paragonarono il decreto del presidente ad una sentenza contumaciale e concessero perciò all'opposizione il termine stabilito dall'art. 476, cioè quello per comparire, ritenendo anche applicabile al caso l'art. 477, e quindi vollero che se il decreto non fosse notificato personalmente fosse permesso farvi opposizione fino al primo atto d'esecuzione. Altri ancora concessero tale diritto fino alla consumazione dell'esecuzione. Finalmente molti opinarono che il termine per opporre il decreto fosse quello stesso dal presidente fissato pel pagamento.

Prima di entrare nell'esame della questione devo avvertire che alla molteplicità e disparità delle opinioni concorse la confusione che si è fatta tra il diritto di reclamare nel merito contro il decreto per impedire che passi in cosa giudicata, e l'altro di far opposizione al precetto che in base al medesimo si fosse notificato. È del primo soltanto che io qui mi occupo.

Non credo accettabile il sistema che trae l'analogia dall'art. 183, poichè il provvedimento dell'art. 379 non può paragonarsi all'ordinanza emanata in materia d'incidenti, essendo esso pronunciato *inaudita altera parte*, e senza perciò che il debitore possa ritenersi contumace. Nemmeno posso aderire all'opinione che adotta il termine dei tre giorni di cui all'art. 377, poichè nel caso da quest'ultimo articolo contemplato il provvedimento del giudice delegato non fa che stabilire il *quantum debeatur*, a base di una sentenza ed in contraddittorio dei procuratori delle parti, mentre il decreto apposto in calce alla nota delle spese, a sensi dell'art. 379, oltre ad essere emesso senza contraddittorio, riflette l'esistenza stessa del debito ammessa in via provvisoria e salva opposizione del debitore.

Finalmente non sarebbe da paragonare il decreto presidenziale colla sentenza in contumacia, dappoichè è evidente che soltanto dopo scaduto il termine per l'opposizione il decreto acquista forza di titolo esecutivo, s'agguaglia nei suoi effetti ad una vera sentenza, così che mentre la decisione pronunciata in contumacia lascia pur sempre dietro a sè qualche conseguenza che nemmeno coll'opposizione svanisce, il provvedimento sulle specifiche perde ogni valore quando sia dal debitore prodotta l'opposizione ed il vero giudizio è quello che in seguito alla medesima viene ad istituirsi.

Non v'ha dubbio però che un termine conviene pure vi sia, scorso il quale, il creditore munito di un titolo che dopo un dato tempo può essere eseguito, abbia ad essere certo eziandio della intangibilità e liquidità del suo credito. Né può ammettersi che l'opposizione sia deducibile fino all'ultimo atto d'esecuzione, poichè è assurdo che il creditore sia obbligato a consumare gli atti esecutivi per essere sicuro della liquidità del proprio avere quando si accontentava che questo fosse riconosciuto.

Per tutto ciò io sono d'avviso che il termine per fare opposizione al provvedimento del presidente sia quello stesso fissato pel pagamento e che, scorso questo, il provvedimento passi in cosa giudicata e diventi veramente un titolo esecutivo, a base del quale il creditore può far notificare il precetto, salvo, naturalmente, al debitore il diritto di opporsi al precetto nei modi e nei termini stabiliti per l'esecuzione forzata. Che il termine dal giudice concesso debba riguardare così il pagamento come l'opposizione deducesi oltrechè dall'inammissibilità di tutti gli altri sistemi già criticati fino a qui, anche dal riflesso che altrimenti non vi sarebbe una ragione sufficiente perchè il legislatore avesse ordinato la fissazione di un termine a discrezione del presidente e che se è vero che, trascorso questo lasso di tempo, il provvedimento acquista forza di sentenza spedita in forma esecutiva è pur d'uopo, pel disposto dell'art. 568, ritenere che all'esecutività s'accompagna la liquidità.

Sarebbe stranissimo che fosse permessa la esecuzione forzata in appoggio di un titolo che non è ancora pienamente valido perchè nè implicitamente nè esplicitamente riconosciuto. Si verrebbe molto probabilmente, anzi nella maggior parte dei casi, a pregiudicare il creditore, se, insorta l'opposizione ad esecuzione avanzata, fosse in parte accolta; ciò che sarebbe evidentemente ingiusto, poichè il creditore stesso sarebbe stato costretto ad agire affinché il debitore si risolvesse a farsi vivo ove credesse di dedurre l'opposizione.

Concordano: Borsari nella seconda edizione del suo *Commentario* (p. 499), mentre nella prima aveva ritenuto applicabile il termine di tre giorni degli art. 183 e 377 - Mattei, *Annotaz. n. 5* - Radius avv. Emilio, *Mon. dei Trib.*, X, p. 633 - *Redazione Annali*, I, parte II, p. 195 in nota. — Invece Saredo, *Istit. n. 660* e Gargiulo, *Comm. p. 975*, ritengono opponibile il decreto fino al primo atto di esecuzione.

5. Qual'è l'efficacia del decreto presidenziale?

Egli è certo che se l'opposizione contro il decreto è prodotta in tempo utile, questo deve ritenersi come non proferito e sarà surrogato o dal nuovo provvedimento che il presidente emetterà in seguito alla conciliazione avvenuta davanti a lui, o, se questa fallisca, dalla sentenza del tribunale. Scorsò però il termine fissato pel pagamento senza che siasi fatta opposizione, dissì già che il decreto acquista forza di cosa giudicata, diventa *titolo esecutivo* nel vero senso della parola e perciò potrà mandarsi ad esecuzione, previa notificazione dell'atto di precetto. Alcuni opinano che il precetto sia inutile, giusta il disposto dell'art. 565 perchè il decreto contiene già il termine al pagamento; ma costoro non avvertono che è appunto il decorso di questo termine che dà al decreto *forza di sentenza spedita in forma esecutiva* e che perciò il termine precorso non poteva tener luogo del precetto che si notifica solo allorchando l'esecuzione è possibile, allo scopo di minacciarla. — *Conformi*: Radius, *loc. cit.* - *Redazione Annali*, I, parte II, p. 195 in nota - Borsari, *Comm. I*, p. 500.

6. Per l'efficacia dell'opposizione basta la presentazione del ricorso alla cancelleria o fa d'uopo anche che sia notificato al creditore colla citazione a comparire davanti il presidente?

Io credo che sia sufficiente la produzione del ricorso a sospendere la decorrenza del termine, poichè una volta che il debitore ha manifestato l'intenzione di opporsi al provvedimento presidenziale non può nuocergli il ritardo nell'evasione del ricorso, dipenda esso dal presidente o dalla cancelleria. Se fosse altrimenti, il termine per far opposizione non sarebbe più quello stabilito pel pagamento, ma uno di gran lunga più ristretto, giacchè è noto come le pratiche delle cancellerie non si possano sempre fare con quella celerità che sarebbe richiesta. Sta bene che si ponga a carico della parte notificante il ritardo dell'usciera, ma è ingiusto le si faccia anche subire quello della cancelleria e del presidente.

Tuttociò è così chiaro, che chi ha voluto sostenere una opinione contraria a dovuto eziandio propugnare la tesi che il decreto del presidente non sia necessario e la parte possa essa stessa fissare l'udienza, ciò che io ritengo in aperta contraddizione alla legge. Diffatti, l'opposizione si deve proporre *mediante ricorso a giorno fisso* davanti il presidente e ciò sarebbe affatto assurdo se il ricorso non dovesse presentarsi al presidente per la destinazione del giorno di comparizione. Ma v'ha anche la ragione per la quale fa d'uopo d'un decreto: siccome al rinvio davanti al tribunale deve precedere il tentativo di conciliazione davanti al presidente, è necessario che questi stabilisca il giorno in cui le parti debbono presentarsi davanti a lui, poichè se le udienze del collegio sono destinate in principio d'ogni anno, non è così di quelle davanti al presidente, quando non funzioni da giudice degli incidenti. Sono tante le mansioni del presidente che non può essere concesso al debitore di citare il creditore davanti a lui senzachè egli ne sia avvisato ed abbia fissata la giornata. Ciò è, a mio avviso, dichiarato esplicitamente e tassativamente dal nostro articolo colle parole « *a giorno fisso* ».

7. Può il presidente liquidare e ridurre la nota delle spese a lui presentata? Quale rimedio ha il creditore contro il decreto del presidente medesimo?

Si ammette dai più, e ritengo anch'io, che il presidente non abbia facoltà di fare alcuna detrazione alla nota, quando sia certo che essa fu prodotta da una delle persone designate dall'articolo 103 e riguarda pretese relative a spese giudiziarie, ciò che equivale a non esservi dubbio sulla competenza. La tassazione sarebbe inutile, poichè, opponendosi il debitore, dovrebbe rifarsi dal tribunale; sarebbe illegale perchè fatta *invidua parte*; sarebbe eziandio contraria alla lettera ed allo spirito dell'articolo presente. Alla lettera, giacchè in esso si dice soltanto che il presidente *rilascia* l'ordine di pagamento, nè si accenna punto alla facoltà di liquidare. Allo spirito, poichè una tassazione complicherebbe il procedimento che il legislatore a voluto sollecito ed economico, e se si fosse permessa una detrazione si sarebbe pur dovuto concedere al creditore il diritto di reclamare contro il decreto, mentre l'articolo parla soltanto dell'opposizione del debitore, mostrando di non ritenere nemmeno possibile quella del creditore appunto per la ragione che esclude qualsiasi modificazione della sua domanda. — *Confermi*: Borsari, *Comm. I*, p. 499 — Saredo, *Istit. n.* 659 — Scotti, *Mon. Trib.*, X, 465 — Radius, *loc. cit.* — Mattei, *Annotaz.*

Qualora però il presidente si arroga il diritto di liquidare, a chi potrà il creditore reclamare contro il decreto?

Vedemmo come la giurisprudenza sia oscillante sopra tale questione; non lo è meno la dottrina. Alcuni ritengono che il creditore non possa fare opposizione al decreto perchè non ne avrebbe interesse: egli può abbandonare, si dice, il provvedimento presidenziale che gli fu contrario e con esso la procedura tracciata dall'art. 379, ed appigliarsi al dettato dell'art. 103 citando senz'altro il debitore davanti il tribunale. — Così opinano Borsari, *Comm. I*, p. 499 e Scotti, *loc. cit.* D'altra parte si ribatte che prima di potersi volgere al debitore, il creditore deve spazzar dalla via l'ostacolo frapposto dall'eccesso di potere del presidente, poichè se la nota, si dice, contiene una riduzione è naturale che l'avvocato non possa valersene che per la parte liquidata e non abbia più modo di farsi pagare il rimanente. (*Mon. Trib.* X, 466, *nota della Redazione*).

Io credo che convenga fare anzitutto una distinzione. Gli avvocati, abbiamo veduto, non hanno facoltà di valersi della competenza speciale dell'art. 103, anno quindi interesse a continuare nella procedura dell'art. 379. I procuratori invece avrebbero potuto *ex novo*, secondo l'art. 103, iniziare il giudizio davanti il tribunale o la Corte, ed io ritengo lo possano anche dopo emanato il provvedimento che liquida la specifica prima che, come benissimo dice il Borsari, la parte contraria abbia contestata la lite, essendo il ricorso ed il relativo decreto un atto semplicemente unilaterale che non può pregiudicare i diritti del ricorrente.

Venendo alla seconda indagine, che riguarda l'autorità, alla quale dovrà reclamarsi contro il provvedimento, v'ha chi sostiene che l'opposizione sia da farsi alla Corte d'appello in Camera di consiglio; altri sono d'avviso che sia competente a conoscerne il collegio cui appartiene il presidente che emanò il provvedimento; altri finalmente stimano si debba reclamare al presidente della Corte d'appello se il decreto fu emesso dal presidente del Tribunale ed alla Corte di cassazione se fu opera del presidente della Corte d'appello. Io sto cogli ultimi dei motivi della decisione della suprema Corte di Torino 28 luglio 1874 (n. 45), contraria all'altra della Corte stessa 9 marzo 1870, e che sono i seguenti: « L'art. 379 concede al presidente poteri tutti speciali, non quale delegato, o come parte, o frazione del tribunale, ma tutti suoi propri ed inerenti ed intrinseci al di lui ufficio, e perciò i suoi provvedimenti non possono essere sottoposti che alla censura di un giudice superiore, e non ma a quella dei giudici che egli presiede. Questo giudizio istituito contro quel provvedimento non è previsto in alcuna disposizione del Codice di proc. civ., e rimarrebbe affatto estraneo al vero convenuto e aprirebbe un giudizio, anzi un corso di giudizi sul rilascio di un atto di ingiunzione, che non si può, nè si deve ricusare, e che è destinato a dar principio a quello sul merito, senza inoltre osservare, che, fatta l'opposizione, sarebbe un tale giudizio di nessuna efficacia, e mentre la legge provvede per la più pronta spedizione della parcella, la avrebbe invece invertita e aggravata di un doppio ordine di giudizi ».

Saredo (*Istit. n. 659*) segue il secondo sistema ed ammette che contro il decreto del tribunale sia poi possibile l'appello.

8. Se le spese che si ripetono si riferiscono a causa trattata in appello, il presidente e la Corte sono competenti ad emettere quello l'ordine di pagamento, questa la sentenza sull'opposizione. Difatti è la stessa *autorità giudiziaria* che conobbe della causa che deve, secondo l'art. 379, deliberare sulle spese, appunto perchè più atta a sceverare le necessarie dalle superflue ed a valutare l'importanza delle prestazioni. Di più, siccome col procedimento di questo articolo si intese di favorire le persone designatevi, introducendovi una speciale competenza *ratione materie*, tale scopo sarebbe contrariato se si ammettesse che il procuratore il quale ha residenza nel luogo ove risiede la Corte, e che per lo più non ha trattato la causa davanti il tribunale, sia obbligato a prodursi dinanzi a questo. Tanto valeva lasciare intatte le norme comuni di competenza. Ciò era chiaramente espresso negli art. 27 e 657 del Codice sardo 1859 che in luogo delle parole « *autorità giudiziaria davanti cui fu promossa la causa* » usava le altre « *avanti quella corte, tribunale civile o commerciale ecc.* » e sebbene nel nostro articolo si sia mutata dizione non possiamo ritenere si sia anche mutato il concetto, giacchè non ne troviamo la ragione nei lavori preparatori per la compilazione del nuovo Codice.

Non vale poi l'obbietto che adottando il sistema da me propugnato si avrebbe una pronunzia che non ha percorso il primo grado di giurisdizione, poichè qui siamo in un procedimento in cui tutto è eccezionale, e d'altronde il doppio grado ed il rinvio non sarebbero nemmeno possibili per le spese relative ad un giudizio trattato esclusivamente davanti la Corte, ad esempio nelle cause per legittimazione ed adozione ed in quelle di deliberazione dei giudicati stranieri. — *Conformi*: Borsari, *Comm. I, p. 499; Annali, II, parte II, p. 361, nota della Redazione* - Saredo, *Istit. n. 659*.

Credo poi che sia inappellabile il decreto del presidente del Tribunale che si riferisce alle spese d'una causa trattata davanti al tribunale medesimo in grado d'appello.

9. Possono i pretori rilasciare il provvedimento di cui in questo articolo?

Sostengono l'opinione negativa Saredo (*Istit. n. 660*) ed il tribunale di Cremona in un decreto pubblicato nel *Mon. dei Trib. VIII, p. 181*; e le ragioni che addussero si riassumono in queste: che non può ritenersi richiamato dall'art. 369 dall'art. 447 riguardando questo il solo procedimento, la trattazione degli atti e non mai le spese e competenze del patrocinante; che l'art. 379 è tassativamente applicabile ai *presidenti* ed alle spese delle cause trattate davanti i *tribunali*; che sarebbe illogico che il pretore rimettesse le parti ad udienza fissa davanti a sè medesimo, poichè egli pronuncierebbe così in seconda istanza, senza un formale giudizio della prima, e con violazione dell'art. 38 C. p. c.

L'tesi contraria, l'affermativa cioè, è però accolta da Borsari (*Comm. I, p. 499*) e dall'avvocato Angelini in una bellissima *Monografia* inserita nel *Mon. dei Trib.*, VIII, 436. La seguo anch'io per queste ragioni: L'articolo 447 dichiara che il procedimento davanti ai pretori, oltre che dalle disposizioni speciali stabilite dal capo V, sarà regolato da quelle del capo I, dello stesso titolo IV, lib. I, in quanto vi siano applicabili. Al capo I appartiene anche l'art. 379, perciò dovrà ritenersi riferito anche ai giudizi pretoriali, poichè lungi dall'esservi inattuabile, la stessa *ratio legis* che suggerì il procedimento spiccio ed economico a pro' dei procuratori e delle altre persone nominate nell'articolo 103 vale anche se desse abbiano prestato l'opera loro davanti ai pretori.

Non v'ha dubbio, in secondo luogo, che l'articolo 379 non formi parte integrante del procedimento davanti i tribunali, sebbene riguardi le spese e costituisca esso medesimo uno speciale *procedimento*, e perciò non ne è punto illegale l'applicazione al *procedimento* davanti i pretori.

In terzo luogo, siccome il pretore cui fosse presentata la nota delle spese non avrebbe facoltà di liquidarla, cade l'argomento che si vorrebbe dedurre dal *bis in idem* pel giudizio che sulla opposizione del debitore egli dovrebbe pronunciare. Vera causa non sorge che dopo fallito l'esperimento

di conciliazione, ed una sola sarebbe la decisione che il pretore dovrebbe emanare sulla liquidazione, non potendo ritenersi tale la semplice apposizione dell'ordine di pagamento appiedi della nota. Io poi crederei (contrariamente a Borsari) che il pretore fosse competente a giudicare sulla opposizione, qualunque fosse l'ammontare delle spese, poichè la competenza speciale stabilita dall'art. 103 non è punto ristretta dalle norme della competenza per valore.

10. La decadenza comminata dall'art. 480 pel caso in cui chi abbia fatto opposizione ad una sentenza non comparisca nel termine stabilito, non può ritenersi applicabile all'opposizione contro il provvedimento presidenziale, perchè le decadenze non possono estendersi ai casi non espressamente contemplati dalla legge e perchè la causa sull'opposizione non costituisce un secondo giudizio, non potendosi riguardare siccome primo quello seguito davanti il presidente. — *Conforme*: Gargiulo, *Comm.* p. 976.

11. Vedi il commento all'art. 103, l'art. 48 della legge 8 giugno 1874 sull'esercizio delle professioni di avvocato e procuratore, ivi citato, e l'art. 260 del reg. gen. giud., che dispone come segue: « Nel caso previsto dall'art. 379 C. p. c. le parti espongono a voce all'udienza le rispettive ragioni che sono riferite in forma di processo verbale nel foglio d'udienza. Tanto il provvedimento col quale il presidente rimette le parti davanti il tribunale, quanto quello con cui il tribunale statuisce sulla opposizione, sono scritti di seguito l'uno all'altro in fine del ricorso in opposizione ».

Adunque davanti al tribunale non è necessario formulare le proprie ragioni in una comparsa conclusionale e ciò sta in relazione colla facoltà del debitore di comparire in persona. Di più il tribunale delibera sull'opposizione con un semplice provvedimento, che è scritto di seguito a quello del presidente che fissò l'udienza per la comparizione davanti al collegio allo scopo di discutervi sull'opposizione.

È appellabile questo provvedimento? Non puossi dubitarne poichè è emanato in contraddittorio e definisce un vero giudizio *in primo grado*, iniziato pel rinvio a udienza fissa ordinato dal presidente.

SEZIONE XII.

Disposizioni speciali ai giudizi contumaciati.

Art. 158, 159, 440 c. p. c.;
230 reg. giud.

380. Quando non siavi stata costituzione di procuratore a norma dell'articolo 159, il convenuto sull'istanza dell'attore è dichiarato contumace.

Se il procuratore dell'attore non siasi costituito a norma dell'articolo 158, l'attore non può far dichiarare la contumacia del convenuto, ma deve rinnovare la citazione.

1. La contumacia del convenuto è bene dichiarata, se questa dichiarazione fu dall'attore richiesta quando era decorso il termine a comparire e il convenuto medesimo non aveva per anche costituito procuratore, qualunque tale costituzione sia avvenuta prima della dichiarazione di contumacia. La iscrizione al ruolo delle cause contumaci non deve notificarsi al procuratore avversario non costituitosi nel termine legale. — *Appello Napoli, 23 gennaio 1867. Campagna—Caracciolo. Annali, I, 356.*

2. Il solo atto d'interposizione d'appello non costituisce istanza giudiziale. Quindi se nel termine in esso indicato nè l'appellante, nè l'appellato sono comparsi al giudizio, non è permesso ad alcuno di loro di domandare sia la dichiarazione della contumacia dell'altro, sia la perenzione dell'istanza pella non chiesta dichiarazione di contumacia nei 60 giorni; e soltanto l'appellato può domandare che sia dichiarato come non avve-

nuto l'atto d'appello. — *Appello Parma*, 29 gennaio 1867, *Botteri—Stevani. Annali*, I, 197. — *Appello Potenza*, 22 luglio 1867, *Coloni Brindesi—Fittipaldi. Annali*, I, 538.

3. La non comparizione di una parte nel termine della citazione autorizza l'altra a chiedere la dichiarazione della di lei contumacia. La contumacia però non può essere dichiarata dal giudice se non quando la non comparizione siasi verificata per tutto il corso del giudizio. — *Cass. Torino*, 14 aprile 1869, *Raffaini—Mambretti. Annali*, III, 118.

4. Il convenuto deve considerarsi contumace quantunque esista un atto di costituzione di procuratore, quando questa costituzione non vedesi accompagnata dal deposito del mandato. — *Appello Napoli*, 22 ottobre 1869, *Censale—Sacco. Annali*, III, 467.

5. Perchè l'appellato possa dirsi comparso è necessario che oltre ad aver costituito procuratore, questi abbia anche depositato il mandato dopo aver notificato l'atto di sua costituzione.

Quindi se mancando il deposito del mandato l'appellante non abbia chiesta la dichiarazione di contumacia dell'appellato nei 60 giorni, l'istanza è perenta e la sentenza passa in giudicato. — *Appello Napoli*, 25 ottobre 1869, *Lecaldano—Bordone. Annali*, III, 471.

6. Una comparsa notificata dall'appellato all'appellante, senza costituzione di procuratore, non vale ad impedire la dichiarazione della sua contumacia. — *Cass. Torino*, 21 dicembre 1870, *Cometti—Pio luogo degli Orfanotrofi di Bergamo. Gazz. dei Trib.*, 1870, 678.

7. Quando colui che si costituì procuratore del convenuto non solo era munito di legittimo mandato, ma lo spese di fatto contestando lite coll'avversario, il convenuto non può pretendere di essere considerato come contumace per questo solo che il procuratore omise a principio di depositare in cancelleria il mandato. — *Appello Firenze*, 13 aprile 1872, *Cironi—Martini. Annali*, VI, 185. — *Cass. Firenze*, 16 dicembre 1872, *Cironi—Martini. Annali*, VII, 37.

8. Nei giudizi con procedimento sommario la parte può fino al giorno dell'udienza sostituire altro procuratore legale a quello già da lei nominato. E se all'udienza il nuovo procuratore non si presenti, essa deve ritenersi contumace quantunque abbia assunto la di lei rappresentanza e spiegato conclusioni nel di lei interesse il procuratore cui era stato rivocato il mandato. — *Cass. Napoli*, 6 settembre 1872, *Visco—Visco. Annali*, VI, 507.

I. Leggiamo nella *Relazione* Pisanelli:

« Trattando delle forme dei giudizi si accennò che il convenuto legalmente citato si presume avvertito della domanda contro di lui proposta: onde se non comparve, si procede tuttavia in sua contumacia. Ma può avvenire il contrario, vale a dire, che comparendo in giudizio il convenuto non vi comparisca l'attore; potrà quello a sua volta pronunciare la dichiarazione di contumacia di chi lo fece citare. Ove nè l'uno nè l'altro comparissero nel termine stabilito dalla citazione, viene a mancare una delle condizioni sostanziali del giudizio, e la citazione si reputerà come non avvenuta.

« La contumacia nel sistema del progetto è soltanto determinata dal difetto della parte (*faute de comparaitre*) per mancanza della costituzione di un procuratore che la rappresenta nel giudizio. Già fu accennato che non sono ammesse le contumacie effimere del procuratore (*faute de conclure ou de plaider*), così male ideate da altri Codici a danno dei litiganti e con discapito della giustizia. Costituito il procuratore, non vi può essere più giudizio contumaciale; se egli non conchiude nella causa, se non interviene all'udienza, si potrà da ciò argomentare la negligenza del procuratore nel far valere le difese del suo cliente, o la convinzione che non abbisognano ulteriori atti perchè l'autorità giudiziaria vi faccia diritto, ma non si potrà in

alcun modo ritenere che la parte sia contumace in un giudizio, nel quale continua ad essere legalmente rappresentata.

2. Siccome la costituzione di procuratore deve aver luogo nelle forme di legge, la irregolarità della medesima che produca nullità si risolve nella contumacia. — *Conformi*: Borsari, *Comm.* I, p. 501 - Gargiulo, *Comm.* p. 984 - Saredo, *Istit.* n. 664 - Mattei, *Annotaz.*

Non ritengo che ad una valida costituzione di procuratore per impedire la contumacia sia assolutamente necessaria l'osservanza anche del n. 2 degli art. 158 e 159, credo debba bastare il deposito del mandato in forma autentica a termini del n. 1 dei detti articoli che più precisamente contempla il modo di comparizione. — *Conforme*: Borsari, *loc. cit.*

3. Si è veduto che la Corte di cassazione di Firenze (n. 7) ha giudicato che se il mandato fu rilasciato al procuratore ma non fu depositato, la parte non può dirsi contumace se la lite fu dall'avversario contestata con quel procuratore. Ecco il motivato di questa importantissima decisione: « La mancanza della formalità del deposito, quantunque sostanziale, non produce che una nullità relativa, una nullità che può essere opposta dalla parte contraria che non intenda discutere in contraddittorio con un procuratore che avrebbe diritto di non riconoscere come tale, non avendo adempiuto a tutti gli obblighi della costituzione; ma se, il procuratore assume la difesa, e l'altra parte contesta la lite, ed ha luogo la discussione contraddittoria, non è onesto, né lecito, né logico invocare il qualunque beneficio della contumacia da colui che fu presente al giudizio e ottenne i vantaggi della discussione, allegando un difetto di formalità che derivava dalla parte sua, e che gli fu innocuo. Vero è che la mancanza del mandato è vizio che non solo nel rapporto dell'interesse privato, ma eziandio in una ben giusta considerazione d'ordine pubblico, annulla i giudicati, che avendo i non comparsi come presenti, tendè a privarli dei benefici della difesa che la legge riserba alla loro regolare presentazione in giudizio. Ma ciò s'intende della mancanza assoluta del mandato; non quando il mandato è stato conferito, né s'impugna che sia stato conferito ».

4. Deducendosi da questo articolo che se l'attore non sia comparso nel termine della citazione non può proseguire nel giudizio, né chiedere la contumacia del convenuto non comparso, ma deve rinnovare la citazione, è chiaro che il convenuto cui non preme di far decidere la causa in contumacia dell'attore, agirà prudentemente attendendo fino all'ultimo momento la costituzione dell'avversario prima di eseguire la propria, giacché, se il termine trascorra inutilmente, il giudizio non può aver corso. — *Conformi*: Scotti, *Monografia sugli articoli 158, ecc.*, p. 7. - Saredo, *Istit.* n. 664.

Art. 100, 140, 387 c. p. c.

381. Quando il procuratore del convenuto siasi costituito a norma dell'articolo 159, e quello dell'attore non abbia fatta la sua costituzione a norma dell'articolo 158, il convenuto può far dichiarare la contumacia dell'attore, al fine di ottenere l'assolutoria dal giudizio o dalle domande dell'attore, e il rimborso delle spese.

Se il convenuto proponga domande riconvenzionali, deve notificarle all'attore personalmente.

1. L'appello incidentale è da considerare come una domanda riconvenzionale; quindi se l'appellante principale è contumace devesi a lui notificare personalmente.

In caso di procedimento sommario e di appello incidentale proposto colla conclusionale alla prima udienza, se l'appellante principale è contumace si deve pronunziare sull'appello principale e rinviare l'appellante incidentale a provvedersi a forma di quest'articolo. — *Appello Firenze, 17 dicembre 1867, Nebbia e Teja—Castellani. Annali, II, 108.*

2. Il convenuto può proporre che anche nel proprio interesse sia dichiarata la contumacia. La produzione del mandato del procuratore è imposta non tanto nell'interesse dell'attore, quanto in quello del convenuto, e altresì nell'interesse dell'ordine dei giudizi, affinché i giudicati possano produrre i loro legittimi effetti. — *Cass. Firenze, 9 novembre 1871. Comune di Pistoia—Gavazzi. Legge, XII, 74.*

3. La sentenza di primo grado colla quale il giudice, constatata la contumacia dell'attore in base a questo articolo assolve il convenuto dalla domanda dell'attore medesimo, è soggetta ad appello. — *Cass. Palermo, 7 dicembre 1872. Buonarosi—Pernisi. Annali, VII, 367.* — *Appello Napoli, 27 settembre 1872. Viglietti—Cianciulli. Annali, VII, 7.*

1. Scrive Pisanelli nella sua *Relazione*:

« Quale sarà la condizione del convenuto, allorché l'attore sia contumace? Egli può anzitutto chiedere l'assolutoria dall'osservanza del giudizio, o dalle domande dell'avversario; ciò chiedendo, egli non cambia e non estende punto l'oggetto della controversia. Ma se non vuole limitare alla semplice difesa l'esercizio delle sue ragioni, non avrà egli facoltà di proporre a sua volta domande riconvenzionali contro l'attore? Il compratore od il venditore, convenuto in giudizio per l'esecuzione del contratto, può avere tutt'altro interesse che quello di chiedere l'accennata assoluta, importandogli realmente che il contratto venga eseguito senza ritardo dall'una e dall'altra parte, e che siano tutte risolte le questioni insorte fra loro. Così dicasi di molti altri casi. L'attore poteva nella sua domanda fissare basi più estese alla causa di quelle contenute nell'atto di citazione; non ha di che lagnarsi, come di un fatto proprio, se non potrà successivamente estendere l'oggetto della controversia. Lo stesso non può dirsi del convenuto. Il progetto riconoscendo pertanto al convenuto il diritto di proporre domande riconvenzionali contro l'attore contumace, ancorché dipendenti da titolo diverso da quello su cui si fonda la domanda principale, ma prevedendo ad un tempo che la controversia viene a prendere proporzioni più estese di quelle determinate dall'atto di citazione, così a maggior cautela delle ragioni del contumace stabilisce che le suddette domande dovranno essere proposte con atto a lui notificato nei modi stabiliti per la citazione ».

2. Come per l'attore sta anche pel convenuto che egli non può chiedere la contumacia del suo avversario se non sia comparso nel termine di citazione. Ciò mi sembra scaturisca spontaneo dalla lettera dell'articolo.

3. Il convenuto, in contumacia dell'attore, può concludere per essere assolto dall'osservanza del giudizio, ovvero chiedere d'essere assolto dalla domanda. Sono due cose differenti, poichè la prima assoluzione non toglie di mezzo che l'istanza, la seconda respinge anche l'azione dietro esame del merito della questione.

La conclusione dell'assoluzione dall'osservanza del giudizio dovrà essere sempre accolta, quella pel rigetto della domanda non lo sarà se non quando il giudice per gli argomenti e le prove offerte dal convenuto si convinca che le eccezioni sono fondate.

Siccome però il giudice non può pronunciare se non sulle conclusioni delle parti, non potrà dare ragione all'attore sebbene egli si fosse persuaso che la sua domanda era fondata; in tal caso si limiterà ad assolvere il convenuto dall'osservanza del giudizio. Leggiamo nel Mancini (*Comm. Cod. Sardo, II, n. DCXCVIII*) a questo proposito: « L'attore sarà espulso dal campo giudiziale definitivamente e per non più tornarvi, o soltanto per questa volta e con facoltà di riprodursi, secondochè si vedrà trionfante l'eccezione, o dubbia e perplessa, e dipenderà totalmente dalla saviezza dei giudicanti: mai però *in verun caso* l'attore contumace potrà vincere il giuoco: poichè manca delle condizioni necessarie ad impetrare una decisione qualsiasi ».

Art. 474, 895 c. p. c.

382. Quando la contumacia riguardi il convenuto che non sia stato citato in persona propria, l'attore può per l'effetto indicato nel capoverso dell'articolo 474 fargli notificare un nuovo atto di citazione, con dichiarazione che, non comparendo, la causa sarà proseguita in sua contumacia.

Se tra due o più convenuti alcuno sia stato citato in persona propria, o 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 con la dichiarazione suddetta.

1. La citazione fatta e rinnovata per pubblici proclami produce gli stessi effetti di una citazione non seguita in persona propria, e rinnovata colla dichiarazione indicata in questo articolo, epperò vi è luogo a dichiarare la contumacia e resta preclusa la via all'opposizione. — *Appello Casale*, 2 dicembre 1868. *Charvet-Figaroli di Gröppello. Annali*, II, 636.

2. Questo articolo è applicabile anche ai procedimenti davanti le Corti d'appello. — *Appello delle Calabrie*, 18 giugno 1869. *Fagà-Bevilacqua. Gazz. dei Trib.*, 1869, 552.

3. L'obbligo di rinnovare la citazione nel caso contemplato da questo articolo vale anche pei convenuti che sono citati all'estero. — *Appello Torino*, 26 giugno 1869. *Scarriga-Bacilieri. Gazz. dei Trib.* 1869, 643.

4. L'omissione della seconda citazione al contumace induce nullità degli atti giudiziali che vengono in appresso eseguiti (1). Nè questa nullità rimane sanata pella comparizione del contumace, quando esso comparisce appunto per dedurla. — *Appello Macerata*, 21 dicembre 1869. *Gianelli-Calvigioni. Annali*, V, 211.

(1) *Appello Lucca*, 18 giugno 1873. *Curci-Limozin. Annali*, VII, 417.

5. Non è nulla la seconda citazione al contumace solo perchè vi manchi la dichiarazione voluta da questo articolo. — *Appello Napoli*, 20 aprile 1870. *Naturi-Barracerno. Annali*, IV, 430.

6. Quando uno tra più convenuti non è stato citato in persona propria, non può proseguirsi il giudizio se non dopo che sia stata rinnovata la citazione nelle forme di quest'articolo. La omissione di questa seconda citazione induce la nullità degli atti giudiziali che vennero in appresso eseguiti. Nè questa nullità rimane sanata per la comparizione del contumace, quando esso comparisce appunto per dedurla. — *Appello Macerata*, 21 dicembre 1871. *Gianelli-Calvigioni. Annali*, V, 211.

7. Nel caso di più convenuti, alcuni dei quali non sono comparsi, l'attore non può chiedere la dichiarazione di contumace di questi ultimi se non dopo di aver rinnovata ad essi la citazione.

Ov'egli non abbia rinnovata la citazione e non abbia rinunciato agli effetti di essa a riguardo dei non comparsi, il tribunale non può dichiarare la loro contumacia, ma deve ingiungere all'attore, o di eseguire la seconda citazione, o di rinunciare alla prima.

La rinuncia agli effetti della citazione a riguardo di alcuno dei convenuti dev'essere espressa e fatta dal procuratore munito di mandato speciale od anche con comparsa firmata dall'attore medesimo. — *Appello Venezia*, 30 aprile 1873. *Comune d'Asiago-Fabrello. Annali*, VII, 358.

8. Nel caso di chiamata in giudizio di più convenuti la rinuncia agli effetti della citazione contro i non comparsi significa rinunciare non già all'azione contro di loro, sibbene ad averli parte nel giudizio medesimo, e ad opporre loro la sentenza che pei non comparsi è *res inter alios acta*.

et indicata. Epperziò i non comparsi non facendo parte del giudizio non possono sperimentare il rimedio della opposizione. Iniziato il giudizio coi convenuti comparsi, se l'attore ha chiesta per errore la contumacia dei convenuti non comparsi ai quali non sia stata rinnovata la citazione, la decisione che accoglie tale istanza non passa in cosa giudicata, ed il tribunale può sulle nuove deduzioni giudicare che la non comparizione dei convenuti non citati in persona propria costituisce non la loro contumacia, ma la loro non presenza al giudizio per mancanza di citazione. — *Cass. Firenze, 5 marzo 1874. Barsotti-Perini. Legge, XIV, 507.*

9. Nel caso di un solo convenuto è assolutamente infondata l'eccezione di irregolarità opposta alla pronuncia di contumacia del convenuto, per non essere lo stesso stato citato in persona propria.

Non è che una facoltà della parte il rinnovare la citazione, per ovviare le conseguenze di cui l'art. 474. — *Appello Venezia, 11 dicembre 1874. Amadi-Pigazzi. Mon. Giud., IV, 72.*

10. La rinuncia agli effetti della citazione (nel caso di più convenuti) contro i citati non comparsi, non è necessario che sia fatta con comparsa, ma può farsi anche verbalmente all'udienza, tanto nel procedimento formale come nel sommario. — *Cass. Napoli, 5 gennaio 1875. Carbone-Nappo. Legge, XV, n. 12.*

1. Due sono le ipotesi previste da questo articolo. Per impedire l'opposizione, la legge autorizza l'attore (e di questo solo si parla, poichè l'opposizione non è concessa che al convenuto) a rinnovare la citazione al convenuto non citato in persona propria. Ecco il primo caso. Quanto al secondo credo opportuno di riferire ciò che ne dice la *Relazione* del Pisanelli:

« Può avvenire che fra due o più convenuti alcuni soltanto non compariscano. Il caso di più attori, alcuni dei quali si rendano contumaci, non è guari probabile; esso manca d'altronde, d'ogni importanza giuridica nel sistema del progetto, poichè l'opposizione contro la sentenza contumaciale, per le ragioni che saranno addotte in appresso, non viene ammessa che per parte del convenuto, il quale non sia stato citato in persona propria. Le sentenze contumaciali essendo considerate come proferite in contraddittorio riguardo all'attore contumace, per quanto concerne i mezzi coi quali possono essere impugnate, è palese che sotto questo rapporto il caso della contumacia di alcuni fra gli interessati non ha importanza giuridica, se non riguardo ai convenuti e specialmente quelli non citati in persona propria.

« Però la quistione che presentavasi qui a risolvere era la seguente. Se alcuni dei convenuti comparvero in giudizio, ed altri non citati in persona propria si resero contumaci, le sentenze che saranno pronunziate nel giudizio dovranno essere riputate contraddittorie o contumaciali riguardo ai non comparsi? »

« Contro il sistema che considera le dette sentenze come emanate in contraddittorio di tutte le parti, furono mosse gravi obiezioni. Si ritiene come presente in giudizio una parte che realmente non vi è comparsa, come citato in persona propria il convenuto che realmente lo fu soltanto in persona domestica od altrimenti. Il timore di una sorpresa a danno del contumace non cessa per la circostanza che vi siano altri convenuti in giudizio. Ammettendo una collusione possibile tra l'attore ed i convenuti comparsi, la difesa sarà più apparente che reale, più adatta a nuocere che a tutelare le ragioni del contumace. Ma senza spingere le cose fino al punto di supporre la malafede, basta che non vi sia identico interesse tra i comparsi ed i contumaci, affinchè la causa di questi ultimi non sia trattata sotto il suo vero aspetto. L'ingiustizia di una sentenza sarebbe poi irreparabile quando fosse proferita in grado di appello.

« Ma il sistema contrario non va scevro da più gravi inconvenienti. Esso può dar luogo in ordine ad una domanda fondata sullo stesso titolo, riguardo a quistioni fra loro connesse, a due giudicati diametralmente op-

posti, l'uno dei convenuti comparsi in giudizio, l'altro dei contumaci dei quali sia ammessa l'opposizione. Delle due sentenze fra loro contrarie ve ne ha una che concede ciò che non è dovuto, o che rifiuta ciò che è dovuto. La ingiustizia sarebbe flagrante. Se l'opinione pubblica rimane scossa, allorché in cause simili i tribunali pronunziano diversamente, che dovrà dirsi del caso in cui la contraddizione ha luogo nella stessa causa, sulle quistioni stesse, per parte degli stessi giudici? Al danno dell'ingiustizia reale si aggiunge qui il male dell'ingiustizia apparente.

« Supponendo poi che la sentenza sia emanata in primo grado di giurisdizione, si potrà ammettere che mentre i convenuti già comparsi l'impugneranno in appello, i contumaci l'impugnino coll'opposizione davanti gli stessi giudici che la proferirono? Dovrà l'attore sostenere contemporaneamente due giudizi per la stessa causa, i quali potranno avere per successo due sentenze diverse, una delle quali darà poi luogo ad un altro giudizio di appello che potrà pur esso avere per definitivo risulamento una contraddizione di giudicati?

« Prevalse quindi il sistema che ritiene come proferite in contraddittorio di tutti i convenuti le sentenze emanate in contumacia di alcuni soltanto dei medesimi. E questa soluzione doveva tanto più prevalere nel sistema del progetto, in quanto che per esso vengono sottratte dall'opposizione le sentenze contumaciali anche nei rapporti del convenuto, ove questo sia stato citato in persona propria o gli sia stata rinnovata la citazione. Quindi è che combinando assieme il concetto, per cui vuolsi evitare la contraddizione dei giudicati mantenendo salda l'economia dei giudizi, coll'altro per cui viene respinto il mezzo dell'opposizione nel caso di citazione fatta in persona propria, il progetto stabilisce: che se fra due o più convenuti alcuni siano stati citati in *persona propria*, od ancorché non citati in tal modo *comparissero*, ed alcuni che non siano stati citati in persona propria non comparissero, l'attore, ove non rinunci all'effetto della citazione contro dei secondi dovrà farli citare nuovamente. Quando tutti i convenuti fossero stati citati in persona propria, è palese che quantunque si rendano tutti o soltanto alcuni di essi contumaci, non occorre tuttavia una nuova citazione, poiché la prima basta ad escludere, riguardo a tutti i contumaci, il mezzo dell'opposizione. Lo stesso deve dirsi del caso in cui fossero comparsi quelli che non siano stati citati in persona propria, e non comparissero invece quelli che in tale modo siano stati citati. Ove poi nessuno dei convenuti fosse stato citato in persona propria e nessuno comparisse, è palese che tutti i convenuti, trovandosi allora nella stessa condizione giuridica riguardo alla contumacia, non occorre neppure una nuova citazione per l'ulteriore corso del giudizio, salvoché l'attore creda nel suo interesse di farla seguire per escludere, riguardo a tutti, il mezzo dell'opposizione contro la sentenza contumaciale.

« Nel caso in cui fra più convenuti alcuni soltanto siano comparsi, il Codice sardo provvede diversamente riguardo ai contumaci. L'attore deve anzitutto instare per la dichiarazione della contumacia e per l'unione della causa dei contumaci con quella dei comparsi, e poscia far notificare ai primi la relativa sentenza. Parve migliore il metodo di richiedere soltanto una nuova citazione, imperocché con esso si raggiunge parimente lo scopo cui si mira colla notificazione della sentenza che dichiara la contumacia e la unione delle cause, senza dar luogo ai ritardi ed alle maggiori spese che trae seco la necessità della prolazione e successiva notificazione di una sentenza ».

2. Non è nulla la seconda citazione se manchi della dichiarazione voluta da questo articolo, e ciò perché la legge non stabilisce la nullità ed il convenuto non può ignorare che sebbene egli non comparisca la causa si può validamente proseguire in sua contumacia privandolo eziandio del diritto di fare opposizione. — *Conforme: Gargiulo, Comm.* p. 989.

3. Per la rinuncia agli effetti della citazione riguardo al contumace è necessario, a mio avviso, che il procuratore sia munito di un mandato speciale. Difatti essa equivale alla rinuncia agli atti del giudizio relativamente al contumace e perciò serve anche per la medesima il disposto dall'art. 344. Né

si dica che il procuratore potrebbe pure raggiungere lo stesso effetto, rinunciare implicitamente agli effetti della citazione per conto del suo mandante coll'omettere di rinnovarla, poichè io credo che la rinuncia implicita non possa ammettersi e che il tribunale, se la citazione non sia rinnovata e non sia esplicitamente messo fuori di causa il contumace, non debba pronunciare sentenza in merito, ma abbia ad ordinare la notificazione della seconda citazione.

In altro senso non può interpretarsi l'obbligo fatto dalla legge all'attore di regolare la condizione del contumace, poichè sebbene imposto con uno scopo d'ordine pubblico, quale quello di rendere uniforme il procedimento per tutti gli altri interessati e di rimuovere il pericolo d'un conflitto di giudicati, mancherebbe altrimenti di qualsiasi sanzione. D'altronde non potrebbe concepirsi una sentenza che senza domanda espressa ometta di pronunciare in confronto di taluni dei convenuti perchè non poterono essere legalmente dichiarati contumaci in causa della negligenza dell'attore.

4. Quando si potrà procedere alla notificazione del nuovo atto di citazione, per gli effetti dell'opposizione, giusta il disposto dell'articolo presente?

S'è fatta questione se si debba, a rito sommario, attendere che al di dell'udienza sia constatata la non comparizione del convenuto non citato in persona propria, per poi, chiesto un rinvio, rinnovargli la citazione per la udienza indetta con ordinanza dal tribunale, oppure se si possa prima ancora dell'udienza, essendovi tuttavia il termine utile, eseguire la notificazione della seconda citazione per l'udienza già fissata nella prima.

Io credo che la seconda citazione possa sempre notificarsi prima dell'udienza purchè rimanga intatto il termine di comparizione.

La legge infatti non richiede se non che la citazione sia notificata due volte, perchè si possa presumere con fondamento che il convenuto sia venuto a cognizione del giudizio che si agita contro di lui. Essa non prescrive che si debba attendere il di dell'udienza per eseguire la seconda notificazione, e se l'attore crede opportuno di tosto premunirsi, nella previsione che il convenuto non comparisca, non v'è ragione d'impedirglielo e costringerlo a subire col ritardo la spesa del rinvio prima di discutere la causa. E tanto meno sarebbe giustificato il divieto poichè ci sembra che si raggiunga assai meglio l'intento dal legislatore contemplato, colla doppia citazione per una medesima udienza, di quello che con due citazioni ad udienze diverse, essendone maggiormente attratta l'attenzione di chi riceve la citazione medesima.

Nel caso che la rinnovazione sia obbligatoria gioverà ancor più all'attore la diligenza della seconda notificazione avanti l'udienza, quantunque attendendo il di della comparizione egli avesse potuto risparmiarla, poichè esaurita questa pratica eviterà gli indugi e potrà discutere la causa anche allà prima udienza.

Avverto poi che se la rinnovazione della citazione sia facoltativa, l'attore, se attende ad eseguirla dopo l'udienza, potrà dichiarare soltanto di voler notificare la seconda citazione, e, dopo fatta registrare a verbale tale dichiarazione, il presidente ordinerà la cancellazione della causa dal ruolo; ovvero l'attore stesso, fatta la dichiarazione, chiederà un rinvio per risparmiare la nuova iscrizione, ed il presidente dovrà accordarglielo. Il primo sistema è forse migliore poichè lascia libera la facoltà di fissare la discussione per quel giorno che meglio piace.

5. Rammentisi che per l'art. 893 C. p. c. le sentenze contumaciali pronunziate nei giudizi di divisione non sono soggette ad opposizione e perciò non è applicabile a questi giudizi la disposizione del capoverso del presente articolo.

383. La dichiarazione di contumacia dev'essere chiesta nel termine di giorni sessanta dalla scadenza di quello stabilito per comparire, salvo che tra più attori o convenuti alcuno sia comparso.

Art. 158, 159, 338, 390
c. p. c.; 259 rez. giud.

Per questa dichiarazione la parte interessata deve far iscrivere la causa sul ruolo di spedizione delle cause contumaciali, e giustificare, con certificato del cancelliere, ch'essa adempì e l'altra parte non adempì le disposizioni degli articoli 158 e 159.

1. Non è necessario chiedere la dichiarazione di contumacia nei 60 giorni nei procedimenti sommari. — *Cass. Napoli*, 16 gennaio 1868. *De-manio—Zampini. Bettini*, XX, 36.

2. La disposizione di quest'articolo sull'obbligo di chiedere la dichiarazione di contumacia nei 60 giorni non è applicabile ai procedimenti formali avanti i tribunali di commercio. — *Appello Napoli*, 5 agosto 1869. *Vacca—Vince. Annali*, IV, 278.

3. La parte che è tempestivamente comparsa può validamente proseguire il giudizio senza far dichiarare la contumacia della parte non comparsa poichè altra è la contumacia di fatto, ed altra quella dichiarata dal giudice. — *Appello Firenze*, 31 dicembre 1869. *Amirandoli—Giovannelli. Annali*, IV, 504.

4. Non può dirsi prematura l'istanza per dichiarazione di contumacia se, non comparso uno fra più convenuti, siasi chiesta la di lui contumacia nella comparsa conclusionale, quand'anche la causa non fosse matura in merito contro il comparso.

Le disposizioni di cui agli art. 181 e 206 C. p. c. per l'ammissione di un mezzo di prova, non possono ricevere applicazione nei giudizi contumaciali. — *Appello Cagliari*, 29 aprile 1872. *Manca-Masala—Marongiu. Legista*, III, 136.

5. Se tra più convenuti alcuni sono comparsi, altri no, il procuratore dell'attore può concedere ai non comparsi un nuovo termine a comparire in giudizio, ed è dall'espiro di questo che cominciano a decorrere i 60 giorni entro i quali l'attore deve chiedere la dichiarazione di contumacia. — *App. Venezia*, 30 aprile 1873. *Comune di Asiago—Fabrello. Annali*, VII, 358.

6. Ogniqualvolta in procedimento formale sia dal convenuto, sia dall'attore si voglia far dichiarare la contumacia dell'avversario o di taluno degli avversari che non sia comparso nel termine della citazione, mercè regolare costituzione di procuratore, è assolutamente necessario che si uniformi scrupolosamente alle imperative norme stabilite dall'art. 383.

Il cancelliere a cui viene richiesto il certificato prescritto dall'articolo 383 ben può e deve attestare secondo verità di fatto che il procuratore avversario depositò, nel termine della citazione, regolare mandato di uno dei suoi clienti, nel quale questi dichiara di agire anche per gli interessi dell'altro o degli altri, ma non il mandato di questi ultimi, rispetto ai quali nessun altro procuratore si è costituito nel termine con deposito del mandato, e ciò quand'anche il procuratore avversario abbia dichiarato di costituirsi nell'interesse di tutti i suoi clienti. — *Appello Modena*, 13 febbraio 1874. *Grossi e ll. cc.—Pinetti. Mon. Trib.*, XV, 640.

7. Quando tra più convenuti qualcuno non sia comparso, non è necessario chiedere contro i non comparsi la dichiarazione di contumacia alla cancelleria entro i 60 giorni, ma la contumacia si dichiara colla sentenza che pronuncia in merito.

L'iscrizione a ruolo deve essere notificata anche ai non comparsi. La mancanza di notifica non porta però la nullità della iscrizione, autorizza bensì la parte, cui la notificazione non venne fatta, a chiedere il cancellamento della causa dal ruolo. — *Appello Firenze*, 26 maggio 1874. *Dami e Buonomini—Lazzerini e Coppi. Annali*, VIII, 456.

8. Per la validità della dichiarazione di contumacia non basta averne fatta l'istanza entro il termine di 60 giorni, ma occorre che nel suddetto periodo di tempo sia la causa iscritta a ruolo; chè anzi la istanza per la dichiarazione può farsi dopo l'iscrizione a ruolo e dopo il termine dei 60 giorni. — *Appello Torino, 7 agosto 1874. Renacco—Favetto. Bettini, XXVI, 604.*

9. La domanda di dichiarazione di contumacia, di cui questo articolo, si deve ritenere per fatta dal momento in cui la parte comparsa fa inscrivere la causa nel ruolo di spedizione delle cause contumaciali. Conseguentemente è sufficiente che nel termine dei 60 giorni, entro il quale la dichiarazione di contumacia dev'essere chiesta, la parte interessata faccia inscrivere la causa sul detto ruolo.

La legge poi non prescrive che entro i 60 giorni la domanda stessa debba essere notificata. — *Cass. Firenze, 1 dicembre 1874. Girelli—Bontae. Gior. dei Trib., III, 323. — Appello Firenze, 10 marzo 1874. Manuzzi—Monti. Annali, VIII, 207.*

10. La domanda di dichiarazione di contumacia nei 60 giorni non basta a impedire la perenzione, se nello stesso termine non siasi anche iscritta la causa al ruolo. Non è però necessario che la iscrizione sia notificata alla parte non comparsa. — *Appello Torino, 1 marzo 1875. Garzena—Parr. di Biella. Annali, IX, 602.*

11. In giudizio formale promosso contro più convenuti di cui alcuno sia comparso ed altri no, non è necessario chiedere la dichiarazione di contumacia, ed è sufficiente per la regolare prosecuzione della causa in confronto di tutti che sia stata rinnovata la citazione ai non comparsi.

Di vero, la legge, onde evitare la possibile contrarietà dei giudicati, non permette di potersi scindere la contenzenza del giudizio, tanto che dispone che se di due o più convenuti alcuno non sia stato citato in persona propria e non comparisca, l'attore, se non rinunci all'effetto della citazione contro il non comparso, deve farlo citare nuovamente con la dichiarazione di contumacia. Altronde è detto nel seguente art. 384 che la sentenza che dichiara la contumacia, pronuncia sulle conclusioni della parte istante; e se tra più attori o convenuti alcuno sia comparso l'autorità giudiziaria pronunzia colla stessa sentenza riguardo a tutte le parti.

L'iscrizione della causa al ruolo delle contumaciali riguardo al contumace darebbe luogo ad un geminato giudizio, l'uno in contraddittorio, l'altro in contumacia.

Non è nulla la sentenza che pronuncia contro il contumace senza che gli siano stati notificati la iscrizione a ruolo, la comparsa conclusionale e il decreto presidenziale che fissa l'udienza, perchè la legge vuole che la comparsa conclusionale si notifici al procuratore, e se è vero che l'art. 173 cod. proc. civ. ordina la notificazione della iscrizione a ruolo alla parte, è però certo che quella disposizione contempla la persona che sia comparsa in giudizio, ciò che è ribadito ben anche dall'art. 214 n. 8 reg. gen. giud. il quale prescrive che l'iscrizione della causa prescritta dagli articoli 173 e 390 debba contenere tra le altre annotazioni la data della notificazione della iscrizione fatta per cura del procuratore dell'istante a quello della parte contraria. — *Cass. Napoli, 4 marzo 1875. Proto—Catanzano. Annali, IX, 377.*

12. Vedi art. 338 sent. n. 6, 8, 10, 12, 14, 15, 19, 22, 24.

1. Il nostro sistema processuale richiede in giudizio la presenza d'ambi i contendenti, ovvero la constatazione dell'assenza di uno mediante la osservanza delle discipline che regolano e pongono in essere il processo contumaciale,

Quindi la parte regolarmente comparsa non può proseguire il giudizio contro la parte non comparsa senza farne dichiarare la contumacia. In altri termini la dichiarazione di contumacia è obbligatoria. — Scotti, *Mon. Trib.*, XIII, 979.

2. Il cons. Borsari, a pag. 504, vol. I, del suo *Comm.* (ed è con esso il Mattei, *Annotaz. art.* 383), ritiene che la comparsa di uno dei correi di lite non immuta il rito osservabile rimpetto ai contumaci e che perciò se fra più attori alcuno è comparso, il convenuto che intende accusare la contumacia ai non comparsi (e così dicasi del caso inverso) dovrà seguire la regola dei 60 giorni quanto ai non comparsi.

Il concetto del legislatore, su questo punto, è manifestato troppo chiaramente dalla relazione governativa, mai contraddetta durante le successive discussioni, perchè si possa ammettere quanto vorrebbe l'illustre autore.

« Ammesso il sistema del progetto, dice il Pisanelli, ne viene che ove fra due o più attori o convenuti alcuni siano comparsi, *non sarà più applicabile la disposizione per cui la dichiarazione di contumacia deve essere chiesta nel termine di 60 giorni dalla scadenza di quello fissato per comparire.*

Dovendosi pronunziare riguardo a tutte le parti colla stessa sentenza che dichiara la contumacia dei non comparsi, accadrà generalmente che per le difese dei comparsi, la causa non potrà essere iscritta a ruolo che dopo la scadenza dell'accennato termine di 60 giorni ».

L'iscrizione a ruolo in confronto dei contumaci non avrebbe alcun scopo poichè fino a che pende l'istruttoria riguardo ai comparsi non si può domandare la dichiarazione di contumacia, nè portare per ciò la causa all'udienza. — *Conformi*: Saredo, *Istit. n.* 668 - Gargiulo, *Comm. p.* 991 - Scotti, *Mon. Trib.* X, 125.

3. Il termine di sessanta giorni non comincia, a mio credere, a decorrere se non quando sia per tutti i convenuti scaduto il termine di comparizione. Difatti l'obbligo della dichiarazione di contumacia riguardo ai non comparsi è subordinato alla posizione dei correi nel giudizio e fino a che questi possono comparire non si può sapere se si verifichi o meno l'ipotesi prevista dall'ultima parte del primo capoverso di questo articolo. Se fosse altrimenti ne verrebbero gravissimi inconvenienti e sarebbe pregiudicata l'unità del giudizio, che il legislatore ebbe in mira dettando la disposizione dell'art. 382. D'altra parte nell'articolo presente si usa una espressione affatto generica: « dalla scadenza del termine stabilito per comparire », ed il termine di comparazione non può ritenersi veramente scaduto se non quando sia trascorso per tutti i convenuti.

4. Sul modo in cui segue la dichiarazione di contumacia e sulla istruzione dei giudizi contumaciali vedi il commento all'art. 385.

5. Sull'applicabilità di quest'articolo ai giudizi sommari vedi art. 338 nota n. 11.

Borsari (*Comm.* I, p. 595) sostiene la tesi affermativa e cita in appoggio della sua opinione l'art. 230. del reg. giud. A me sembra però che quest'articolo valga sempre più a convincere che nei giudizi sommari non si verifica la perenzione per mancata dichiarazione di contumacia nei 60 giorni. Difatti esso prescrive soltanto che la parte che vuol far dichiarare la contumacia dell'avversario deve giustificare all'udienza d'essere regolarmente comparsa, dopo di che, trascorsa un'ora, il tribunale dà atto alla parte comparsa della contumacia della parte contraria, facendone constare dal processo verbale d'udienza. Del resto, se è possibile ed utile la dichiarazione di contumacia nei 60 giorni nelle cause formali, affinchè sia presto fissata la condizione delle parti, è impossibile ed è affatto inutile nelle cause sommarie, poichè in queste, procedendo la citazione ad udienza fissa, la parte che vuol proseguire il giudizio in contumacia dell'altra, sulla citazione già notificata, dovrà comparire all'udienza per far rilevare la contumacia dell'altra, o se pure chiede ed ottiene un rinvio, stando la fissazione della nuova udienza in facoltà del presidente, è certo che la discussione non sarà rimandata a termine troppo lungo, nè saranno concessi molti rinvii.

384. La sentenza, che dichiara la contumacia, pronunzia sulle conclusioni della parte istante.

Art. 381, 382 c. p. c.

Se tra più attori o convenuti alcuno non sia comparso, l'autorità giudiziaria pronunzia colla stessa sentenza riguardo a tutte le parti.

Se sia stata fatta la notificazione prescritta dal capoverso dell'articolo 381, o la citazione sia stata rinnovata a norma dell'articolo 382, la sentenza ne fa menzione.

1. In caso di contumacia d'una delle parti il giudice deve sempre decidere previo esame e secondo le regole di ragione e non accogliere senz'altro le conclusioni della parte comparsa. — *Appello Firenze*, 21 dicembre 1867. *Ditta Nebbia e Teia—Castellari. Annali*, II, 122.

2. La menzione che questo articolo richiede farsi in sentenza della rinnovata citazione, non è prescritta a pena di nullità. — *Appello Torino*, 18 ottobre 1869. *Giordano—Priotti. Gazz. dei Trib.*, 1870, 45.

3. La sentenza contumaciale pronunzia sulle conclusioni della parte istante quando l'attore comparisca con una dimanda già legalmente fondata non quando occorran preventivi atti di istruzione, ed in tal caso occorre la previa dichiarazione di contumacia. — *Appello Macerata*, 21 dicembre 1869. *Giannelli—Calvigioni. Annali*, V, 211.

4. Per la non comparizione del convenuto può presumersi sussistente il credito dall'attore domandato, ma il tribunale può d'ufficio ordinare all'attore di maturare i suoi incombeni. — *Appello Torino*, 9 luglio 1870, *Trabucco—Morello. Gazz. dei Trib.*, 1870, 628.

5. La contumacia del convenuto non implica ammissione dei fatti costituenti gli elementi della domanda dedotti nell'atto di citazione con interperlo sulla loro verità.

Quindi al convenuto non può essere negato di impugnare i fatti medesimi in sede di opposizione o di appello. — *Cass. Torino*, 3 maggio 1872. *Furiani—Testa. Mon. Trib.*, XIII, 674.

6. Anche nel caso di contumacia del convenuto il giudice ha sempre l'obbligo di accertarsi della propria competenza, e d'esaminare l'opportunità o valore della domanda dell'attore.

La mancanza di menzione della contumacia nel dispositivo della sentenza pronunciata in un giudizio contumaciale non importa nullità. — *Cass. Firenze*, 1 agosto 1873. *Troyse-Barba—Villa. Legge*, XIII, 1131.

7. Secondo la legge francese (art. 434) e la legge italiana (art. 384) non si può pronunciare sentenza di condanna in pena della sola contumacia.

Una tale sentenza non può recarsi ad esecuzione essendo contraria all'ordine ed al diritto pubblico del Regno. A nulla vale che nella parte razionale della sentenza siasi detto che le conclusioni della parte attrice eransi riconosciute giuste e fondate, quando tali asserzioni siano contraddette dalle risultanze degli atti. — *Cass. Torino*, 25 agosto 1874. *Domarra—Bosso. Mon. Trib.*, XV, 919.

1. Il migliore commento a questo articolo lo troviamo nella *Relazione Pisanelli* che così si esprime:

« La sentenza contumaciale dovrà *accogliere* le conclusioni della parte comparsa, o soltanto *pronunziare* sulle medesime? Il Codice ginevrino stabilisce che tali conclusioni dovranno essere *accolte*; il Codice francese soggiunge *ove sian giuste e ben verificate*. Nel primo si credette di respingere

tale aggiunta, perchè dall'esperienza dimostrata inseguebile, e perchè a sostegno delle conclusioni della parte comparsa esistessero pel giudice due presunzioni: l'una derivante da ciò che la contumacia ed il silenzio del convenuto argomentassero che il diritto stava contro di lui; l'altra derivante dal fatto che in tesi generale la probabilità della ragione sta più in favore dell'attore che del convenuto; niuno si dispone facilmente all'attacco, mentre un moto spontaneo dell'animo ci spinge alla difesa.

« A parte che siffatte presunzioni, l'ultima delle quali è molto controvertibile, riguardano la contumacia del convenuto e non quella dell'attore, non si può ragionevolmente stabilire che l'autorità giudiziaria debba in ogni caso accogliere le conclusioni della parte comparsa. Se il fatto da cui si pretende originare il diritto, e così l'azione proposta in giudizio non è in alcun modo provata, il magistrato non potrà certamente riconoscere come fondata la domanda dell'attore. La qual cosa deve tanto più ritenersi come vera nel sistema del progetto, inquantochè il silenzio serbato dalla parte sopra i fatti dedotti a semplice interpellanza non basta da solo, salvo alcune eccezioni, a costituire una tacita confessione dei medesimi. Suppongasì poi il caso in cui l'attore domandi l'esecuzione di un contratto, per la cui validità la legge richieda l'atto pubblico, dovrà l'autorità giudiziaria accogliere la domanda, se l'atto pubblico non viene prodotto in causa? Potrà essa accoglierla, quando dalla stessa esposizione fatta dall'attore risultasse che quel contratto seguitò verbalmente o per scrittura privata? Così dicasi di molti altri casi, nei quali il fatto non venisse legalmente stabilito, o le domande fossero evidentemente contrarie alla legge. Il magistrato non è tenuto a compiere un'ingiustizia contro una delle parti, solo perchè questa sia contumace.

« Però, non è men vero che la disposizione del Codice francese, per cui le conclusioni saranno accolte allora soltanto che siano giuste e *ben verificate*, si presenta d'un carattere troppo assoluto. Essa può formare, come l'esperienza ha dimostrato, una preoccupazione dei giudici per agitare i dubbi sino allo scrupolo, e per ordinare d'ufficio atti istruttori che non siano punto necessari.

« Parve pertanto miglior sistema quello di altri Codici, secondo i quali l'autorità giudiziaria è chiamata a *pronunziare* sulle conclusioni della parte comparsa, rigettandole od accogliendole a norma di giustizia. Qualora per la decisione della causa occorran ulteriori atti di istruzione, questi saranno ordinati e compiuti nei modi stabiliti per i giudizi contraddittori. Quindi per l'istruzione del giudizio contumaciale, non solo si producono i documenti preconstituiti, ma occorrendo si deducono ancora le prove a formarsi, e, formatesi queste, si producono ancora e si discutono i documenti che ne emersero ».

2. Secondo Mancini (*Comm. Cod. Sardo*, II, n. DCXCV) dalle parole dell'art. 385: « se occorra qualche atto di istruzione » devesi dedurre che non si vogliono trascurate le *verificazioni* a prò del contumace, ma che non devono però formare una preoccupazione dei giudicanti per agitare i dubbi fino allo scrupolo, e per incaricarsi di misure d'ufficio non assolutamente necessarie, poichè la *praesumptio* è per l'attore a scapito del contumace.

385. Quando occorra qualche atto di istruzione si procede come è stabilito nelle sezioni precedenti.

Però le istanze che si promuovono nel corso del giudizio, e le ordinanze d'istruzione sono notificate al contumace, mediante affissione di copia dell'atto alla porta esterna della sede dell'autorità giudiziaria.

Le sentenze e gli altri provvedimenti sono notificati personalmente al contumace da un usciere destinato dall'autorità che li pronunziò, o che sarà all'uopo richiesta. La notificazione altrimenti eseguita è nulla.

L'usciera destinato, in caso di legittimo impedimento, può essere surrogato con decreto del presidente, o dell'autorità giudiziaria richiesta.

1. Anche l'iscrizione a ruolo può notificarsi al contumace per affissione. — *Appello Torino*, 23 novembre 1868. *Barbarani—Chiesa. Annali*, II, 575.

2. È nulla la notificazione delle sentenze al contumace se non è fatta dall'usciera destinato dall'autorità giudiziaria che la pronuncia. — *Appello Firenze*, 20 marzo 1869. *Bernheimer—Mapradì. Annali*, IV, 346. — *Appello Napoli*, 23 dicembre 1870. *De Alteriis—Persico. Annali*, V, 33.

3. Sono nulli gli atti di istruzione fatti colle forme del giudizio contumaciale se non sia stata precedentemente domandata ed ottenuta la sentenza che dichiara la contumacia. — *Appello Macerata*, 21 dicembre 1869. *Giannelli—Calvigioni. Annali*, V, 241.

4. Alla notificazione personale della sentenza contumaciale non può in precedenza rinunziarsi dalla parte eleggendo uno speciale domicilio per tutti gli atti. — *Appello Catanzaro*, 27 maggio 1870. *Merenda—Bozza. Annali*, V, 247.

5. Il disposto da questo articolo non esclude che le sentenze contumaciali possano notificarsi al domicilio eletto per mezzo di un usciere specialmente destinato. — *Appello Perugia*, 19 settembre 1870. *Massarucci—Bruno. Annali*, IV, 532.

6. Le forme speciali di notificazione prescritte da questo articolo non sono applicabili che in confronto della parte contro la quale sia già intervenuta dichiarazione di contumacia. — *Appello Milano*, 14 aprile 1871. *Ravizzoli—De Giorgi. Mon. Trib.*, XII, 780.

7. Ove la sentenza contumaciale avesse ommesso di destinare l'usciera incaricato della notificazione, la parte cui interessa potrebbe far emendare l'omissione mediante il procedimento dell'art. 473. — *Cass. Torino*, 30 giugno 1871. *Calcagnini—Calcagnini. Mon. Trib.*, XII, 634.

8. Questo articolo che autorizza la parte comparsa a notificare al contumace per affissione di copia le istanze che si promuovono nel corso del giudizio e le ordinanze d'istruzione, intende parlare di quel vero contumace che sull'istanza della parte contraria è stato già dichiarato tale con precedente pronunzia.

Se le istanze della parte comparsa al giudizio sono giustificate senza bisogno di ricorrere ad operazioni d'istruttoria, la sentenza che dichiara la contumacia del non comparso, pronunzia nel tempo stesso sulle conclusioni della parte istante.

Se invece fa d'uopo sperimentare dei mezzi di prova, la parte deve far prima dichiarare la contumacia dell'altra e notificare a questa personalmente la pronunzia. Dopo ciò, essa può promuovere istanze incidentali, notificandole al contumace per via di affissione. — *Appello Venezia*, 21 maggio 1872. *Zanetti—Camerotto. Annali*, VII, 72.

9. Il provvedimento del magistrato con cui si ammettono gli interrogatori dedotti dalle parti e si prefigge il giorno pella risposta, così nella sostanza come nella forma deve considerarsi come una sentenza.

Epperò se la parte cui furono dedotti gli interrogatori è contumace, la notificazione del provvedimento che li ammette deve esserle fatta non mediante affissione, ma personalmente. — *Cass. Firenze*, 17 giugno 1872. *Mancini—Rigacci. Legge*, XII, 987.

10. Il presidente può surrogare un usciere a quello già nominato dal

collegio per la notificazione della sentenza al contumace; ma non può esso nominarlo se con sentenza omise di farne la destinazione. — *Appello Genova*, 15 aprile 1873. *Aragosta—Serra. Annali*, VIII, 290.

41. La destinazione di un usciere per notificare la sentenza ad un contumace omessa nella stessa, può esser chiesta ed accordata sopra ricorso delle parti senza citazione delle controparti, non essendo in tal caso applicabile il disposto dell'art. 473. — *Appello Venezia*, 18 luglio 1873. *Vicentini—De Angeli. Eco dei Trib.*, XXIV, 88.

42. L'art. 385 nel prescrivere che la notificazione della sentenza contumaciale venga fatta al contumace personalmente, non vuol dire che debba esclusivamente farsi alla sua persona reale, ma anche ammette la notificazione alla sua persona fittizia, ossia quella fatta secondo le forme prescritte per la notificazione dell'atto di citazione.

In conseguenza se il contumace è un militare in attività di servizio, retamente gli si notifica la sentenza nella forma prescritta dall'art. 143. — *Appello Torino*, 29 ottobre 1873. *Rubatto—Manza. Gior. dei Trib.*, III.

43. Eletto domicilio per l'esecuzione d'un contratto, con facoltà d'intimarvi, in caso d'inadempimento, tutti gli atti, sentenze e precetti, vi si può intimare anche la sentenza contumaciale, quantunque si riferisca ad altra somma non compresa nel contratto. — *Cass. Napoli*, 14 febbraio 1874. *Amurullo—Zuccarini. Gior. dei Trib.*, III, 119. — *Appello Perugia*, 19 settembre 1870. *Massarucci—Bruno. Annali*, IV, 532.

44. Quando una parte non comparisca all'udienza fissata nell'atto di citazione e la causa, dietro richiesta della parte comparsa, è rinviata, deve notificare a quella assente l'ordinanza di rinvio. — *Appello Venezia*, 5 marzo 1874. *Ballan—Pido. Mon. Giud.*, III, 255.

(1) Contra: *Appello Genova*, 24 marzo 1867. *Dassori—Badino. Gazz. dei Trib.*, 1868, 200.

45. La notificazione dell'iscrizione a ruolo e della comparsa conclusionale non può eseguirsi a mezzo della affissione alla porta esterna della sede del giudizio, se la controparte, quantunque non comparsa, non fu per anco legalmente dichiarata contumace. — *Appello Venezia*, 23 aprile 1874. *Girelli—Bontae. Mon. Giud.*, III, 281.

46. Ove tra più convenuti, taluno non citato in persona propria non comparisca, l'attore, se non rinuncia agli effetti della citazione in suo confronto, deve rinnovargli la citazione.

Nel caso di più convenuti, altri comparsi ed altri no, deve peggiori assenti notificare col mezzo dell'affissione alla porta esterna dell'autorità giudiziaria le istanze che si promuovono nel corso del giudizio, non altrimenti che se i non comparsi fossero stati dichiarati legalmente contumaci. — *Appello Venezia*, 2 luglio 1874. *Manzoni—Comune di Ospedaletto. Mon. Giud.*, III, 486.

47. Questo articolo che autorizza la parte comparsa a notificare al contumace per mezzo d'affissione di copia, le istanze che si promuovono nel corso del giudizio e le ordinanze di istruzione, non esige che la parte non comparsa sia anche stata preventivamente dichiarata contumace, essendo tale dinanzi la legge chi non comparve in giudizio benché debitamente citato.

Gli art. 383, 384 si riferiscono a quella causa in cui non occorran atti di istruzione, dappoiché la relativa sentenza deve ad un tempo dichiarare la contumacia e pronunciare sulle conclusioni dell'atto di citazione (art. 387).

Il contumace all'incontro, nominato dall'art. 385 lo è nel diverso caso quivi particolarmente regolato, che occorran atti di istruzione du-

rante il corso della causa, ed è da riguardarsi quindi per contumace chi non sia comparso sebbene debitamente citato per argomento dagli art. 695, 716, 725. All'ordinaria notifica infatti della comparsa proponente una prova, la quale notifica sarebbe da farsi da procuratore a procuratore, viene qui sostituita l'affissione, onde risparmiare ritardi e dispendi alla parte diligente in confronto della controparte già citata e volontariamente non comparsa.

Ove si limitasse il significato del vocabolo *contumace* a chi sia stato dichiarato tale precedentemente dal giudice a base degli articoli 383, 384, onde non cadere nell'assurdo di ammettere il corso di nuove prove dopo le conclusioni di merito definitivo, su cui per detti articoli è da pronunciarsi ad un tempo colla dichiarazione di contumacia, sarebbe forza ritornare al Codice 1859, pel quale nei giudizi in cui fra più convenuti alcuni fossero comparsi, ed altri fossero rimasti contumaci, dovevasi pronunciare una sentenza di dichiarazione di contumacia dei non comparsi, la riunione della causa di questi a quella dei comparsi è la destinazione d'una udienza posteriore per la trattazione di fronte a tutti, mentre l'art. 383 esonera in questo caso dal chiedere la dichiarazione di contumacia nei 60 giorni, rimettendo così la dichiarazione al giudizio definitivo. — *Appello Venezia, 31 luglio 1874. Manzoni - Ospedaletto Euganeo. Mon. Trib., XV, 830.*

18. La comparsa conclusionale in confronto del convenuto resosi contumace non è atto che vada notificato per affissione e ciò non per disposizione di legge, nè tampoco per iscopo di procedura, vietando l'art. 387 di prendere in essa, conclusioni diverse da quelle di citazione.

Notificata l'accesa a ruolo, non è neppur d'uopo di notificare al contumace per affissione il di prefisso per l'udienza, avvegnachè questo viene destinato d'ufficio, e d'ufficio viene pure pubblicato 8 giorni prima per cognizione di tutti coloro che possono averne interesse e quindi anche del contumace. — *Appello Venezia, 9 giugno 1875. Seminario di Feltre - Pellin. Eco dei Trib., XXV, 923.*

1. L'applicazione di questo articolo in relazione all'art. 383 ha dato luogo ad una questione molto seria: intendo parlare del modo col quale si deve fare la dichiarazione di contumacia e della istruzione dei giudizi contumaciali.

La giurisprudenza sovracitata è ben lungi dall'offerirci quel risultato certo e sicuro che in argomento così grave sarebbe desiderabile. Abbiamo anzi veduto come la stessa Corte d'appello di Venezia siasi nella questione pronunciata in senso contraddittorio affatto nelle due sentenze 21 maggio 1872 e 31 luglio 1874 (n. 8 e 17).

Tra gli scrittori poi non è men forte e profonda la scissura, nè ancora fu detta quella parola che valga a conciliare gli opposti pareri od almeno a dare ad una parte la prevalenza sull'altra per modo da convincere e persuadere del fondamento piuttosto di quella che di questa opinione.

Nessuno infatti dei nostri più valenti scrittori a trattato, a mio avviso, questo argomento con quella profondità, con quella cura ed ampiezza che erano richieste dalla sua importanza, e colle quali furono discusse e risolte tante altre questioni, fors'anche di assai minor peso e rilevanza. Fu da questo che derivò una disformità nella pratica della quale tutti si lamentano, fu per ciò che in una cancelleria vediamo adottato un sistema che dall'altra è bandito e perfino deriso.

Facendomi a trattare codesta questione, per quanto le mie forze me lo concedono, credo anzitutto opportuno di dare uno sguardo all'istituto della contumacia com'era prima del nuovo Codice disciplinato, per trarne quelli argomenti e quelle deduzioni che spesso sorgono naturali e spontanee dal confronto delle legislazioni, massime se connesse tra loro con intimi legami di parentela.

Ma porrò prima le tesi che sono:

1. Per la dichiarazione di contumacia basterà la constatazione della medesima mediante il certificato del cancelliere e l'iscrizione al ruolo di spedizione delle cause contumaciali, o è necessaria una sentenza del tribunale?

2. Come e quando si istruiscono le cause contumaciali?

Sono due problemi evidentemente connessi; la soluzione del primo influisce necessariamente anche su quella del secondo.

Il sistema del Codice sardo era ottimamente delineato nelle disposizioni seguenti:

« Art. 232. Nei giudizi di procedimento ordinario la dichiarazione di contumacia deve essere chiesta, con istanza d'iscrizione a ruolo, entro il termine di sessanta giorni dalla scadenza di quello della citazione. Nei giudizi di procedimento sommario la dichiarazione di contumacia deve essere chiesta nello stesso giorno in cui è fissata l'udienza.

« Art. 233. Otto giorni dopo la scadenza del termine fissato per comparire l'attore può fare inscrivere la causa al ruolo di spedizione delle cause contumaciali. Queste saranno chiamate all'udienza secondo l'ordine della loro iscrizione.

« Art. 234. L'attore comparendo all'udienza rimetterà il certificato del segretario da cui risulti dell'esecuzione per esso data al disposto dell'articolo 153, e dell'inesecuzione, per parte del convenuto, al disposto dell'articolo 154; ed inoltre rimetterà copia delle sue conclusioni.

« Art. 235. La sentenza dichiara la contumacia, se vi è luogo, e pronuncia sovra le conclusioni della parte istante.

Qualunque sia la decisione, verrà la sentenza intimata alla parte nel modo prescritto per la notificazione delle sentenze.

« Art. 236. Se, dichiarata semplicemente la contumacia, occorra qualche atto d'istruzione, si procederà dall'attore com'è prescritto pel giudizio in contraddittorio. Però qualunque notificazione od assegnazione che a termini di legge non debba essere fatta alla parte personalmente, sarà eseguita mediante sola affissione di copia dell'atto alla porta esterna del tribunale ove verte la causa; del che si farà constare per certificato d'uscire.

« Compiuta l'istruzione, la causa sarà iscritta a ruolo, e portata all'udienza secondo il disposto dall'art. 233, e decisa sulle conclusioni dell'attore senz'altra formalità ».

Il progetto del Codice che attualmente ci regge non arrecò sostanziali modificazioni a questo sistema, non ne troviamo fatto cenno nella *Relazione* del ministro Pisanelli, non se ne rinviene traccia alcuna nei verbali delle discussioni fatte sul medesimo.

Ecco infatti che cosa dice la *Relazione* Pisanelli:

« Non comparendo pertanto una delle parti a seguito dell'atto di citazione, l'altra che sia comparsa nel termine stabilito potrà farne dichiarare la contumacia. La procedura è semplice. Basta a tale effetto che la causa, nei sessanta giorni successivi alla scadenza del termine fissato per comparire, sia iscritta a ruolo di spedizione. Appena vuolsi notare che le accennate forme non sono applicabili quando la citazione sia stata a udienza fissa, imperocchè sarà alla stessa udienza che la parte comparsa concluderà per la dichiarazione di contumacia dell'altra parte ».

« Qualora per la decisione della causa occorran ulteriori atti d'istruzione, questi saranno ordinati e compiuti nei modi stabiliti per i giudizi contraddittori. Quindi per l'istruzione del giudizio contumaciale, non solo si producono i documenti precostituiti, ma occorrendo si deducono ancora le prove a formarsi e, formati queste, si producono ancora e si discutono i documenti che ne emersero.

« Ma le istanze e gli atti che si fanno per l'istruzione della causa, non essendovi procuratore della parte contumace, saranno notificati mediante affissione di copia alla porta esterna della casa in cui siede l'autorità giudiziaria; non si poteva ordinarne la notificazione alla parte personalmente, senza cagionare indebiti ritardi e maggiori spese. Le sole sentenze, di qualunque specie siano, dovranno notificarsi al contumace nei modi stabiliti per la citazione; per maggior garanzia del contumace, viene prescritto che la notificazione dovrà farsi da un usciere specialmente destinato ».

Con questi concetti furono redatti gli art. 383, 384 e 385 del Codice attuale che corrispondono, come è facile riscontrare, agli articoli succitati del Codice sardo in tutto fuorchè nella minuta descrizione delle pratiche che fu nel primo omessa con grave pregiudizio alla perspicuità del sistema. Se questa differenza di forma possa e debba indicare una essenziale modificazione nella legge, vedremo dappoi, intanto mi preme di enunciare come intendevansi ed interpretavansi le disposizioni del Codice precedente.

Citerò un passo del magistrale commento dello illustre Mancini, che riassume e spiega in poche parole il concetto del legislatore.

« La contumacia è un diritto. E il diritto della parte presente di essere giudicata, invidita la contraria parte. Questo diritto si acquista collocando se stesso nella posizione legale, e mostrando che l'avversario non si è collocato ugualmente in una posizione legale per difendersi. Perciò la stessa dichiarazione della contumacia è una sentenza che nasce sopra apposita domanda. La procedura è semplicissima.

« Chi si trova in misura per dare il suo colpo all'avversario non ha da far altro che *iscrivere la causa al ruolo di spedizione delle cause contumaciali*, purchè lo faccia non più tardi di 60 giorni dalla scadenza di quello fissato per comparire. In altre legislazioni la contumacia si pigliava come una polizza sul banco del cancelliere, ora il cancelliere o segretario non ha altra incombenza che di *certificare che il richiedente è in piena regola quanto alle formalità che deve adempiere: ma la contumacia è dichiarata dal tribunale*. E l'*impetrare edictum* delle leggi romane ».

« La inosservanza della legge che ci respinge in una condizione peggiore, è un fatto e dev'essere constatato. Ciò importa un giudizio, che da un lato riconosce che il richiedente è regolarmente situato in faccia alla legge, dall'altro che l'avversario di lui è decaduto da quella condizione di legittima difesa che ad ogni uomo per diritto naturale compete ».....

« Così la sentenza consta veramente di due parti distinte. L'una che pronuncia la contumacia, l'altra che aggiudica le conclusioni.....

« Il Codice a preveduto che si possono dar casi nei quali sia necessario completare una nozione con qualche atto d'istruzione. Questo è il parco e cauto linguaggio dell'art. 236.

« Colla forma — *qualche atto d'istruzione* — la legge esclude quelle ricerche più larghe, quelle investigazioni estese e complicate col merito, che non si fanno che nel concorso di tutte le parti. Intendo che il tribunale non può d'ufficio semplicemente discendere a tale investigazione, come sarebbe ordinare esami de' testimoni, risposte giudiziali, verificazioni di scritture; ma gli dovrà esser lecito quanto d'ufficio può ordinare.

« Per altro la natura stessa del giudizio può richiedere simili operazioni che in nessun caso potranno negarsi sopra istanza dell'attore..... ».

Qui l'autore lamenta la poca chiarezza ed esattezza dell'art. 236 ove dice che « se occorre qualche atto d'istruzione *si procederà com'è prescritto nei giudizi in contraddittorio*, poichè è evidente che le norme di questi giudizi non possono applicarsi ai contumaciali ». Indi prosegue:

« Armonizzando per quanto è possibile le disposizioni, diremo che nella stessa sentenza contumaciale può nascere il provvedimento d'istruttoria, per esempio la perizia, l'accesso, o anche l'interlocutorio sopra domanda della parte. È chiaro che ognuna di queste risoluzioni ha per effetto la sospensione del giudizio principale. In ogni caso il provvedimento o l'interlocutorio sono notificati alla parte personalmente, giusta l'art. 228. Esaurito l'incombenza, converrà *domandare ancora udienza* osservando il disposto dell'articolo 233: il che mostra quanto questo procedimento si allontani da quello dei giudizi contraddittori ». — Mancini, *Comm. Cod. Sardo*, II, n. DCXCI, DCXCII, DCXCVI.

Ho creduto opportuno di riferire distesamente e quasi nella sua integrità quanto scrisse l'illustre Mancini sulla questione, poichè stimo che ciò che egli insegnò sia pressochè interamente applicabile anche oggi, che la teoria da lui sostenuta non abbia subito molte variazioni pella introduzione del nuovo Codice.

Vedemmo già come la sola modificazione arrecata nelle disposizioni

del Codice attuale in confronto a quelle del Codice precedente si riduca a ciò che mentre nell'art. 233 del Codice sardo si dice esplicitamente e si ripete all'art. 234, che la contumacia è dichiarata all'udienza, alla quale dovrà rimettersi il certificato del cancelliere, che constata il fatto della non comparizione, nel Codice italiano questa disposizione esplicita manca. Ma puossi forse da ciò argomentare che la pratica descritta dal Codice sardo non regga più, o si può forse dedurne che la dichiarazione di contumacia sia fatta dal cancelliere e non sia necessario di domandarla espressamente all'udienza per gli effetti dell'istruttoria?

No di certo, e per ragioni che mi sembrano intuitive. Anzitutto nella relazione che accompagna il progetto del nuovo Codice non troviamo una parola che si riferisca ad un cambiamento così radicale. Il tenore anzi della relazione stessa, ci manifesta chiaramente che nulla fu innovato su questo punto, che il sistema del vecchio Codice fu serbato nella sua integrità. Una prova palmare la abbiamo in ciò che dove una innovazione venne fatta, e fu nel caso che tra più convenuti od attori, alcuno sia comparso, e della quale mi occuperò più innanzi, il ministro lo ha esplicitamente dichiarato adducendone le ragioni. Sul resto nulla fu detto; dobbiamo quindi concludere che nulla fu cambiato.

E che veramente nessuna modificazione sia stata fatta lo si deve ben anche arguire e dedurre dalle disposizioni stesse del Codice.

La dichiarazione di contumacia *deve essere chiesta*, dice l'art. 383, nel termine di 60 giorni. Quindi soggiunge: *per questa dichiarazione la parte interessata deve far iscrivere la causa sul ruolo di spedizione delle cause contumaciali, e giustificare, con certificato del cancelliere, che essa adempì ecc.* E l'art. 384, così si esprime: « La sentenza che dichiara la contumacia, pronunzia sulle conclusioni della parte istante ».

Dunque evidentemente la contumacia *deve essere dichiarata* in base a specifica conclusione e con sentenza, come avviene per qualunque dichiarazione o pronuncia dell'autorità giudiziaria che pregiudichi la condizione di una parte in causa; ed il cancelliere non fa che somministrare la prova di un fatto, necessaria per ottenere la chiesta dichiarazione.

Come altrimenti si spiegherebbe la istanza per la dichiarazione di contumacia? Quando mai si vide il cancelliere accogliere un'istanza, farsi giudice tra le parti e pronunciare sulla condizione dell'una in faccia al giudizio?

Ma se ciò non bastasse, il disposto dell'art. 384 dirime affatto ogni questione: « La sentenza che dichiara la contumacia »; è adunque la legge stessa che prescrive dovere il tribunale e non già il cancelliere dichiarare la contumacia, e doverla precisamente dichiarare mediante sentenza appositata.

Del resto se fosse il cancelliere che deve constatare la contumacia allo scopo che si possa procedere alla istruzione della lite colle norme dell'articolo 386, cioè affiggendo all'albo gli atti della medesima, non vedrei ragione della iscrizione contemporanea della causa al ruolo di spedizione. Questa iscrizione sarebbe intempestiva ed inutile ove non servisse a portare la causa all'udienza sia per la sua definizione e per la dichiarazione di contumacia che per questa soltanto.

Dimostrato così che l'iscrizione a ruolo della causa contumaciale è fatta allo scopo della dichiarazione immediatamente successiva della contumacia, in base al certificato della cancelleria, ne viene come logica conseguenza che l'istruttoria della lite non possa farsi se non dopo la pronunzia della sentenza che dichiara la contumacia.

Se lo stato di contumacia dà un diritto alla parte comparsa e precisamente quello di eseguire gli atti d'istruzione colla semplice affissione degli atti medesimi, e questo stato deve essere dal tribunale dichiarato, è logico che non sia che dopo tale dichiarazione che l'istruttoria si possa fare come è stabilito dall'art. 386. Questo principio è poi manifestamente sancito dal Codice, tant'è vero che prima s'occupa della dichiarazione di contumacia e stabilisce che la sentenza che la contiene pronunzia sulle conclusioni della parte istante, e poi, prevedendo il caso che sia necessario procedere ad atti d'istruzione detta le norme dell'art. 386; l'istruttoria adunque è cronologicamente posteriore alla dichiarazione di contumacia.

Ma come si promuoverà l'istruttoria della lite? Quando la sentenza che dichiara la contumacia non possa pronunciare nel merito, dovrà limitarsi a rimettere la parte istante all'osservanza del rito comune per istruire la lite?

Egli è certo che la sentenza che dichiara la contumacia dovrà a ciò limitarsi qualora non possa decidere il merito allo stato degli atti e dopo di essa si farà luogo all'istruzione della lite secondo le norme degli incidenti.

Se in pendenza dell'incidente, il contumace non si faccia vivo, il presidente, ritenuta la sua assenza come opposizione, dovrà rimettere la decisione sulla domanda incidentale all'udienza fissa davanti il collegio, nè potrà egli stesso accoglierla ed ordinarne l'esecuzione, poichè ciò non gli è dalla legge concesso che in caso d'accordo di tutte le parti, ed egli non potrebbe pronunciare sul merito dell'incidente senza invadere le attribuzioni del collegio, al giudizio del quale d'altronde deve supporsi che il contumace si sia rimesso col non comparire a difendersi.

Riassumendo adunque dirò che nel processo contumaciale devono distinguere due o tre stadi secondo i casi: il primo va dalla citazione introduttiva del giudizio alla constatazione della contumacia e contemporanea iscrizione della causa a ruolo; il secondo da questa iscrizione fino alla dichiarazione di contumacia e pronuncia sul merito se la causa è in istato d'essere decisa; il terzo parte dalla notificazione della sentenza, dopo la quale si dà mano all'istruzione della lite notificando le istanze ed i provvedimenti relativi mediante affissione.

Se poi mi si chiedesse una qualche spiegazione sul *ruolo delle cause contumaciali*, al quale accenna l'articolo 383, io deggio riconoscere che un ruolo speciale delle cause contumaciali non esiste, ma che però si suole nel ruolo generale far menzione apposita della contumacia e che tale menzione è necessaria per ottenere quello scopo che forse è il solo propostosi dal legislatore coll'iscrizione a ruolo distinta, e cioè di separare le cause contumaciali dalle altre per far più facilmente rispettare il disposto dell'art. 348 che accorda alle prime la precedenza nella discussione orale.

Ultimato così il raffronto storico ed esposto il mio debole avviso in questo tema così importante non mi rimane che accennare l'opinione degli autori intorno alle due questioni sovraesposte.

L'illustre Borsari è, lo ripeto, del mio avviso in tutte due le questioni. « La contumacia, egli dice, non è meramente una posizione risultante dalla condizione del processo, ma *dev'essere dichiarata*. Ciò importa l'esame della detta condizione processuale che il magistrato deve riconoscere e sancire ».

L'esimio prof. Saredo non tratta nelle sue *Istituzioni di proc. civ.*, a fondo l'argomento. Però nelle poche parole che ne dice mi si manifestò apertamente contrario. Secondo questo autore. il capoverso dell'art. 383 deriverebbe da *reminiscenze inopportune dei codici anteriori*, l'iscrizione nel ruolo delle cause contumaciali non può aver luogo, perchè non v'è più un ruolo delle cause contumaciali distinto da quello delle cause in contraddittorio. Oggi, egli soggiunge, non v'è che un ruolo unico; e quando uno dei convenuti non compare, non è necessario portare la causa all'udienza per ottenere la dichiarazione di contumacia, bastando un'unica iscrizione al ruolo per comparsi e per contumaci.

L'argomento desunto dal ruolo delle cause contumaciali lo ho implicitamente combattuto, il secondo poi confonde il caso di un solo convenuto contumace (caso del quale mi occupo ora), con quello di più convenuti, alcuni comparsi, altri contumaci, del quale parlerò più innanzi.

Trattò invece la questione più espressamente e colla solita maestria l'egregio avv. Antonio Scotti, confutando il cons. Borsari nella sua bellissima *Monografia* sugli art. 158, 159, ecc., inserita nel *Monitore dei Tribunali* del 1870. Credo utile di riferire le osservazioni di questo insigne procedurista:

« Il Borsari, distinguendo il processo contumaciale in tre stadi, si appalesa del parere non essere possibile atto d'istruttoria se non dopo la notificazione della sentenza, che dichiarando la contumacia, pronuncia in merito, *ovv. non fosse definitiva*.

« Se questo poteva sostenersi nel sistema dei precedenti Codici sardi, che richiedevano la dichiarazione di contumacia mediante sentenza apposita;

dubito fortemente sia tale concetto applicabile al Codice attuale. Colui che procede in contumacia della controparte, conscio dell'onere imposto dall'articolo 132 Codice vigente, deve istruire la causa avanti portarla all'udienza, in cui verrà dichiarata la incorsa contumacia, e contemporaneamente si pronuncerà nel merito. Dunque gli atti d'istruttoria occupano il secondo stadio e non il terzo. Per procedere a questi atti in assenza del contraddittore, devo constatare la da lui incorsa contumacia; e questo lo faccio col certificato del cancelliere, di esecuzione per parte mia ed inesecuzione dalla parte contraria; del disposto degli art. 158 e 159 Codice proc. civ., e coll'iscrizione della causa sul ruolo di spedizione. Ultimata l'istruzione (coi metodi del processo contraddittorio, colla semplice diversità della comunicazione degli atti mediante affissione), la causa è portata all'udienza di spedizione. Gli stadi quindi del processo contumaciale, a mio avviso, devono limitarsi a due, l'uno finisce colla constatazione della contumacia, il secondo colla sentenza definitiva del merito che la dichiara.

« Meditando le fasi del processo contumaciale troverei di introdurre una nuova semplificazione nel congegno di constatazione della contumacia, tracciato dall'art. 383, C. p. c. Per ottenere la dichiarazione di contumacia richieggonsi due estremi, il certificato del cancelliere e l'iscrizione a ruolo; ma l'articolo non dice che questi due requisiti sieno da esaurirsi contemporaneamente. Io sarei quindi del parere, che meglio si servirebbe alla legge rituale odierna, col richiedere nei sessanta giorni il certificato del cancelliere per constatare l'assenza del contraddittore, ond'essere autorizzato a procedere nell'istruzione mediante affissione degli atti; chiusa poi l'istruzione, inscrivere a ruolo la causa e portarla all'udienza ».

Rimettendomi interamente a quanto ho detto per dimostrare, cogli argomenti che mi fornisce la storia e colla ermeneutica della legge, come non possa darsi dichiarazione di contumacia se non con sentenza apposita e come solo dopo questa dichiarazione sia possibile l'istruttoria del giudizio nel modo speciale dell'art. 386, osserverò soltanto che l'art. 383 è esplicito nel disporre che rilevata la contumacia si deve tosto iscrivere la causa al ruolo di spedizione e ciò evidentemente allo scopo che sia pronunciata sentenza che dichiari la contumacia, e che d'altra parte per la sola constatazione dell'assenza del contraddittore non potrebbe mai essere autorizzato un modo privilegiato di istruzione della lite che deve essere solo la conseguenza di uno stato di contumacia legittimamente dichiarato dal giudice.

Perciò, se ho per debito di imparzialità riportata l'opinione dell'avvocato Scotti, credo fermamente che la non si possa accettare.

Ed ora avrei finito su questo arduo tema, senonchè prima di chiudere credo necessario di porre sott'occhio ai lettori il motivato della sentenza 31 luglio 1874 della Corte d'appello di Venezia. E lo faccio per due ragioni. Anzitutto perchè l'autorità della Corte di Venezia mi consiglia di occuparmene espressamente. In secondo luogo perchè mi sembra che l'epigrafe della sentenza medesima che ho più sopra trascritto, togliendola dal *Mon. dei Trib.*, non abbia colto veramente lo spirito ed il concetto del giudicato che, a mio avviso, ben ponderato, non risolve la questione della quale ho fin qui discusso perchè contempla un caso diverso.

Ecco il motivato:

« Considerato che la rinnovata notificazione al conte Miani dell'atto di citazione introduttivo del giudizio d'appello, ebbe a compire le condizioni dalla legge richieste, affinchè gli appellanti potessero, promuovendo domanda incidentale nel corso di quel giudizio al confronto di più convenuti, giovarsi dell'affissione dell'atto e dell'ordinanza d'istruzione, siccome modo ammesso dalla legge per la loro notifica al contumace, salvo di far indi dichiarare lo stato di sua contumacia fin allora di fatto, nella successiva sentenza, che sarebbe pronunciata sulle conclusioni della parte istante, così è da ritenersi a base dei combinati art. 383 e 384 procedura civile, pel caso che fra più convenuti alcuno sia comparso (come si fu nel soggetto caso), dovendo seguire un'unica sentenza per tutti.

« Ma poichè il giudizio dovea istituirsi per siffatta guisa anche al confronto dei volontariamente contumaci Miani, Zamini e Pelà, doveva l'affis-

sione del 24 luglio farsi non già per la sola comparsa d'introduzione di prove, ma anche per l'ordinanza 25 maggio p. p., e per la sentenza 2 luglio, che a quella era subentrata rispetto all'invio dell'udienza.

« Considerato che all'affissione nel soggetto caso non osterebbe l'essere essa ammessa dall'art. 385 pel *contumace*, come se tale sia solo chi venne già dichiarato contumace col particolare procedimento segnato dagli art. 383 e 384 procedura civile.

« Di ciò qui dovendosi far questione *ex officio*, onde non ordinare un atto nullo di affissione, osservasi che quei due articoli 383 e 384 si riferiscono, come fu anche ritenuto per l'opinione contraria da precedenti giudicati (Corte di Macerata e di Venezia, 21 dicembre 1869 e 21 maggio 1872, *Annali* 1871, p. 211, e 1873, p. 72; Corte di Milano, 14 aprile 1871, *Mon. dei Trib.* 1871, n. 38, p. 781), a quella causa in cui non occorran atti d'istruzione, dappoichè la relativa sentenza deve ad un tempo dichiarare la contumacia e pronunciare sulle conclusioni dell'atto di citazione (art. 387). Il contumace all'incontro, nominato dall'art. 385, lo è nel diverso caso, ivi particolarmente regolato, che occorran atti di istruzione durante il corso della causa, ed è da riguardarsi quindi per contumace chi non sia comparso, tuttochè debitamente notificato, come può argomentarsi per identità di ragione e per analogia dagli articoli 695, 716 e 725. All'ordinaria notifica infatti della comparsa proponente la prova, la quale notifica sarebbe da farsi da procuratore a procuratore, viene qui sostituita l'affissione, onde risparmiare ritardi e dispendi alla parte diligente in confronto della controparte già citata e volontariamente non comparsa. A ciò ritenere concorre l'art. 385 col disporre che, quando occorra qualche atto d'istruzione, sia da provvedersi, come è stabilito nelle sezioni precedenti nei giudizi in contraddittorio, e vi viene fatta una sola deroga per la modalità della notifica dell'istanza ed ordinanza al contumace mediante affissione. Ove si limitasse il significato del vocabolo *contumace* nell'art. 385 a chi sia stato dichiarato tale precedentemente dal giudice a base degli art. 383 e 384, di cui del resto ivi non è cenno qualsiasi, onde non cadere nell'assurdo di ammettere il corso di nuove prove dopo le conclusioni di merito definitivo, su cui, per i detti articoli, è da pronunciarsi ad un tempo colla dichiarazione di contumacia, sarebbe forza di ritornare alla procedura del Codice sardo del 1859, che il vigente Codice ha abrogato col non avere riportato gli art. 97, 239 e 253 dello stesso. Pei quali, nei giudizi, in cui fra più convenuti fossero alcuni comparsi ed altri rimasti contumaci, dovevasi pronunciare una sentenza di dichiarazione della contumacia dei non comparsi, la riunione della causa di questi a quella dei comparsi, e la destinazione di un'udienza posteriore per la trattazione di fronte a tutti. All'incontro l'art. 383 del vigente Codice di procedura civile, esonera espressamente dall'obbligo di chiedere la dichiarazione di contumacia entro i 60 giorni in caso che, fra più attori o convenuti, alcuno sia comparso, e con ciò rimette la detta dichiarazione nel confronto di quest'ultimo al giudizio di merito in via interlocutoria o definitiva al confronto di tutti. Non resterà adunque, ove infrattanto occorran atti d'istruzione della causa, se non di farli notificare al comparso nel modo ordinario del giudizio in contraddittorio, ed al non comparso mediante affissione, essendo questi pure già acquisito al giudizio colla notificazione a lui fatta dell'atto di citazione introduttiva del giudizio. Resterà salvo però a chi più tardi comparirà dopo l'affissione, di obiettargli la nullità, non essendo stata emanata in suo confronto la sentenza che l'ordinava ».

Sembrirebbe pertanto che nel caso sul quale doveva pronunciarsi la Corte fossero più i convenuti ed alcuno soltanto di essi fosse comparso. La sentenza anzi lo dichiara in un punto espressamente. È ben vero che dopo questa premessa si volge a considerazioni che sembrano d'ordine generale, ma dalla conclusione si deduce, per quanto mi pare, abbastanza chiaramente che quelle considerazioni si riferiscono al caso in cui tra più convenuti alcuni soltanto siano contumaci. E quando questo avvenga, credo anch'io che non sia da parlare di dichiarazione di contumacia anteriore all'istruttoria: l'articolo 383 stabilisce troppo nettamente l'eccezione per questo caso, allontanandosi dal sistema seguito dai precedenti Codici sardi.

Questo ho stimato opportuno di notare perchè se la cosa fosse così come io la intendo, sarebbe tolta la contraddizione tra i giudicati della Corte di Venezia e potrei asserire che fino ad oggi la giurisprudenza à seguito unanimemente il sistema che fu da me propugnato.

2. Quali atti devono notificarsi al contumace mediante affissione?

Le istanze e gli atti che si fanno *per l'istruzione della causa*, non essendovi procuratore della parte contumace, saranno notificati mediante affissione; non si poteva ordinarne la notificazione alla parte personalmente senza cagionare indebiti ritardi e maggiori spese.

Le sole sentenze, di qualunque specie siano, dovranno notificarsi al contumace *nei modi stabiliti per la citazione* e da un usciere specialmente delegato. (*Relazione Pisanelli*).

Gli atti adunque che precedono la dichiarazione di contumacia, quali l'istanza relativa, il certificato del cancelliere, il decreto presidenziale non devono essere notificati al contumace neppure mediante affissione, come non devono essere notificate l'iscrizione a ruolo delle contumaciali, e la comparsa conclusionale.

Infatti l'art. 173 ordina bensì che l'iscrizione a ruolo sia notificata all'altra parte; ma *parte*, secondo la terminologia del Codice di proc. civ., non è se non quegli che avendo costituito il proprio procuratore in tempo utile sta legalmente in giudizio e mostra con ciò di volersi fare contraddittore.

E l'art. 214 del reg. gen. giud. dimostra poi più specialmente che la notificazione dell'iscrizione è atto di procuratore a procuratore e non deve farsi nelle cause dove il procuratore manchi, poichè vi è detto che nel ruolo di cancelleria deve registrarsi alla colonna 8: « la data della notificazione della iscrizione fatta per cura del *procuratore* dell'istante a *quello* della parte contraria ».

In questa opinione deve confermare il disposto dell'art. 216 del reg. gen. giud. che ingiunge: « la notificazione della iscrizione a ruolo deve farsi entro *due* giorni dalla data ». È certo infatti che sarebbe impossibile ottemperare a tale precetto qualora la notificazione si dovesse fare anche a quei convenuti, che non hanno costituito procuratore, nè eletto domicilio sebbene dimorassero non molto lungi dal luogo del giudizio.

Nè vale il dire che a questo inconveniente si può riparare col far affiggere l'atto di notificazione dell'iscrizione a ruolo, poichè l'affissione non è ordinata se non per le istanze che si promuovono nel corso del giudizio, e le ordinanze di istruzione, mentre l'iscrizione a ruolo e gli altri atti che precedono la dichiarazione di contumacia, non cadono nè sotto l'una, nè sotto l'altra categoria. (Concorda il Borsari a pag. 594, vol. I del *Comm.*). Ad ogni modo poi l'affissione non è permessa che dopo la dichiarazione di contumacia.

Arrogli finalmente che le disposizioni degli art. 173 e seg. non possono ritenersi applicabili nelle cause contumaciali poichè, per la facoltà accordata dall'art. 386, non v'ha pel contumace chiusura di processo.

Quanto alla conclusionale poi si avverta che anche questa si notifica *da un procuratore all'altro* (art. 176) ed in un termine brevissimo; che non potendosi cambiare le conclusioni di citazione, il contumace sa già, indipendentemente dalla detta comparsa, che cosa si pretende da lui; e che dall'art. 234 del Codice sardo si rileva che secondo il sistema da esso seguito e che in buona parte è pure il nostro, l'attore doveva soltanto all'udienza rimettere copia delle sue conclusioni.

L'egregio avv. Scotti in una sua dotta monografia « *Dei giudizi contumaciali* » (*Archivio Giuridico*, IV, p. 630), crede che per meglio guarentire l'interesse del contumace e dargli notizia dello stadio a cui è giunto il procedimento si debba ritenere obbligatoria l'affissione dell'avviso di inserzione a ruolo, e della conclusionale, nel caso in cui la causa è tosto portata all'udienza, ove non occorranno atti di istruttoria (vedi sopra), avvertendo che quando questi siano richiesti vi provvede l'art. 385, il quale, secondo l'egregio autore, autorizza a ritenere estesa l'ingiunzione, anche nel caso non occorra l'iscrizione. E di questa opinione è anche il Saredo (*Istit.*, n. 670).

3. Lo stesso avv. Scotti, nel suo lavoro sovracitato ritiene che allorquando i contumaci sono due o più debbansi notificare mediante affissione tanti esem-

plari quanti sono i contumaci traendo argomento da quanto si pratica nel giudizio contraddittorio per la notificazione della sentenza a più parti rappresentate da un solo procuratore.

Anch'io sono d'avviso che non basti l'affissione di una sola copia tanto più che, comparendo, ciascun contumace a diritto di avere la copia che gli appartiene per gli opportuni provvedimenti.

4. Se fra più convenuti alcuni siano contumaci, dicemmo già che non si fa luogo contro di questi alla dichiarazione di contumacia se non colla stessa sentenza che pronuncia in merito. Istruendosi però il giudizio, gli atti che dovrebbero notificarsi al procuratore si notificherebbero al contumace mediante affissione.

5. Se fu omessa la destinazione dell'usciera che deve notificare la sentenza al contumace come si può riparare all'omissione?

Premetto che io bramerei fosse tolta la formalità della designazione dell'usciera, poichè, mentre può arrecare imbarazzi e racchiude una prova di sfiducia verso pubblici ufficiali, non costituisce punto, come pretenderebbersi, una garanzia seria ed efficace pel contumace. Lo incarico della notificazione della sentenza contumaciale dovrebbe esser dato, secondo l'intenzione del legislatore, ad un usciere di fiducia dell'autorità giudiziaria che la pronunciasse. Ma non è egli assurdo supporre che i magistrati abbiano codesta speciale predilezione per taluni fra gli uscieri e non solo di quelli da essi dipendenti ma eziandio dei lontanissimi? È egli ragionevole che si faccia in tal guisa una distinzione tra gli uscieri che meritano la fiducia dei tribunali e quelli che non la meritano, pur mantenendo anche questi, che dovrebbero esserne indegni, al loro posto?

Il De Foresta, nella relazione al Codice 1859, avverte eziandio i tribunali di non incaricare dell'intimazione della sentenza quello stesso usciere che ha notificato la citazione vedendo in ciò un pericolo pel contumace. Sembra a me che sia assai più probabile che la sentenza pervenga al contumace a mezzo dell'usciera, che conoscendolo già, fa meno fatica a trovarlo; ma ad ogni modo non è chi non sappia che oggi suole avvenire precisamente il contrario di quello cui mirava il De Foresta, e cioè che i tribunali, quando vogliono delegare un usciere d'altra autorità giudiziaria (come ne hanno facoltà) scelgono appunto quello di cui conoscono il nome perchè lo scorgono appiedi della citazione.

Prattanto la legge commina la nullità pel caso che la notificazione sia eseguita da un usciere non espressamente delegato; è di somma importanza perciò il sapere come si debba provvedersi per rimediare all'omissione della designazione dell'usciera che fosse incorsa nella sentenza. Due sistemi si propongono: consiste l'uno nel seguire il procedimento tracciato dall'art. 473 e provocare in contraddittorio della controparte una nuova sentenza dell'autorità giudiziaria che pronunciasse nel merito; dovrebbero per l'altro chiedere la riparazione dell'errore o dell'omissione mediante semplice ricorso all'autorità medesima, non già, citato il contumace, ma provocando un decreto in Camera di consiglio.

Mi dichiaro pel secondo sistema, giacchè, ammesso che la delegazione dell'usciera sia una garanzia pel contumace, non so vedere quale interesse potrebbe egli avere ad intervenire nel procedimento che il suo avversario ha d'uopo di seguire per uniformarsi al volere della legge. Obbligando quest'ultimo ad un nuovo giudizio lo si aggraverebbe di spese e gli si farebbe perdere un tempo spese volte prezioso, senza scopo veruno. — *Conforme*: Gargiulo, *Comm.* p. 995.

6. Il legislatore colpisce di nullità la violazione del disposto da questo articolo riguardo alla delega dell'usciera. Però non è a credersi che si esiga la notificazione in *persona propria*; basta la notificazione *personale* nei modi prescritti per la citazione (art. 39), per cui la sentenza potrebbe eziandio notificarsi al domicilio eletto nel contratto intorno al quale si piasce. — *Confermi*: Gargiulo, *loc. cit.* — Mattei, *Annotaz.*

7. Si incorrerà nella nullità anche nel caso in cui, sebbene non per mezzo di usciere delegato, la sentenza sia stata consegnata in proprie mani, notificata in *persona propria* al contumace?

Se è vero che la formalità prescritta da questo articolo tende ad assi-

curare la notificazione della sentenza, a me sembra che essendo dalla relazione dell'usciera escluso il dubbio che la sentenza non sia pervenuta al contumace, sarebbe un assurdo il volere, ciò nonostante, ritenere incorsa la nullità. Come può seriamente annullarsi una forma di notificazione che è di tutte la migliore come quella che accerta in modo irrefragabile la cognizione dell'atto da parte del notificato? Sta bene che la legge non distingue e sancisce la nullità se la notificazione non sia fatta nelle forme da essa imposte, ma è pur vero che *cessante ratione legis cessat ejus dispositio*, ed è pur vero finalmente che la notificazione in persona propria è assai più cauta di quella seguita colla designazione dell'usciera, essendo questa fatta come l'atto di citazione e perciò, nel maggior numero dei casi, mediante consegna a persone diverse dal contumace.

8. La delegazione dell'usciera per la notificazione della sentenza al contumace è obbligatoria anche nei giudizi davanti i pretori?

Una prima ragione a dubitarne si ha da ciò che nel capo V, che riguarda i giudizi pretoriali, non troviamo ripetuta tale disposizione, che all'invece specialmente contempla i giudizi vertenti davanti i Tribunali e le Corti. E questa omissione è tanto più significativa giacchè il legislatore ha pur dettato per le cause pretoriali delle norme particolari alla contumacia, tra le quali non si rinviene quella in discorso, e per conseguenza il richiamo che l'art. 447 Cod. proc. civ. fa delle disposizioni del capo I non può avere effetto nel caso concreto, dal momento che il richiamo stesso è fatto per tutto ciò che non è regolato espressamente dal capo V, ed in questo, ripetesi, vi ha una apposita sezione che porta per titolo: « *Della contumacia* ».

A ciò si aggiunga che la delegazione dell'usciera se ha un valore quando la notificazione deve seguire per mezzo degli uscieri di un tribunale, che sono parecchi, non ne ha alcuno e diviene affatto derisoria quando la notificazione debba farsi dagli uscieri d'una pretura, perchè è assai raro il caso che il pretore abbia la scelta dell'usciera, essendovene quasi sempre uno solo. Eppure le sentenze pretoriali sono notificate dagli uscieri di pretura.

Ma v'ha di più: la inapplicabilità della disposizione del secondo alinea di questo articolo ai giudizi pretoriali si deduce anche dal confronto dell'articolo 442 del progetto coll'art. 441 del Codice. Il secondo capoverso dell'articolo 443 del progetto prescriveva che « il provvedimento fosse notificato ai contumaci. per mezzo d'un usciere specialmente destinato », mentre il secondo capoverso dell'art. 441 del Codice ha tolto tale obbligo. Se il provvedimento di cui parla l'art. 441 è certamente uno di quelli contemplati dal secondo alinea dell'art. 385 e che dovrebbero notificarsi al contumace da un usciere espressamente delegato, l'omissione suaccennata ci dimostra indubbiamente che il legislatore intendeva di non applicare ai giudizi pretoriali quanto in relazione alla notificazione delle sentenze contumaciali aveva ordinato per le sentenze emanate dai Tribunali e dalle Corti.

Vedi in senso conforme: Mancini, *Comm. Cod. Sardo* I, p. 233 - Borsari, *Comm. I*, p. 543 - Saredo, *Istit. n.* 718 - Puppa, *Eco dei Trib.* XXV, n. 2574. — *Contra*: Gargiulo, *Comm. p.* 1068. — Anche in Francia fu sostenuta la inapplicabilità dell'art. 156, conforme al nostro 185, ai giudici di pace da Carré e Chauveau, *quest.* 93 e 642 - Merlin, *voç Contumacia* § 8 - Favard, t. 3, p. 169, n. 12 - Pigeau, *art.* 20 - Thomine, n. 41 - Boncenne, t. 3, p. 73 - Boitard, *art.* 20, e da Dalloz (t. 18, p. 419) che riporta una decisione conforme della Corte di cassazione 13 settembre 1809.

9. Sono d'avviso che non sia necessario di notificare l'ordinanza di rinvio della causa a quella parte che si è resa contumace alla udienza destinata in citazione, quando la contumacia si faccia regolarmente constare nel verbale d'udienza. Se la causa poteva discutersi alla prima udienza, non comprendo perchè si debba, rinviando la discussione, migliorare la condizione del contumace. Egli ben sapeva che il suo avversario avrebbe potuto discutere, lui assente, e se non provvede tostò alla difesa non v'è ragione di obbligarlo al comparso a notificarlo del giorno al quale fu rinviata la causa, quando già la discussione avrebbe potuto farsi alla prima udienza. Il contumace ha già troppi privilegi secondo il nostro Codice perchè dobbiamo accordargliene altri; nè il provvedimento di rinvio può assolutamente ritenersi una delle ordinanze di istruttoria di cui fa cenno l'art. 385.

386. Non ostante la dichiarazione di contumacia, e sino alla sentenza definitiva, il contumace può comparire e proporre le sue ragioni; ma avranno effetto le altre sentenze già pronunziate nel giudizio, contro le quali non fossero più ammessibili i mezzi accordati dalla legge per impugnarle.

Se il contumace comparisca scaduto il termine per controdedurre la prova testimoniale o far seguire la prova contraria, non può valersi di questi mezzi di prova.

In qualunque tempo comparisca il contumace, anche in via di opposizione o di appello dalla sentenza definitiva, si ha per non avvenuta la ricognizione di cui nell'art. 283, sempre che nel primo atto neghi specificatamente la scrittura, o dichiari di non riconoscere quella attribuita a un terzo.

1. Corsa la tacita pronuncia sui fatti intorno ai quali fu specificatamente interrogato nell'atto di citazione il contumace, questi può in giudizio d'appello o d'opposizione contestarli puramente e semplicemente senza uopo di somministrare la prova della sua negativa, e l'interpellante ritorna in tali giudizi nel suo obbligo di dare la prova dei fatti dedotti ad interpellò. — *Appello Torino, 23 aprile 1867. Costero e C.—Grognardi. Bettini, XIX, 199.*

2. Nei giudizi contumaciali formali l'iscrizione a ruolo resta ferma appena notificata al contumace. La comparsa posteriore di questo non può avere l'effetto di riaprire il processo perchè sarebbe sempre la prima comparsa posteriore all'iscrizione.

Non basta a salvare dalla contumacia il deposito del mandato e la comunicazione del medesimo alla controparte, ma occorre la notificazione della comparsa. Ciò a luogo anche nelle cause formali commerciali; l'articolo 395 stabilisce unicamente il modo di presentare il mandato nelle cause commerciali formali prima dell'iscrizione della causa sul ruolo di spedizione, ma non dispensa il contumace dall'osservanza dell'art. 232 reg. giud., quando la causa sia già stata iscritta nel ruolo delle contumaciali. — *App. Torino, 23 novembre 1868. Barbarani—Chiesa. Annali, II, 575.*

3. Quest' articolo che dispone che anche l'attore contumace può sempre utilmente comparire a dedurre le sue ragioni, è applicabile soltanto ai giudizi di primo grado. — *Cass. Torino, 14 aprile 1869. Raffaini—Mambretti. Annali, III, 118.*

4. La comparsa del convenuto contumace, anche dopo il decreto presidenziale che destina l'udienza per la discussione, opera la riapertura del giudizio, sicchè l'iscrizione della causa a ruolo si fa come non avvenuta.

Non può quindi l'attore trattare la causa all'udienza destinata, come se ella fosse tuttora contumaciale; ed ove ciò sia avvenuto, il tribunale d'appello deve rinviarla ai primi giudici perchè, regolarizzato il procedimento, decidano poi sulle ragioni ed eccezioni dedotte dal convenuto tardivamente comparso. — *App. Napoli, 20 marzo 1870. De-Luca—Cerulli. Ann., V, 26.*

5. La sentenza è proferita al momento stesso in cui i giudici l'hanno sottoscritta ed è perciò tardiva dopo questo giorno l'istanza del contumace pella riapertura del giudizio (1).

Il decreto del presidente che respinge una comparsa prodotta dal contumace dopo la discussione della causa è suscettibile d'opposizione avanti al collegio. — *App. Napoli, 4 maggio 1870. Polis—Sholmann. Ann., IV, 427.*

(1) *Cass. Napoli, 15 febb. 1873. Polis—Sholmann. Annali, VII, 170.*

Art. 229, 283, 366, 368
c. p. c; 232 reg. giud.

6. Una volta comparso in giudizio l'appellato mediante il deposito del mandato e la denuncia all'appellante del procuratore costituito, l'iscrizione della causa sul ruolo delle contumaciali è caduta e il giudizio divenuto contraddittorio non altrimenti si può spedire che sopra una nuova iscrizione a ruolo. — *Appello Napoli*, 30 maggio 1870. *Orfanotrofio Militare—Di Gennaro. Mon. Trib.*, XI, 653.

7. Comparendo il contumace si riapre il giudizio se la causa fu già discussa all'udienza. E se non fu ancora chiamata a discussione, ma è già ferma l'iscrizione a ruolo, deve mandare alle parti di procedere ulteriormente acciò il già contumace possa prendere cognizione delle istanze avversarie e dei documenti prodotti. — *Appello Torino*, 31 agosto 1870. *Mannati—Migliossi. Gazz. Trib. di Genova*, 1870, n. 51.

8. L'appellato contumace che comparisce dopo iscritta la causa a ruolo delle contumaciali non ha diritto alla riapertura di tutti i termini. — *Appello Napoli*, 3 dicembre 1870. *Ferri—Scamane. Gazz. del Proc.*, V, 596.

9. Questo articolo è un rimedio che salva il contumace dalle sanzioni degli art. 158 e 159, proclamando il principio che la comparizione della parte distrugge la presunzione di abbandono della lite su cui somiglianti sanzioni sono fondate. — *Cass. Napoli*, 11 ottobre 1871. *Daniele—Valente. Legge*, XI, 420.

10. Il contumace può chiedere la riapertura del giudizio fino alla prolazione della sentenza che non è altra cosa che la di lei pubblicazione all'udienza. — *App. Napoli*, 6 settembre 1872. *Visco—Visco. Annali*, VI, 507.

11. L'atto che dà esistenza legale alla sentenza e la rende intangibile è la sottoscrizione dei giudici.

La data della sottoscrizione della sentenza è quindi quella della pronunziamento.

Il contumace non può per gli effetti di questo articolo sperimentare le sue ragioni dopo che la sentenza è stata sottoscritta dai votanti, quantunque non ancora sia stata pubblicata. — *Appello Napoli*, 15 febbraio 1873. *Sholmann—Latour. Gior. dei Trib.*, II, n. 77.

12. La riapertura del processo ottenuta a termini dell'art. 386 C. p. c., e 232 reg. giud. porta nuova discussione *ex integro* della causa. Quindi non è necessario che alla nuova discussione assistano i medesimi giudici che assistettero alla prima. — *Cass. Firenze*, 13 febbraio 1874. *Papucci—Lumachi. Gior. dei Trib.*, III, n. 91.

13. Perché il giudizio possa riaprirsi in seguito a comparsa tardiva del convenuto, richiedesi che il medesimo non siasi mai presentato in causa. Ove invece sia comparso ed allontanatosi dall'udienza non può più ritenersi contumace.

Se il presidente del Tribunale erroneamente ritenendo contumaciale il giudizio concede all'appellato la riapertura del giudizio e destina la nuova udienza per la discussione contraddittoria, può l'appellante alla nuova udienza impugnare il decreto del presidente e concludere per la prolazione della sospesa sentenza, senza riguardo all'avversaria domanda di riapertura del giudizio e alle ragioni di merito ivi dedotte. — *Appello Venezia*, 15 luglio 1874. *Verin—Verin. Bettini*, XXVI, 519.

14. Il diritto di domandare la sospensione della prolazione della sentenza e la riapertura del giudizio è concesso soltanto a beneficio del contumace; epperò non può pretenderlo la parte che si costituisce in giudizio, quantunque il suo procuratore non sia poi intervenuto all'udienza in cui fu discussa la causa. — *Appello Milano*, 28 maggio 1875. *Banca di Vercelli—Ditta Stubgen e C. Mon. Trib.*, XVI, 672.

1. Qual'è l'effetto della comparizione del contumace qualora la causa sia già stata iscritta a ruolo?

Non dubito che la presentazione del contumace in giudizio faccia cadere l'iscrizione a ruolo.

Si avverta che l'iscrizione non può essere stata fatta se non sul ruolo delle cause contumaciali, ovvero sul ruolo ordinario coll'annotazione della contumacia; s'è veduto all'art. 383 che l'iscrizione a ruolo delle contumaciali si opera spesso al solo scopo di ottenere con sentenza la dichiarazione di contumacia. Se adunque non si facesse la cancellazione si avrebbero anzitutto queste due conseguenze: che sarebbe portata all'udienza come contumacia una causa che è divenuta contraddittoriale, che si insisterebbe nella iscrizione a ruolo delle contumaciali quando per la comparizione del contumace non può più aver luogo la dichiarazione di contumacia.

Ma a parte ciò, è evidente che potendo il contumace comparire in qualunque stadio della causa, fino alla sentenza definitiva, per esso non è possibile la chiusura della lite, e gli art. 174, 175 e 176 non sono applicabili ai giudizi contumaciali pei quali dispone la sezione che stiamo esaminando. Fu già detto all'articolo precedente come non sia necessario che al contumace si notifici la seguita iscrizione a ruolo; di qui la conseguenza che pel contumace non può decorrere il termine dell'art. 174. Di più, se si ritenesse attuabile l'art. 174, la difesa del già contumace sarebbe in piena balia del suo avversario, il quale potrebbe col non rispondere alla comparsa comunicatagli far restar ferma l'iscrizione a ruolo.

L'articolo presente è poi così chiaramente concepito che alla prima lettura di esso dovrebbe dimostrarsi la illegalità della tesi opposta a quella che io sostengo: « Il contumace può proporre le sue ragioni fino alla sentenza definitiva ». La sua comparizione adunque, in qualunque momento si effettui, lo rimette in pristino, gli dà piena facoltà di esporre le proprie difese e di introdurre per sorreggerle qualunque mezzo di prova: in una parola il procedimento si riapre e si ricostituisce colle norme del rito contraddittoriale. Gli atti precorsi non possono impedire la libertà di difesa della parte. *Soltanto le prove già assunte e le sentenze già pronunciate hanno effetto contro di lui*; e di fronte a questa tassativa disposizione di legge, qualunque altra limitazione dev'essere assolutamente respinta. Nè si opponga che al contumace non sarebbe interdetto di difendersi all'udienza, poichè è troppo chiaro che, trattandosi di rito formale, non potrebbe però istruire la causa, proporre incidenti, di guisa che mentre gli si accorderebbe il diritto di difendersi, gli si toglierebbero d'altro lato i mezzi per sostenere le proprie eccezioni.

Se l'art. 386 avesse d'uopo di interpretazione ce la fornisce l'art. 232 del reg. giud. dove dice che il presidente con provvedimento in fine della comparsa prodotta dal già contumace sospende la prolazione della sentenza e dichiara riaperto il giudizio. Frase più esplicita non poteva usarsi di certo: non può concepirsi riapertura del procedimento quando si ritenga che l'iscrizione a ruolo conservi il suo effetto.

Finalmente sarebbe assurdo l'ammettere che la riapertura del giudizio, che è permessa anche quando la causa sia già stata discussa, (art. 232 reg. giud.) non dovesse aver luogo prima che la discussione sia stata fatta, prima ancora che la causa sia portata all'udienza.

Nè questa ricostituzione del giudizio arreca grave danno alla parte comparsa, poichè il contumace è tenuto a rimborsare le spese di tutti gli atti ai quali ha dato luogo la sua tardiva comparizione (art. 388).

2. Il procedimento al quale il contumace deve attenersi per comparire e far riaprire il giudizio è delineato dall'art. 232 del reg. gen. giud. che è del seguente tenore:

« Il contumace che voglia valersi del diritto concessogli dall'art. 386 del Codice proc. civ., deve costituire il suo procuratore e rimettere alla cancelleria la copia del mandato, e gli originali o le copie dei documenti offerti in comunicazione.

« Nei giudizi formali il contumace fa notificare la sua comparsa al procuratore della parte contraria. Se la causa sia già stata discussa all'udienza esso dovrà presentare la suddetta comparsa col relativo atto di notificazione

al presidente, il quale, con provvedimento in fine della comparsa, sospende la prolazione della sentenza, e dichiara riaperto il giudizio.

« Nei giudizi a udienza fissa il contumace consegna la sua comparsa al cancelliere che la presenta subito al presidente, il quale, con provvedimento come sopra, fissa la nuova udienza a cui dovranno comparire le parti.

« Il cancelliere comunica al procuratore dell'altra parte la copia della suddetta comparsa sulla quale si trascrive il provvedimento del presidente, e consegna al procuratore del nuovo comparso la copia delle conclusioni della parte che comparve alla prima udienza ».

3. Il decreto del presidente che respingesse la domanda del contumace per la sospensione della sentenza è troppo importante perchè non debba esser soggetto ad un rimedio: difatti esso pregiudicherebbe la difesa di una parte e la priverebbe sovente di un grado di giurisdizione in contraddittorio. Ammetto quindi che contro tale decreto si possa ricorrere in via di opposizione o reclamo davanti al collegio.

Del pari non dubito che la parte prima comparsa abbia facoltà alla nuova udienza di discussione della causa di esporre le sue ragioni contro il decreto e concludere perchè il tribunale lo annulli e si astenga dal ritornare sulla sua decisione.

4. Fino a quando può il contumace, comparendo, riparare agli effetti della incorsa contumacia?

L'articolo presente stabilisce che il contumace può proporre le sue ragioni *sino alla sentenza definitiva*, da ciò la quistione se a precludere l'adito alla difesa del contumace basti che la sentenza definitiva sia stata sottoscritta, ovvero occorra che sia stata pubblicata. Io credo che sia sufficiente che la sentenza sia completa mediante la sottoscrizione dei giudici. Infatti all'art. 232 del reg. giud. è detto che il presidente in seguito al ricorso del contumace, sospende la *prolazione* della sentenza, e non già che ne impedisce la *pubblicazione*, mentre la *prolazione* o *pronunciazione* è cosa ben diversa dalla *pubblicazione*. La sentenza si ha per proferita o pronunciata, appena è sottoscritta dai giudici e dal cancelliere che vi hanno preso parte, poichè colla firma diviene autonoma ed irrevocabile. La pubblicazione invece nulla aggiunge, nè toglie alla sentenza, soltanto la rende nota al pubblico; è opera quindi del cancelliere e non dei giudici, tant'è vero che a tenore dell'art. 366 può farsi davanti a giudici diversi da quelli che l'hanno pronunciata.

Ora se il legislatore concede al contumace la facoltà di comparire finchè *esista* una sentenza definitiva, poichè questa colla sottoscrizione è completa ed immutabile, non può dubitarsi che a togliere tale facoltà valga la sola prolazione della decisione. E ciò è anche ragionevole: i giudici potranno prendere in considerazione la difesa del contumace quando non hanno ancora definitivamente pronunciato sulla controversia, ma dopo, essi non possono ritornare sul giudicato che quando contro il medesimo si ricorra o col mezzo ordinario della opposizione o con quello straordinario della rinvio. Il momento poi in cui la sottoscrizione è avvenuta sarà accertato dal cancelliere che deve pure prendervi parte.

5. Sull'ultimo alinea di questo articolo il Pisanelli scrive nella sua *Relazione*:

« La dichiarazione di contumacia non ha per sè stessa effetti definitivi. Finchè non sia decisa la causa, il contumace potrà comparire e proporre le sue ragioni. Ma la sua tardiva comparizione non può riporre nel nulla gli atti d'istruzione già compiuti, come non può annullare le sentenze interlocutorie e provvisoriale, contro le quali non fossero più ammissibili i mezzi accordati dalla legge per impugnarle. Tali sentenze essendo state notificate al contumace nei modi stabiliti per la citazione, egli poteva chiederne la riforma o l'annullamento nei termini fissati dalla legge per impugnare le sentenze; ciò non avendo fatto, le dette sentenze devono portare il loro effetto, come diventa irrevocabile la sentenza definitiva che non venga impugnata nei detti termini.

« Per la stessa ragione, il contumace che compare dopo spirato il termine per controdedurre la prova testimoniale, o per far seguire la prova contraria sopra i fatti articolati dall'altra parte, non potrà più valersi di

tali mezzi di prova. Egli sarà in diritto di discutere il valore della raccolta prova testimoniale, come è in diritto di discutere i risultamenti di qualsiasi altro procedimento probatorio, ma non può con ragione essere restituito in tempo a compiere atti fuori del termine stabilito, poichè egli avrebbe potuto compierli utilmente a seguito della notificazione della sentenza che ordinò la prova per testimoni ».

387. L'attore nel corso del giudizio contumaciale non può prendere conclusioni diverse da quelle contenute nell'atto di citazione.

Parimente il convenuto, nel caso indicato nel capoverso dell'articolo 381, non può prendere conclusioni diverse da quelle contenute nell'atto da lui fatto notificare all'attore.

1. Non si varia la domanda se nel corso del giudizio contumaciale, per correggere un evidente errore materiale di cifra in meno si chiede la condanna al pagamento della reale somma maggiore apparente dall'esposizione del fatto della citazione. — *Appello Torino 1 dicembre 1865. Giurisprudenza, III, 36, in nota.*

2. La parte che nella citazione ha chiesto la condanna al pagamento, previo interrogatorio, varia la domanda se nella comparsa conclusionale chiede senz'altro la condanna, ommessa la deduzione dell'interrogatorio. — *Appello Torino, 13 dicembre 1867. Giurisprudenza, V, 93.*

3. Non è vietato di restringere, pendente il giudizio contumaciale, la domanda proposta nell'atto di citazione, quando questa restrizione non altera la natura della domanda primitiva. — *Appello Torino, 31 gennaio 1871. Perana-Trivella. Giurisprudenza, VIII, 278.*

4. Non può dirsi variata la domanda nei giudizi contumaciali solo perchè l'attore, ripetendo le conclusioni sul merito, contenute nell'atto di citazione, abbia preliminarmente e contemporaneamente alla dichiarazione di contumacia chiesta l'ammissione d'un interrogatorio in esso atto proposto. — *Appello Cagliari, 29 aprile 1872. Manca-Marongiu. Legista, III, 136.*

5. Non può accogliersi la domanda dell'esecutorietà provvisoria fatta per la prima volta dall'attore in conclusionale, allorchè trattisi di giudizio contumaciale, stante la proibizione di legge di prendere conclusioni diverse da quelle contenute nell'atto di citazione. — *Appello Venezia, 29 ottobre 1872. Brozzo-Bosinelli. Mon. Giud., II, 104.*

1. Nella *Relazione* Pisanelli si legge:

« Quantunque l'atto di citazione sia la base principale del giudizio, questo però, se verte in contraddittorio, può assumere proporzioni più estese per le nuove domande proposte dall'attore o dal convenuto. Siffatta estensione non deve ammettersi nel giudizio contumaciale, specialmente nei rapporti del convenuto. Si procede nei rapporti del contumace, come a riguardo di chi si rimette a quanto l'autorità giudiziaria, esaminate le ragioni dell'altra parte, sia per statuire. Ma è palese che non può intendersi che il contumace siasi intanto rimesso al prudente criterio dell'autorità giudiziaria se non in quanto formava oggetto della domanda dedotta in giudizio coll'atto di citazione. Non potrà pertanto l'attore nel giudizio contumaciale proporre nuove domande, o prendere conclusioni diverse da quelle contenute nella istanza introduttiva del giudizio ».

2. Non deve ritenersi proibito il restringere e limitare le conclusioni o domande di citazione, giacchè ciò non deteriora punto la condizione del contumace.

Nemmeno sarà vietato all'attore di variare le conclusioni quando dia notizia delle modificazioni al contumace mediante notifica personale, ciò che è pure permesso al convenuto di fronte all'attore contumace. — *Conformi*: Borsari, *Comm.* I, p. 508 - Mattei, *Annotaz.* - Scotti, *Archivio Giuridico*, IV, 644.

Art. 363, 364, 370, 383
c. p. c.

388. Le spese della sentenza contumaciale, della notificazione di essa, e degli atti ai quali ha dato luogo la contumacia, sempre che la medesima sia stata regolarmente verificata, sono a carico del contumace anche quando ottenga sentenza favorevole nel giudizio di opposizione o di appello, salvo in questo caso la tassa di registro sul valore della causa.

La sentenza che condanna il contumace alle spese contumaciali è esecutiva per questo capo anche in pendenza del giudizio di merito.

1. Spese della sentenza contumaciale saranno quelle emarginate nella medesima, ma non tutte quelle liquidate dal giudice a carico del contumace. Riguardo a queste ed alle altre che si fossero ritenute derivanti necessariamente dalla non comparizione del condannato, è chiaro che non ha valore il disposto dall'art. 364 C. p. c.

2. Il contumace non ha obbligo di pagare le spese della contumacia quando il giudizio contumaciale sia annullato. — Borsari, *Comm.* I, p. 509 - Saredo, *Istit.* n. 672 - Gargiulo, *Comm.* p. 1001 - Mattei, *Annotaz.*

CAPO II.

Del procedimento sommario davanti i Tribunali civili e le Corti di appello.

Art. 154, 363 c. p. c.
v. nota n. 5).

389. Sono trattate col procedimento sommario:

1. Le domande per provvedimenti conservatori o interinali;
2. Le cause in appello dalle sentenze dei pretori;
3. Le altre cause, per le quali sia ordinata dalla legge o autorizzata dal presidente la citazione a udienza fissà.

1. Gli appelli da sentenze incidentali ponno senza nullità proporsi con procedimento sommario. — *Appello Brescia*, 1 agosto 1866. *Fusi-Melzani. Annali*, I, 135. — *Appello Brescia*, 4 marzo 1868. *Fontanella-Ceriali. Annali*, II, 296. — *Appello Brescia*, 3 luglio 1867. *Tebaldini-Avanzi. Mon. Trib.*, IX, 101.

Contra: *Appello Milano*, 7 febbraio 1867. *Bossi-Arrigoni. Annali*, I, 140. — *Appello Milano*, 26 febbraio 1867. *Brunello Zamperoni-Fioretti. Mon. Trib.*, VIII, 271.

2. Non è qualificato pel procedimento sommario l'appello contro una sentenza, colla quale in una causa tuttora pendente in primo grado a procedimento formale siasi pronunciato intorno all'ammissione di prove testimoniali. — *Appello Milano*, 3 agosto 1866. *Tamassia-Dolci. Mon. Trib.*, VII, 856.

3. Ordinato dal tribunale il procedimento formale, questo va seguito anche in appello. — *Appello Palermo*, 27 gennaio 1868. *Gentile—utrinque. Bettini*, XX, 38.

4. Trattandosi di giudizio per conferma o revoca di sequestro l'appellante deve introdurre l'appello in via sommaria ancor che il primo giudizio fosse proceduto in via formale. — *Appello Torino*, 5 giugno 1868. *Abegg—Bellom. Bettini*, XX, 498.

5. L'azione colla quale il marito chiede che la moglie venga condannata a ritornare presso di lui per essersi arbitrariamente allontanata, non può ritenersi compresa fra i provvedimenti conservatorii ed interinali di cui è cenno al n. 1 di questo articolo. — *Appello Milano*, 1 settembre 1868. *Mon. Trib.*, IX, 1065.

6. I giudizi nei quali è interessata una pubblica amministrazione sia come attrice che come convenuta, devono essere trattati con procedimento sommario e cioè a udienza fissa. E se l'amministrazione abbia promosso il giudizio con procedimento formale, il convenuto può citarla per discutere la causa ad udienza fissa. — *Appello Catanzaro*, 3 novembre 1868. *Macri—Pellicano. Annali*, II, 416. — *Appello Messina*, 23 gennaio 1871. *Giamis—Finanza. Annali*, V, 218.

7. Devono trattarsi col procedimento sommario le misure che abbiano per oggetto la conservazione delle ragioni ipotecarie. — *Cass. Napoli*, 22 maggio 1869. *Caracciolo—Eredità di Manzo. Legge*, IX, 956.

8. In grado d'appello si deve osservare il procedimento sommario se fu adoperato in prima istanza. — *Appello Milano*, 12 gennaio 1871. *Castoldi—Genazzini. Annali*, V, 47.

9. Il procedimento incidentale è sommario, per cui l'art. 176 che vieta di produrre nuovi documenti colla comparsa conclusionale non si applica alle cause incidentali rimesse a udienza fissa. — *Cass. Torino*, 12 maggio 1871. *Lattuada—Prosperini. Annali*, V, 161. — *Appello Parma*, 7 febbraio 1870. *Congregazione di carità di Calestano—Coruzzi. Annali*, V, 300.

10. Trattatasi una causa in prima istanza col procedimento sommario in seguito a decreto presidenziale, anche l'appello può introdursi col procedimento sommario, salvo alla corte il diritto di ordinarne il proseguimento in via formale. — *Appello Palermo*, 10 febbraio 1872. *Corrao—Cibrera. Annali*, VI, 349. — *Appello Napoli*, 25 febbraio 1867. *Saraceni—Dinella. Annali*, I, 369. — *Appello Brescia*, 4 marzo 1868. *Fontanella—Ceriali. Annali*, II, 296. — *Appello Napoli*, 23 febbraio 1872. *Frangillo—Balzano. Gazz. del Proc.*, VII, 100. — *Appello Brescia*, 29 aprile 1870. *Zanetti—Pialorsi—Melzani. Annali*, IV, 501. — *Appello Napoli*, 12 giugno 1871. *Calenda—Ungaro. Gazz. del Proc.*, V, 438. — *Appello Torino*, 21 ottobre 1872. *Caprile—Borgetti. Legge*, XIII, 934.

11. Non perchè sia stata in primo grado trattata la causa con procedimento sommario, è permesso di usare dello stesso procedimento sommario in appello senza averne ottenuta l'autorizzazione del presidente, quando la causa richieda per sua natura il procedimento formale (1).

Tale arbitraria sostituzione però non porta nullità dell'atto di appello, ma autorizza soltanto l'appellato a domandare che la causa sia seguita col procedimento formale. — *Appello Venezia*, 18 ottobre 1872. *Vendramin—Bosa. Annali*, VI, 574.

(1) *Appello Bologna*, 16 dicembre 1872. *Feletti—Spada—Negri. Annali*, VII, 116.

12. Le cause di affrancazione di censi, canoni ed altre prestazioni devono trattarsi col rito sommario. — *Cass. Firenze*, 2 dicembre 1872. *N—N. Legge*, XIII, 337.

13. L'istruttoria sopra l'appello di un incidente non va rimessa a procedimento formale. — *Appello Venezia*, 28 febbraio 1873. *Benciolini—Finanze. Bettini*, XXV, 124.

14. Per l'art. 10 della legge sul contenzioso amministrativo 20 marzo 1865 le controversie tra le pubbliche amministrazioni e i privati devono trattarsi colle forme del rito sommario.

Sotto il vocabolo di pubbliche amministrazioni, si comprendono le amministrazioni dello Stato non i Comuni. — *Appello Venezia*, 6 maggio 1873. *Comuni di S. Donà. Annali*, VII, 596. — *Appello Lucca*, 15 aprile 1874. *Massarose—Cerri U. cc. Annali*, VIII, 239.

Contra: *Cass. Napoli*, 28 aprile 1868. *Comune di Corleto—De Filippis. Annali*, III, 59.

15. Il giudizio di rendimento di conti quand'anche volesse considerarsi come giudizio incidentale, è essenzialmente sommario.

Se è sommario il giudizio di discussione sul conto, deve esser sommario il giudizio d'edizione del conto, quando sull'obbligo di rendere il conto non vi sia controversia. Imperocchè essendo l'edizione del conto un giudizio preliminare e preparatorio a quello di discussione del conto, sarebbe strano che i due giudizi, fra loro intimamente connessi per l'identico fine cui mirano, avessero a regolarsi con norme diverse, e che, mentre nell'uno vuolsi la celerità del procedimento sommario, si esigessero nell'altro le lentezze del procedimento formale.

È poi fuor di dubbio che il giudizio di rendimento di conti ha indole sommaria, quando è accessorio e pedissequo all'altro giudizio di divisione, nè perde questa sua indole, sebbene, prima dal suo compimento, la divisione sia stata effettuata. — *Appello Firenze*, 16 gennaio 1875. *Nota—Bandi. Annali*, IX, 3.

16. Sullo scambio del procedimento e sue conseguenze vedi art. 154, sentenze n. 1, 2, 3, 5, 6, 9, 13, 14, 15, 19, 20.

17. Vedi anche art. 184, sentenze n. 1, 2, 3, 4.

1. « È difficile rinvenire a priori, scrive il Pisanelli nella sua *Relazione*, un criterio certo per determinare l'urgenza o la semplicità della causa al fine di sottrarla alle regole del procedimento ordinario. Si riscontrano gravi difficoltà nel classificare, in modo esatto e compiuto, le cause in ordinarie o sommario. O queste ultime si vogliono precisare con indicazione tassativa di casi affatto speciali, e sarà impossibile di comprendere tutti i casi nei quali può esservi identità di ragione per ammettere il procedimento sommario; o si vogliono far categorie di casi talmente generici da soddisfare a tutte le possibili emergenze, e si corre il pericolo di comprendervi cause di natura diversa, onde l'eccezione stessa diverrebbe la regola. Parve pertanto più savio partito di lasciare la facoltà al presidente di derogare in ciascun caso, per ragione dell'urgenza, alla regola che determina il procedimento ordinario o sommario davanti i tribunali e le corti d'appello..... I caratteri che valgono a designare l'urgenza possono venir meglio apprezzati in ciascun caso speciale dall'autorità giudiziaria, che non dalla legge con una classificazione preventiva più o meno esatta; inoltre quando siasi statuito sui provvedimenti richiesti d'urgenza, o questa sia cessata, o sopravvengano complicazioni tali, che occorra di ritornare alle forme normali del procedimento, il giudizio sarà proseguito nelle dette forme non ostante la citazione a udienza, fissa o l'abbreviazione dei termini ».

2. Sebbene non sia richiamato, pure mi sembra che l'art. 363 C. p. c. possa servire di norma per determinare le cause da trattarsi col procedimento sommario. — *Conforme Gargiulo, Comm. p.* 1005.

3. Vedemmo all'art. 154, che giurisprudenza e dottrina sono omai ferme nella massima che non vi sia nullità se si adottò un procedimento diverso

da quello che per la natura della causa si sarebbe dovuto seguire. Perciò, anche se una causa in appello da una sentenza pretoriale fu iniziata a rito formale non si incorre in nullità, fermo, come sempre, il diritto del citato di far mutare la forma del rito. — Borsari, *Comm.* I, p. 244 - Saredo, *Istit.*, n. 675 - Mattei, *Annotaz.*

4. Se la lite fu trattata col procedimento sommario in prima istanza dietro autorizzazione presidenziale si potrà appellare a udienza fissa anche senza richiederne di nuovo la facoltà al presidente della Corte?

Io non ne dubito, poichè il giudizio d'appello non è un giudizio nuovo, ma il proseguimento di quello di prima istanza, e perciò, autorizzata la trattazione della causa a rito sommario si intende estesa ad ambedue gli stadi di giudizio, salva sempre la facoltà concessa dall'art. 391 di cambiare la forma del procedimento. Il principio che in appello si deve seguire il rito del primo giudizio, vale tanto più in questo caso nel quale l'urgenza sarebbe stata dal presidente constatata, e l'essersi la causa continuata davanti al Tribunale col rito da esso prescritto sta a dimostrare che durante la discussione e l'istruttoria nulla venne a cangiare la condizione primiera di cose. — *Contra*: Saredo, *Istit.* n. 675 e Gargiulo, *Comm.* p. 1005.

5. Alcuni dei casi nei quali la legge ordina il procedimento sommario sono contemplati dagli articoli 251, 258, 304, 378, 379, 406, 473, 573, 656, 665, 689, 699, 716, 797, 815, 879, 884, 900, 908, 944 Codice procedura civile, nei giudizi davanti i Tribunali, dagli articoli 100, 255, 282, 303, 571, 573, 785, 942 Codice procedura civile, nelle cause davanti le Corti, dall'art. 716 Codice di commercio, dall'art. 55 della legge elettorale politica 17 dicembre 1860, dall'art. 40 della legge comunale e provinciale 20 marzo 1865, e finalmente dall'art. 10 della legge 20 marzo 1865 sul contenzioso amministrativo.

6. Quest'ultimo articolo è precisamente concepito così: « Nelle controversie che si agitano dinanzi alle autorità giudiziarie fra privati e pubbliche amministrazioni, il giudizio sarà sempre trattato colle forme ad udienza fissa ». Si è pertanto disputato se sotto il vocabolo *pubbliche amministrazioni* si comprendano anche i Comuni e le Province e vedemmo come la giurisprudenza sia su questo punto discorde.

Io credo preferibile l'opinione che ammette essere compresi i Comuni e le Province nella disposizione dell'art. 10 della legge sul contenzioso amministrativo. Anzitutto è strano che tra le pubbliche amministrazioni non si vogliano annoverare i Comuni e le Province, quando codesto appellativo è, oltrechè adottato dal diritto amministrativo, passato eziandio nel linguaggio comune, nè la legge fa alcuna distinzione.

In secondo luogo anche per le Province vale la ragione della forma privilegiata del rito, quella cioè di definire le questioni giudiziali quanto più presto è possibile nell'interesse dell'amministrazione.

Le Corti d'appello di Venezia e di Lucca, sostengono la tesi contraria per questo motivo: il privilegio dei tribunali speciali era, esse dicono, per le disposizioni anteriori alla nuova legge sul contenzioso amministrativo, goduto soltanto dalle amministrazioni dello Stato; e perciò, come l'abolizione del privilegio, così eziandio le nuove norme per la devoluzione delle relative questioni alla giurisdizione ordinaria od all'autorità amministrativa, razionalmente devono riferirsi soltanto a quelle amministrazioni, e non altrimenti alle amministrazioni comunali, che dalle anteriori disposizioni non erano contemplate, ed alle quali non fa qualsiasi allusione la legge derogatoria.

Se fosse esatta la premessa, non v'ha dubbio che la conclusione di questo ragionamento sarebbe inoppugnabile. Ma basta dare un'occhiata alla legge 29 ottobre 1859, che disciplinava in Piemonte il contenzioso amministrativo, per persuadersi che l'asserto delle Corti sunnominate che desso non riguardasse che lo Stato è erroneo. Difatti da questa legge si rileva che furono demandate ai Consigli di Governo, giudici ordinari del contenzioso amministrativo, le controversie sulle contribuzioni dirette, sui pedaggi, sulle gabelle, sugli appalti di contribuzioni, di forniture e opere pubbliche, sulle quote di consorzi nei corsi d'acqua, sulle opere, spese e danni in fatto di acque e strade, sui regolamenti catastali, i contratti *pei lavori delle Province, dei Comuni* e degli istituti di beneficenza, *sulle tasse provinciali e*

comunali ecc. ecc. Nelle provincie napoletane la legge organica del contenzioso amministrativo del 21 marzo 1817 contempla tutte le controversie direttamente o indirettamente interessanti l'amministrazione pubblica, e così: acque, strade, lavori pubblici, beni dello Stato, *dei Comuni* e degli stabilimenti pubblici, e loro contabilità, navigazione, prede, diritti civili. Ed eguali attribuzioni ebbero i giudici del contenzioso amministrativo secondo le leggi di altri Stati d'Italia che torna inutile l'accennare.

Se ciò poi non bastasse a confutazione di tale argomento, si leggano le discussioni seguite nel maggio e giugno 1864 alla Camera dei deputati e svanirà qualsiasi dubbio che col nome di amministrazioni pubbliche non si siano voluti comprendere anche i Comuni e le Provincie.

7. Se in prima istanza, discusso un incidente col merito, il tribunale respingendo l'incidente pronuncerà sentenza definitiva, come appellerà davanti alla Corte colui che aveva promossa l'istanza incidentale?

Sostenni nel commento all'art. 181 (pag. 209 e seg.) che, nonostante la rimessione ad udienza fissa dell'incidente assieme al merito, il procedimento non si cangia punto da formale in sommario riguardo al merito. Ho detto di più che in appello deve osservarsi lo stesso rito adottato in prima istanza. Da ciò traggo come legittima e necessaria conseguenza che nel caso proposto l'appellazione debba farsi col procedimento formale. Rigettata la domanda incidentale, vien meno il procedimento relativo, e dovendosi appellare contro una sentenza definitiva pronunciata in causa formale, non credo sia da porre in dubbio che anche davanti la Corte abbiasi da seguire il rito ordinario.

L'appellante potrà insistere nella domanda incidentale, ovvero abbandonarla e in tal caso proporre un'altra, o, se crede completa l'istruzione, provocare senz'altro la decisione definitiva iscrivendo appena lo può la causa a ruolo. Ma in ambidue i primi casi dovrà seguire le norme tracciate dall'art. 181: appigliarsi al procedimento incidentale. L'incidente sollevato in prima istanza, per la definizione della causa in merito è come non avvenuto, e perciò, se credasi tuttavia necessario, farà d'uopo valersi del disposto dell'art. 490 e formularlo *ex novo*. Nè si dica che il più delle volte l'appellante non avrà altro intento che di far ammettere la prova respinta dai primi giudici, di far riformare la loro sentenza in quanto riflette la questione incidentale, poichè ciò non esclude che, la sentenza appellata essendo definitiva, la Corte investita della cognizione del merito possa deciderlo senz'altro. Se giova quindi all'appellato di dare alla causa quello sviluppo che crede necessario a tutela del proprio interesse, anche all'appellante conviene di preparare una difesa subordinata pel caso in cui l'incidente sia rigettato anche dai secondi giudici.

L'inconveniente di un soverchio ritardo è poi facilmente ovviato facendo al consigliere delegato l'istanza della rimessione davanti al collegio per la discussione dell'incidente e anche del merito. — *Conforme*: Biagi, *Mon. Trib.*, XI, 1068.

390. Nei procedimenti sommari la causa è iscritta sul ruolo di spedizione prima di essere portata all'udienza.

Nella stessa udienza i procuratori consegnano al cancelliere i mandati per originale o per copia, e gli atti di dichiarazione di residenza o di dichiarazione o elezione di domicilio delle parti, in conformità degli articoli 158 n. 2, e 159 n. 2, e si comunicano per copia le comparse conclusionali.

Il fatto della causa è esposto dal difensore dell'attore; osservato nel resto il disposto dal capoverso dell'articolo 349.

Finita la discussione, i procuratori devono consegnare tutti gli atti della causa al cancelliere, a norma dell'articolo 352; il cancelliere appone la sua firma immediatamente sulle comparse conclusionali, e fa menzione delle postille che vi siano aggiunte.

1. Nei procedimenti sommari non v'ha procedimento separato sugli incidenti, ma questi devono discutersi contestualmente col merito e risolversi nel giudizio su questo. — *Appello Palermo*, 6 aprile 1866. *Orlando-Cataliotti. Legge*, VI, 561.

2. La regola generale di cui all'art. 392 non rende applicabile al processo sommario la disposizione dell'art. 176 concernente il processo formale, dacchè rispetto alle conclusioni il processo sommario ha la sua norma nell'art. 390. — *Cass. Firenze*, 18 luglio 1866. *Mughetti-Verni. Legge*, VI, 905.

3. La costituzione di procuratore avviene mediante il deposito che esso fa del mandato in cancelleria, nè può ritenersi implicita per l'attore nella dichiarazione ch'esso deve dare del proprio nell'atto di citazione. Epperò nel procedimento sommario la mancanza del deposito del mandato all'udienza fa sì che la parte debba ritenersi contumace, e che possa quindi approfittare del disposto degli articoli 386 C. p. c., 232 reg. giud. — *Appello Milano*, 7 febbraio 1867. *Bossi-Arrigoni. Bettini*, XIX, 57.

4. Nemmeno nelle cause con procedimento sommario è permesso alle parti proporre nuove istanze dopo la discussione.

I giudici non devono esaminare una domanda aggiunta per postilla alla comparsa conclusionale, se il cancelliere nello apporvi la sua firma non abbia fatto menzione di quella postilla. — *Cass. Napoli*, 15 febbraio 1868. *Municipio D'Afragola-Di Gennaro. Annali*, III, 132.

5. L'art. 229, capoverso ultimo del reg. giud., il quale prescrive che tre giorni prima della discussione i procuratori delle parti chiedano al presidente la unione di due cause connesse promosse innanzi al medesimo tribunale, si riferisce soltanto alle cause *formali* già pendenti per seguita costituzione di procuratori, e non è punto applicabile alle cause *sommari*, nelle quali tutto il procedimento si compie all'udienza. — *Appello Brescia*, 4 marzo 1868. *Fontanella-Ceriali. Annali*, II, 298.

6. Quando l'udienza fissa, determinata nell'atto di citazione in via sommaria, cada in giorno destinato alla trattativa delle sole cause a procedimento formale, la sezione del tribunale o della corte sedente in quel giorno può ritenere la causa, se essa sia pur designata alla trattativa delle cause sommarie, e il convenuto o appellato vi aderisca.

L'adesione del convenuto o appellato si desume dal fatto di aver egli fatto iscrivere la causa sul ruolo generale delle cause e su quello particolare d'udienza di quella sezione.

Ritenuta legalmente la causa, il presidente della sezione può rinviarla alla prossima udienza, destinata per la trattazione delle cause sommarie; nè importa che nel tempo intermedio segga altra sezione destinata a conoscere delle cause sommarie. — *Cass. Torino*, 29 aprile 1868. *Terzi-Ministero Interno. Annali*, II, 114.

7. Nelle cause a udienza fissa gli incidenti possono regolarmente elevarsi all'udienza medesima, e il tribunale può giudicare sull'incidente e sul merito, quantunque una delle parti siasi limitata a concludere per l'accoglienza dell'incidente. — *Appello Torino*, 26 maggio 1868. *Compagnia Canale Cavour-Finanze. Annali*, II, 124.

8. Per la comunicazione dei documenti nel rito sommario devono applicarsi le norme sancite pel formale. — *Appello Napoli*, 19 giugno 1868. *Santellia-Lupoli. Bettini*, XX, 560.

9. Quando l'attore abbia per la prima volta in giudizio sommario esibiti dei documenti all'udienza, è giusto che se ne ordini la comunicazione per cancelleria al convenuto acciò possa difendersi. — *Appello Napoli*, 1 luglio 1868. *Capone li. cc.-Careli. Bettini*, XX, 594.

10. Nei giudizi sommari gli atti ed i documenti sono a ritenersi comunicati quando consti che formarono parte dei volumi consegnati al cancelliere nell'udienza in cui fu discussa la causa. — *Appello Aquila*, 5 marzo 1869. *Frezza ll. cc.—Betti ll. cc. Annali*, III, 9.

11. Le deduzioni fatte nella comparsa conclusionale non eccitano la giurisdizione, nè obbligano il giudice a rispondere se non sono articolate in forma di conclusioni speciali. — *Cass. Firenze*, 17 giugno 1870. *Conforti—Martinucci. Legge*, X, 629.

12. Nel giudizio sommario l'esecuzione provvisoria della sentenza non domandata nell'atto di citazione può chiedersi all'udienza colla comparsa conclusionale, quantunque il convenuto sia contumace. — *Appello Lucca*, 5 settembre 1870. *Dumas—Aubonet. Gazz. del Proc.*, V, n. 50.

13. Nella comparsa conclusionale non possono contenersi nuove deduzioni per le quali si mutino sostanzialmente le basi del giudizio precedentemente istituito. — *Cass. Napoli*, 1 ottobre 1872. *Galasso—Capozzi. Gior. dei Trib.*, III, n. 62.

14. Il convenuto in via sommaria può nel giorno fissato per la causa farla iscrivere a ruolo comunque il presidente permettendo all'attore la citazione con termini abbreviati gli abbia imposto l'obbligo di procedere all'iscrizione un giorno prima.

È valida quindi la sentenza proferita in contumacia dell'attore. — *Cass. Napoli*, 14 novembre 1872. *Paparella—Mugner. Gior. dei Trib.*, I, 2.

15. Nei procedimenti sommari i limiti del giudizio sono determinati esclusivamente dalle specifiche conclusionali formulate dalle parti nelle rispettive comparse conclusionali lette all'udienza. — *Appello Venezia*, 11 marzo 1873. *Malapelle—Guironon. Legge*, XIII, 360.

16. Nei giudizi con rito sommario è permesso all'attore di variare le conclusioni e proporre nuove istanze, semprechè rimanga salvo l'oggetto della domanda compreso nel libello introduttivo e non rendasi illusorio il giudizio per esso intentato col precludersi al magistrato la via di pronunciare in base al libello medesimo. — *Appello Roma*, 23 marzo 1873. *Ferrovie Romane—Ministero dei Lavori Pubblici. Gior. dei Trib.*, II, n. 264.

17. Malgrado che una parte abbia chiesto all'udienza dei rinvii, essa è a dirsi contumace se non comparisca all'udienza nella quale l'altra parte ha discussa la causa. Infatti chi chiede il rinvio non è obbligato a depositare gli atti di cui è parola nell'art. 390 e però non si può tener presente in giudizio chi non è tale considerato dalla legge. — *Cass. Napoli*, 21 giugno 1873. *Dal Donno—Garzia. Mon. Giud.*, II, 783.

18. A procedimento sommario non può una parte chiedere la comunicazione dei documenti per mezzo della cancelleria. — *Cass. Palermo*, 12 luglio 1873. *Ricevitore di Trapani—Congregazione di Monte S. Giuliano. Mon. Giud.*, III, 367. — *Cass. Napoli*, 28 marzo 1867. *Fischietti—Fischietti. Legge*, VII, 888.

19. Nel caso in cui la causa, trattandosi di procedimento a udienza fissa, venga rimandata ad altra udienza, è solo in questa che le parti devono comunicarsi le comparse conclusionali e consegnare al cancelliere gli atti della causa.

Lo stesso principio vale anche nelle cause in sede d'appello. — *Cass. Torino*, 11 settembre 1873. *Burlando—Comune di Struppa. Mon. Trib.*, XIV, 947.

20. Trattandosi di causa a procedimento sommario, il Pubblico Ministero può dare all'udienza stessa in cui viene spedita la causa le sue conclusioni, e per conseguenza può in questa variare quelle che per avventura

avesse prese precedentemente. — *Cass. Torino, 17 ottobre 1873. Seguini—Pubblico Ministero. Legge, XIV, 249.*

21. Nei giudizi a procedimento sommario la contumacia di una parte è determinata esclusivamente dalla mancata comparizione all'udienza giacchè è a questo punto che nasce la costituzione dei procuratori colla consegna degli atti al cancelliere.

La domanda della parte comparsa per la dichiarazione di contumacia dell'altra parte non comparsa, è essenzialmente implicita nella istanza per procedere oltre alla discussione della causa ed assecondata dal provvedimento del tribunale che ammise la spedizione della causa.

E pertanto non sono necessarie apposite conclusioni scritte per la contumacia perchè questa abbia ad essere dichiarata in confronto dei non comparsi. — *Appello Venezia, 31 ottobre 1873. Zanella—Facchinetti. Gior. dei Trib., III, n. 22.*

22. Nei giudizi a procedimento sommario non possono i giudici tener conto di una appendice alla comparsa conclusionale proposta dopo chiusa l'udienza, quando il Pubblico Ministero non abbia presentate le sue conclusioni all'udienza. — *Appello Venezia, 4 novembre 1873. Selvatico—Camerini. Legge, XIV, 158.*

23. Nei giudizi sommari è lecito alla parte di variare le conclusioni all'udienza, purchè nulla si muti rapporto al genere dell'azione intentata, od al titolo sul quale essa si fonda. — *Cass. Torino, 17 aprile 1874. Comune di Camogli—Chichero. Annali, VIII, 254.*

24. Le postille aggiunte in una comparsa conclusionale comunque approvate dal visto del cancelliere si hanno per non scritte se non siano comunicate alle altre parti. — *Cass. Firenze, 26 marzo 1874. Cavalletti—Antonelli. Gior. dei Trib., III, 204.*

25. Quantunque nei procedimenti sommari possano all'udienza modificarsi le conclusioni spiegate nella citazione, questa facoltà non può essere estesa fino a permettere che all'udienza si sorprenda la difesa dell'avversario con un'azione basata sopra un ordine di idee e di fatti essenzialmente diverso. — *Appello Bologna, 31 agosto 1874. Fiorini—Borsetti. Gior. delle Leggi, VI, n. 9.*

26. La domanda espressa in una postilla alla comparsa conclusionale che non sia certificata dal cancelliere, non può essere oggetto di esame da parte del magistrato. Perciò i documenti prodotti a cui si riferisce la postilla medesima, rimangono stranieri alla causa. — *Cass. Firenze, 1 marzo 1875. Mariani—Panzeri. Legge, XV, n. 13.*

27. Le note, che le parti hanno facoltà di trasmettere al presidente dopo chiusa la discussione della causa, non possono contenere che semplici schiarimenti. — *Appello Venezia, 8 aprile 1875. Saggiotti—Porto. Mon. Giud., IV, 368.*

1. Secondo Borsari (*Comm. I, 122*) l'iscrizione a ruolo dovrebbe notificarsi anche nelle cause sommarie. Io sono convinto però che codesta opinione dell'illustre autore non abbia fondamento nella legge, e sia assolutamente inapplicabile. Basta dire che l'articolo non fa parola di notificazione; che questa non avrebbe scopo, mentre nelle cause formali serve a far decorrere il termine di giorni 15 di cui l'articolo 174; che non potrebbe eseguirsi se non in persona del convenuto, non essendo prima dell'udienza avvenuta la costituzione dei procuratori, mentre vedemmo più volte come la iscrizione a ruolo non si notifici che da procuratore a procuratore; che mancherebbe spesso il tempo per procedere alla notificazione sia per la prossimità della udienza, che per la facoltà di operare l'iscrizione il giorno avanti la medesima e, quando il presidente lo permetta, nel giorno stesso in cui essa scade; che finalmente

l'articolo 216 del reg. giud., mentre dispone pella notificazione dell'iscrizione a ruolo delle cause formali, nulla provvede per quella delle sommarie e quindi implicitamente ma assai chiaramente la esclude.

2. L'articolo 212 del reg. giud. (modificato coi due precedenti dal Regio Decreto 8 giugno 1868 n. 4424) stabilisce che le cause a udienza fissa sono trattate davanti la sezione o le sezioni che, secondo le esigenze del servizio, sono designate ogni semestre dal presidente; che la distribuzione delle cause fra più sezioni è pur fatta dal presidente sulla presentazione degli atti della causa iniziata e del libro delle registrazioni; che il deposito per la registrazione prescritta dall'art. 199 del regolamento stesso deve farsi *uno o due giorni* prima dell'udienza fissata per la comparizione, secondo che sarà stabilito ogni semestre con decreto del presidente, salvo il caso di citazione con abbreviazione di termini, nel quale la sezione viene designata col decreto che permette la citazione a breve termine.

Secondo l'art. 214 del regolamento medesimo l'iscrizione nel ruolo generale di spedizione tien dietro immediatamente alla annotazione della causa nel libro delle registrazioni, e perciò coordinando l'art. 212 coll'art. 214 si rileva che l'iscrizione a ruolo dev'essere chiesta dal procuratore più diligente *uno o due giorni* prima dell'udienza, secondo la disposizione del presidente, e che di tutte le registrazioni volute dal suaccennato art. 199 non si possono eseguire se non quelle che si possono trarre dalla nota che il procuratore iscrivente deve presentare al cancelliere a sensi dell'art. 215 del reg. giud.

Siccome poi il termine per la presentazione della citazione e quindi per la domanda d'iscrizione a ruolo fu imposto acciò il presidente possa designare la sezione che dovrà conoscere della causa, così non fa d'uopo di osservarlo nel caso di citazione con abbreviazione di termine, essendo la sezione già stata stabilita dal presidente nel decreto appiedato alla citazione. In questo caso l'iscrizione dovrà farsi, ma basterà sia richiesta nel giorno stesso dell'udienza.

Per questi motivi mi sembra, che il presidente possa autorizzare la iscrizione a ruolo anche se chiesta fuori di termine. Sarebbe giustificata, ad esempio, la eccezione nel caso che chi domanda l'iscrizione fosse il convenuto o appellato, poichè questi hanno tutta la ragione di fidarsi nella diligenza del loro avversari maggiormente interessati alla spedizione della causa, ed in ogni modo non sono imputabili se si presentarono a riparare alla negligenza un giorno solo prima dell'udienza.

3. Se alla udienza fissata nella citazione non compare nè l'attore nè il convenuto, la causa sarà cancellata dal ruolo, nè può esservi reinscritta, a tenore degli articoli 252, 253 reg. gen. giud., dettati pel procedimento formale, ma si deve rinnovare la citazione. — *Conforme: Scotti, Monogr. sugli art. 158, 159 ecc., p. 9.*

4. Da quanto, col suffragio dell'esimio avvocato Scotti, ho detto all'articolo 37 (nota n. 2) sulle modificazioni alla domanda di citazione permesse nel corso del giudizio, mi è lecito dedurre che nella comparsa conclusionale a rito sommario è permesso fare quante aggiunte o variazioni si vogliono alle conclusioni primitive, purchè non si muti radicalmente nè la sostanza nè il genere dell'azione. Infatti, nel procedimento sommario, l'istruttoria facendosi all'udienza, è la conclusionale la sola scrittura nella quale si sviluppano dalle parti le ragioni rispettive, si compendia tutto quello che nelle cause formali si doveva dichiarare ed esporre nelle comparse precedenti la conclusionale, che nel rito ordinario non ha che lo scopo di riassumere le risultanze dell'istruttoria precorsa.

5. Non può contestarsi nemmeno che nella stessa conclusionale, all'udienza, sia pure in via di postilla, hanno da proporsi le domande incidentali nel rito sommario, e perciò non sono procedibili quelle avanzate col rito dell'articolo 181. Vedi su questo argomento il commento all'art. 181, nota 7, p. 239.

6. Quando si vogliano abbinare due cause sommarie connesse è forse necessario di farne istanza tre giorni prima dell'udienza al presidente, come è disposto dall'art. 229 del reg. gen. giud.?

Non lo credo. Basta leggere l'art. 229 del reg. per convincersi tosto che desso non riguarda che le cause formali. Infatti la iscrizione a ruolo di

cui vi si parla è indubbiamente quella che nel procedimento ordinario chiude l'istruzione. Di più si richiede la comparizione dei procuratori delle parti davanti al presidente, mentre la costituzione dei medesimi nelle cause sommarie non si effettua che all'udienza.

7. Per la dichiarazione di contumacia nelle cause sommarie dispone l'articolo 230 del reg. giud. che è del seguente tenore:

« Nei giudizi a udienza fissa la parte che vuol far dichiarare la contumacia dell'altra parte, deve giustificare all'udienza di aver adempiuto alle prescrizioni degli art. 134, 154 e 390 del Codice di procedura.

« Trascorsa un'ora dall'apertura dell'udienza, l'uscieri chiama se vi sia chi rappresenti la parte non comparsa; non essendovi chi risponda alla chiamata, il tribunale dà atto alla parte comparsa della contumacia della parte contraria, facendone constare dal processo verbale d'udienza ». (Vedi il commento agli articoli 338 nota 11 e 333 nota 5).

Siccome poi la costituzione di procuratore consiste nel deposito del mandato al cancelliere, così è da riguardarsi contumace anche colui che comparisce all'udienza in causa civile senza che lo assista un procuratore munito di regolare mandato come è prescritto dall'art. 48. Il semplice incarico dato oralmente dalla parte all'udienza al suo procuratore, non deve ritenersi efficace a costituire il vincolo giuridico fra il cliente ed il mandatario nè ad accertare la ferma volontà della parte di eleggere il procuratore prima nominato.

8. Permesse le variazioni e modificazioni alle conclusioni, è chiaro che deve pure concedersi la facoltà di aggiungere alla conclusionale già preordinata, delle postille. Se queste però contengano vere conclusioni o domande, pel principio di giustizia che esige la libertà della difesa, devono essere comunicate tosto all'avversario e trascritte nella copia della comparsa che a lui si consegna, e ciò sotto pena che il tribunale non tenga alcun conto delle domande formulate in via di postilla. Quando invece le postille non contengono che semplici note o schiarimenti alla discussione, allora siamo nel caso dell'art. 259 del reg. gen. giud., il quale ne permette la trasmissione immediata al solo presidente allo scopo che egli ne dia lettura al tribunale all'aprirsi della deliberazione segreta. — *Conforme*: Saredo, *Istit. n. 676*.

9. Vedi il commento all'art. 348 (nota n. 2), sulla precedenza nella chiamata delle cause all'udienza.

10. Sebbene questo articolo non accenni espressamente al modo in cui si debba fare la comunicazione dei documenti, pure non può dubitarsi che essa avvenga nel modo istesso della comunicazione dei mandati, giacchè l'istruzione della causa si compie all'udienza. E tuttavia salvo il diritto alla parte, alla quale la comunicazione vien fatta, di chiedere un rinvio per deliberare sui documenti qualora l'importanza e la novità dei medesimi siano tali che altrimenti la difesa sarebbe gravemente pregiudicata. In questo caso io sono d'avviso che i documenti debbano essere da chi ne fa la comunicazione rilasciati per alcuni giorni all'avversario, ove questi ne faccia istanza, giacchè altrimenti tornerebbe pressochè inutile il rinvio, non potendo il procuratore interpellare all'udienza il proprio cliente sul contenuto e sulla validità dei documenti medesimi.

Perciò, qualora si accolga l'istanza, la comunicazione dei documenti è fatta a mezzo della cancelleria ed annotata nel libro delle registrazioni (articolo 199 reg. giud.).

11. Questo articolo riportandosi all'art. 352 ordina che finita la discussione i fascicoli della causa si passino al cancelliere e che se uno dei procuratori ometta di consegnare gli atti, la causa sia giudicata su quelli dell'altra parte. È innegabile che se fosse possibile di osservare rigorosamente quanto prescrivono gli art. 352 e 390, se appena chiusa la discussione si rimettessero al cancelliere i fascicoli, le parti sarebbero assai meglio garantite, non dico contro le alterazioni delle conclusioni, poichè la copia comunicata serve di controllo, ma contro l'unione nel fascicolo di documenti non conosciuti. — Basta però aver veduto nella pratica il procedimento sommario per essere persuasi che, per quanto utile, la consegna dei fascicoli all'udienza è quasi

sempre impossibile, e le ragioni si conoscono troppo perch'io debba enumerarle. Or si domanda, se prima che l'udienza si chiuda uno dei procuratori non avesse rimesso al cancelliere il proprio fascicolo quale conseguenza potrebbe derivarne? Sarebbe lecito al presidente di rifiutarsi a riceverlo poi, sebbene avanti che la causa sia portata in deliberazione? Io non lo credo; il capoverso dell'art. 352 ordina che la causa sia decisa sui documenti prodotti da una parte soltanto, quando l'altra ometta di consegnare i propri, ma non già quando si verifichi un semplice ritardo nella consegna. Il procuratore negligente potrà essere punito colla multa comminata dall'art. 352, ma se la causa non venne ancora decisa, se la deliberazione secreta non venne presa, il fascicolo dovrebbe tuttavia essere ricevuto.

12. È noto come in seguito ai lamenti da tutte le parti sollevati contro i difetti del procedimento sommario, disciplinato unicamente dal presente articolo, parecchie proposte si sono fatte allo scopo di meglio assicurare la difesa delle parti senza diminuire di molto la celerità del giudizio. Il desiderio della riforma che veniva via via manifestandosi da tutti i giornali di giurisprudenza fu concretato dapprima dal Congresso giuridico tenutosi in Roma nel dicembre 1872 colla seguente deliberazione: « Il Congresso riconosce la necessità che sia introdotto nel procedimento sommario un termine dentro il quale le parti debbano comunicarsi per mezzo della cancelleria i documenti e le conclusioni avanti al giorno della discussione ». Successivamente l'onorevole Morrone, davanti la Camera dei deputati, credè di farsi l'eco del voto concorde di riforma, proponendo che all'articolo 390 si dicesse che: « Se la causa è rimandata ad altra udienza, la parte che intende fare aggiunzioni, variazioni o modificazioni in qualunque forma, alla sua comparsa conclusoria, deve notificarle all'altra parte almeno 3 giorni prima della nuova udienza, ed offrire comunicazione dei documenti ». Sebbene per dichiarazione dello stesso ministro Vigliani questo progetto non sembrasse sufficiente a rimediare alle imperfezioni dell'attuale rito sommario, pure, tanto per affermare la necessità della riforma, la Camera nella seduta del 18 maggio 1875 deliberò di prenderlo in considerazione. Il ministro però, non appagandosi di ciò, promosse uno studio accurato sull'importante argomento colla circolare 6 luglio 1875 diretta ai magistrati del Regno, nella quale così dimostra l'urgenza della reclamata riforma: « Il difetto principale che giustamente si rimprovera al sistema attuale di procedimento sommario è che per esso le parti giungono all'udienza e devono sostenere la discussione della causa senza una preparazione sufficiente, la quale metta ciascuna di esse in grado di far valere tutti i suoi mezzi e di adoperare tutte le armi che le competono per combattere i mezzi e le armi della parte avversa. Ed invero le parti non conoscono dell'oggetto del giudizio, che quel tanto che risulta dall'atto di citazione; non conoscono che all'udienza stessa quali siano le rispettive conclusioni, e quali documenti e le deduzioni su cui o le dimande o le eccezioni sono fondate. Non essendo il più delle volte possibile il fare all'udienza stessa un ponderato esame delle produzioni e delle deduzioni che ivi vengono fatte, e il contrapporvi quelle altre che la natura della causa e un esame più maturo possono suggerire, ne segue che le parti ed i giudici per evitare pericolose sorprese e giudizi immaturi e precipitati, nei quali la giustizia correrebbe frequente rischio di essere sacrificata alla celerità, sentono la necessità di chiedere e di ordinare il rinvio della causa a più lontana udienza, ed anche di ricorrere ad altri spedienti, che snaturano l'indole del giudizio sommario, e fanno perdere in tutto od in parte il beneficio della sua semplicità, speditezza ed economia ».

E pure non è questo solo l'inconveniente che tutti riconoscono nel procedimento sommario come è regolato attualmente; diversi ve ne sono e di non minore importanza. Li espone chiaramente l'esimio avvocato Norsa nel suo bellissimo scritto « *Sulla riforma al processo sommario* ». Chiunque pratici le aule giudiziarie, egli avverte, può essersi accorto come non siano rari i casi di irregolarità o di insufficienza delle procure, prodotte soltanto all'udienza e delle quali difficilmente un procuratore chiede all'altro la visione per la giustificazione, pur tanto necessaria, delle rappresentanze. Quanto ai documenti non è raro il caso (e la mia esperienza mi autorizza

anzi a dire che è frequentissimo) che chi li produce, nel calore della discussione, dimentichi o trascuri di farne esplicita comunicazione all'avversario, il quale perciò rimane, senza colpa, indifeso.

Lo stesso avv. Norsa, a ragione, rigettò la modificazione proposta dal Morrone poichè assolutamente insufficiente prescrivendo la comunicazione della conclusionale e dei documenti prima della discussione nel solo caso in cui la causa sia rinviata ad altra udienza, e non accolse nemmeno la deliberazione presa dal Congresso giuridico non ritenendo necessaria nè opportuna la comunicazione preventiva oltrechè dei documenti anche della comparsa conclusionale, perchè la vera conclusionale non può farsi se prima non sianzi vedute le produzioni avversarie. Perciò egli vorrebbe che fosse adottata una riforma più estesa ed utile, che formula così:

1. L'attore nei tre giorni successivi alla citazione deve depositare in cancelleria gli atti e documenti indicati dall'art. 158. Ed il convenuto deve almeno tre giorni prima dell'udienza eseguire il deposito voluto dall'art. 159 e notificare la risposta colle proprie dimande. Salvo se più sono i convenuti e fosse impossibile per la ristrettezza del termine che ciascuno di essi trattenesse i documenti almeno 5 giorni, di far rinviare l'udienza perchè la comunicazione abbia a compiersi.

2. Non potrà iscriversi la causa a ruolo se non fu ottemperato dall'istante all'articolo precedente, e la parte negligente sarà considerata contumace. Se però comparisse all'udienza, l'avversario avrà diritto o di discutere o di fare rinviare la causa, previa rifusione immediata delle spese derivanti dal ritardo.

3. All'udienza avverrà lo scambio delle conclusionali assieme alla nota dei documenti allegati.

4. Se una parte produce nuovi documenti o faccia nuove domande, l'altra se non voglia discutere, avrà diritto di chiedere il rinvio della causa e di ottenere comunicazione dei documenti all'udienza, ovvero nel termine di tre giorni con deposito dei medesimi in cancelleria.

5. Le spese derivanti dai rinvii delle udienze di cui l'una delle parti chiederà la rifusione, saranno liquidate nella stessa udienza dall'autorità giudiziaria, se troverà giusto di ingiungerne il rimborso alla controparte, con ordinanza immediatamente esecutiva pronunciata in presenza dei procuratori.

6. Se per legge o per autorizzazione presidenziale, il termine a comparire non fosse maggiore di 5 giorni, la produzione dei documenti si farà all'udienza.

7. Dopo la relazione del fatto i procuratori delle parti consegnano al cancelliere copia della nota dei documenti prodotti. Però può il presidente nominare un giudice e rinviare l'udienza, ordinando il deposito degli atti e documenti. Il cancelliere, ricevuti i fascicoli dopo finita la discussione, verifica l'esattezza dei documenti uniti e firma la conclusionale colle postille.

Io faccio plauso al progetto Norsa, e mi auguro che, salva qualche modificazione nel dettaglio, sia sollecitamente attuato.

391. Quantunque il giudizio sia cominciato con procedimento sommario, il tribunale o la corte può ordinare che sia proseguito in via formale, se così richiedano la natura o le particolari condizioni della causa. Nel caso di consenso delle parti ciò può ordinarsi dal presidente.

La presente disposizione è applicabile anche quando il procedimento sommario sia prescritto da leggi speciali.

1. Se la legge tacque sullo scambio del procedimento formale in sommario si fu perchè la scelta da parte dell'attore del procedimento formale doveva ritenersi come un beneficio pel convenuto. Del resto se questi à

Art. 443 c. p. c.; 93, 115
Tariffa civ.

urgenza può chiedere lo scambio del procedimento. — *Appello Brescia*, 3 luglio 1867. *Tebaldini—Avanzi. Mon. Trib.*, IX, 102.

Implicitamente anche la *Cassazione di Firenze*, 4 luglio 1867. *Lippi ne' Mazza—Cassa Risp. di Firenze. Mon. Trib.* VIII, 675.

2. L'attore o appellante che ha prescelto il procedimento sommario non può pretendere di trasmutarlo in formale, se l'altra parte non vi consenta. — *Appello Napoli*, 2 agosto 1867. *Grillet—Blanc. Annali*, II, 121.

3. Per convertire in sommario il procedimento cominciato in via formale non basta chiederne autorizzazione al presidente a termini dell'art. 154, che contempla il caso che la causa non sia ancora cominciata, ma convien procedere colle forme degli incidenti. — *Appello Firenze*, 24 dicembre 1867. *Paris—Gigli. Annali*, II, 210.

4. La legge non permette di trasformare in sommario un procedimento che si sia iniziato in via formale. — *Appello Milano*, 7 agosto 1868. *Mogugliani—Sanguinetti. Mon. Trib.*, IX, 981.

5. I giudici rinviando una lite dal procedimento sommario al formale devono contemporaneamente giudicare la propria competenza ove sulla medesima si sia elevata contestazione. — *Cass. Napoli*, 2 settembre 1868. *Torcia—Marimola. Annali*, II, 325.

6. Iniziato un giudizio con procedimento sommario e proseguito nel modo stesso per accordo delle parti, non è in facoltà di una di esse di portarlo a termine col rito formale. — *Appello Napoli*, 18 gennaio 1869. *Guadagno—Lembo. Bettini*, XXI, 22.

7. Lo scambio del procedimento da sommario in formale è autorizzato per le cause d'indagine molto complicata e involuta nel fatto non per le difficoltà che possa presentare l'interpretazione della legge o dei documenti.

Il giudizio se si verifichi motivo per accordare tale scambio è di mero apprezzamento del giudice, e nel caso ch'egli lo negasse e pronunciasse nel merito non vi è altro rimedio che quello di istituire a rito formale il giudizio d'appello o d'invocare dal magistrato d'appello lo scambio in formale del già istituito procedimento sommario, ma in niun caso si potrebbe annullare per quel motivo il pronunciato di prima istanza. — *Appello Brescia*, 9 giugno 1869. *Trecchi—Trecchi. Bettini*, XXI, 397.

8. Lo scambio del procedimento deve essere chiesto col rito degli incidenti. — *App. Firenze*, 21 marzo 1870. *Chiti—Ani. Annali*, IV, 458. — *Appello Firenze*, 28 agosto 1871. *Melani—Min. R. Casa. Annali*, V, 603.

9. L'autorità giudiziaria non può convertire in sommario un procedimento formale già scelto d'accordo dalle parti; può soltanto cangiare in formale il rito sommario. — *Appello Napoli*, 20 marzo 1871. *Di Matteo—Giannesino. Gazz. del Proc.*, V, 131.

10. Autorizzatosi dal presidente il procedimento sommario, se il convenuto comparso all'udienza insta pregiudizialmente per la prosecuzione della causa in via formale, e si ricusa di entrare nel merito, il tribunale deve risolvere anzitutto questa preliminare eccezione, sia mediante provvedimento istantaneo, sia mediante sentenza preparatoria da emanarsi sul punto limitato della forma del procedimento. — *Appello Brescia*, 2 ottobre 1872. *Redaelli—Redaelli. Mon. Trib.*, XIV, 170.

11. Anche nelle cause che per legge devono trattarsi col procedimento sommario il tribunale può ordinare che siano proseguite col rito formale, — *Appello Venezia*, 6 maggio 1873. *Comune di S. Donà—N. Annali*, VII, 596.

12. Per determinare se il tribunale di prima istanza abbia rettamente usato della facoltà ad esso attribuita dalla legge di rimettere a rito formale una causa iniziata a processo sommario, il giudizio d'appello deve

aver riguardo allo stato della causa nel giorno in cui venne sottoposta alla decisione dei primi giudici. Se in una causa sommaria occorra più ampia istruzione torna preferibile rimetterla a processo formale, piuttostochè rinviarla ad altra udienza per una ulteriore e più ampia trattazione, il quale secondo espediente non è espressamente previsto dalla legge, ma solo introdotto dalla giurisprudenza. — *Appello Venezia, 4 novembre 1873. Selvatico—Camerini. Gior. dei Trib. III, 72.*

1. È ammissibile anche il cangiamento del rito da formale in sommario se così richiede l'indole mutata della causa. — *Conf.: Borsari, Comm. I, p. 232 - Saredo, Istit. n. 678 - Mattei, Annotaz.*

2. Ma come si domanda il tramutamento del rito? Io credo che si debba chiedere nella via degli incidenti. Infatti se l'art. 154 permette di ricorrere al presidente, *in audita altera parte*, per l'abbreviazione dei termini o l'autorizzazione della citazione a udienza fissa, evidentemente prevede il solo caso che l'istanza sia fatta prima della citazione introduttiva della causa. Del resto, se sia mestieri di far abbreviare i termini in corso di causa, l'art. 172 prescrive che si senta prima l'avversario e lo si citi davanti il presidente; e lo stesso art. 391 per la sostituzione del rito formale al sommario richiede l'interpello di tutte le parti. Finalmente è noto che qualunque provvedimento relativo all'istruzione della lite, dev'essere ottenuto, nel procedimento formale, colle norme degli incidenti. — *Conf.: Saredo, Istit. n. 678.*

3. In caso di disaccordo delle parti sulla qualità del procedimento da seguire dev'essere pronunciata una sentenza. — *Borsari, Comm. I, p. 245 - Scotti, Mon. Trib., IX, n. 97.*

392. Nelle parti non espressamente regolate dal presente capo il procedimento sommario prende norma dalle disposizioni del capo precedente, per quanto siano applicabili.

Art. 158 seg., 410, 414, 447, 464 c. p. c.; 230 reg. giud.

CAPO III.

Del procedimento formale davanti i Tribunali di commercio.

393. L'attore deve nell'atto di citazione eleggere domicilio nel comune in cui ha sede l'autorità giudiziaria davanti la quale si deve comparire, con indicazione della persona o dell'ufficio presso cui si fa l'elezione. Se l'attore abbia domicilio nel detto comune può invece dichiarare la casa in cui ha il domicilio stesso.

Art. 134, 158, 407 c. p. c.; 723 seg. cod. comm.; 199 reg. giud.; 90 Tariffa civ.

Prima che scada il termine stabilito dall'atto di citazione, l'attore deve depositare nella cancelleria i documenti prodotti in sostegno della domanda.

1. Leggesi nella *Relazione* Pisanelli:

« Tolta la necessità della rappresentanza legale davanti i tribunali di commercio, occorreva determinare il luogo in cui potessero farsi le notificazioni dei successivi atti di procedura, imperocchè ne sarebbero avvenuti incomportabili ritardi e spese, ove le notificazioni si fossero dovute eseguire personalmente alle parti, massime quando le medesime avessero il domicilio, la residenza o la dimora in un luogo distante dalla sede del giudizio.

Quindi, come l'attore nell'atto di citazione, così il convenuto, nell'atto della sua prima comparizione, deve eleggere un domicilio nel comune in cui siede il tribunale di commercio; ove le parti abbiano il domicilio o la residenza nello stesso comune, potranno invece dichiarare la casa in cui tengono l'uno o l'altra. In difetto di tale elezione o dichiarazione, e finchè la medesima non sia stata fatta, tutte le intimazioni e notificazioni, compresa quella della sentenza definitiva, si potranno eseguire alla cancelleria del tribunale ».

2. Dalle ultime parole del brano della relazione Pisanelli qui citato mi pare risulti evidente che la mancanza di elezione o dichiarazione di domicilio o di residenza non porta la nullità della citazione, ma solo fa incorrere nella comminatoria dell'art. 396. — *Conformi*: Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. DLXXXVI, *Comm. Cod. It. I*, p. 514 - Mattei, *Annotaz.*

Art. 159, 162, 393, 396,
197, 412 c. p. c.; 199 reg.
giud.; 90 Tariffa civ.

394. Entro giorni cinque successivi alla scadenza del termine della citazione il convenuto deve far notificare all'attore, nel domicilio da esso eletto o dichiarato in conformità dell'articolo precedente, la sua comparsa di risposta, con indicazione dei documenti prodotti, depositando nella cancelleria la copia dell'atto di citazione, e i documenti.

In questa comparsa il convenuto deve nello stesso modo eleggere o dichiarare il domicilio.

1. Anche nei procedimenti formali avanti i tribunali di commercio possono le parti comparire personalmente; epperò non può dichiararsi contumace il convenuto che nel termine a comparire notifica all'attore una comparsa da lui sottoscritta facendo in essa l'elezione di domicilio secondo gli art. 393, 394.

L'omesso deposito della copia della citazione a norma dell'art. 394 qualora anche producesse la nullità della comparsa del convenuto dovrebbe opporsi dall'attore nella sua prima comparsa; in difetto la nullità rimane sanata. — *Appello Torino*, 26 febbraio 1872. *Pellegatti—Gianotti. Giurisprudenza*, IX, p. 361,

Art. 156, 158, 159, 401,
2 c. p. c.; 199 reg. giud.,
1 seg. Tariffa civ.

395. Quando alcuna delle parti comparisca per mezzo di procuratore, questi deve nel giorno stabilito per la comparizione presentare al cancelliere il mandato, il quale può essere scritto in fine dell'originale o della copia dell'atto di citazione.

Il cancelliere ne prende nota nel registro.

1. La facoltà di scrivere il mandato nell'atto di citazione riguarda unicamente le cause che si agitano davanti i tribunali di commercio o davanti i tribunali civili che ne fanno le veci e non le cause che si trattano davanti le Corti sia pure in appello dalle sentenze dei tribunali di commercio. — *Appello Firenze*, 22 ottobre 1869. *Ammirandoli—Giovannelli, Annali*, III, 297.

2. L'eccezione ammessa sulla modalità del mandato nelle cause avanti i tribunali commerciali, non può variare la regola generale dettata per l'autenticità del medesimo.

Quindi anche scritto appiè della citazione deve sempre presentare nella firma del committente le garanzie volute dall'art. 48.

Queste garanzie non presenta un telegramma con cui alcuno avesse incaricato un procuratore di rappresentarlo in giudizio, e però in questo caso si può opporgli la deficienza di mandato e domandare l'assoluzione dall'osservanza del giudizio, nè il tribunale è in diritto di ammettere la prova per accertare la verità del mandato. — *Appello Cagliari*, 20 settembre 1870. *Melis—Patriy. Gazz. dei Trib.*, XXII, 764.

3. Anche nelle cause commerciali innanzi alla Corte è valido il mandato al procuratore scritto in fine dell'atto d'appello. — *Appello Catanzaro*, 13 aprile 1871. *Toralbo—Romeo. Annali*, VI, 62.

4. In causa commerciale il mandato speciale pel procuratore può anche essere fatto in capo, in margine o nel corpo dell'atto di citazione. — *Cass. Torino*, 19 gennaio 1872. *De Foresta—Camuzzi. Giór. delle Leggi*, III, 126.

1. Come e quando avviene la costituzione di procuratore nelle cause formali commerciali?

Non v'è dubbio, a mio avviso, che le parole di questo articolo « del giorno stabilito per la comparizione » altro non significhino se non che il termine di comparizione segnato in citazione: di conseguenza sarebbe stato più esatto il dire: « entro il termine stabilito per la comparizione ». L'opinione che il *giorno stabilito per la comparizione* sia il dì dell'udienza, oltrechè contrastare colle norme del procedimento formale, è pure rigettata dalla disposizione del capoverso dell'articolo: « il cancelliere ne prende nota nel registro ». Questo registro infatti non può essere che il libro delle registrazioni menzionato all'art. 199 del reg. gen. giud., il quale certo, come ogni altro registro, è inamovibile dalla cancelleria.

È ben vero che il Borsari nel suo *Formulario* a pag. 159 ebbe a dire che il procedimento formale commerciale si distingue dal civile anche perchè, comparando la parte per mezzo di procuratore, *basta* che il mandato sia presentato al cancelliere *nell'atto dell'udienza*, ma queste parole non possono avere quel significato che alcuni vi vogliono dare, dappoichè lo stesso cons. Borsari nel commento all'art. 395 così si esprime: « Il termine della comparizione, *segnato nella citazione*, essendo comune, se vi ha procuratore, questi nel suddetto giorno, cioè *non dopo*, presenta al cancelliere il mandato ».

L'errore nella locuzione del Codice attuale deriva poi evidentemente da ciò che vi fu seguito l'art. 528 del Codice sardo precedente senza pensare che esso dovea essere radicalmente modificato perchè, mentre prima le cause commerciali trattavansi a rito sommario, ora si adotta anche per esse ordinariamente il procedimento formale, sebbene d'indole diversa da quello delle cause civili. Difatti all'art. 528 del Codice sardo si diceva che « comparando alcuna delle parti per mezzo di procuratore, questi dovrà *nella prima udienza* far fede del suo mandato dal segretario vidimato, il quale ne prenderà nota nel *foglio d'udienza* ». E si noti che ora alle parole « foglio d'udienza » fu sostituita la parola « registro » che, come si disse, non le corrisponde.

Nelle cause commerciali adunque non occorrendo la costituzione di procuratore, il termine fissato in citazione per la comparizione non ha altro effetto che di far decorrere dall'ultimo giorno di quel termine i 5 giorni accordati dall'art. 394 al convenuto per depositare nella cancelleria la copia dell'atto di citazione e i documenti offerti in comunicazione, e per notificare tale deposito all'attore nella prima sua comparsa difensionale.

Quando però si intenda comparire a mezzo di procuratore, la presentazione del mandato si farà nel termine stabilito in citazione. Ma se la costituzione non si è fatta nel termine di comparizione, la parte prima comparsa in persona non potrà forse nominare un rappresentante nel corso del giudizio? Non saprei perchè ciò dovesse negarsi, ed anzi mi pare che il procuratore possa presentarsi per la prima volta all'udienza.

Contuttociò è indubbio che questo articolo è assai sibillino ed ha mestieri di essere ritoccato come molti altri di questo Capo.

2. Il mandato dev' essere autenticato da notaio anche quando è scritto in fine della citazione?

L'esame del Codice francese e dei Codici sardi ci darà la chiave per la soluzione del quesito. L'art. 421 del primo stabiliva: « Les parties seront tenues de comparaître en personne, ou par le ministère d'un fondé de procuration spéciale ». E sulla forma del mandato, l'art. 627 del Codice di commercio così disponeva: « Nul ne pourra plaider pour une partie devant les tribunaux de commerce, si la partie présente à l'audience ne l'autorise, ou s'il n'est muni d'un pouvoir spécial. Ce pouvoir, qui peut être donné au bas de l'original ou de la copie de l'assignation, sera exhibé au greffier avant l'appel de la cause, et par lui visé sans frais ».

L'art. 528 del Codice sardo 1854 non esigeva che la vidimazione del segretario al mandato, ma non permetteva che fosse steso in calce alla citazione. Invece, l'art. 504 del Codice 1859 non parlò della vidimazione e disse che « il mandato poteva essere conferito anche *in iscritto privato*, e disteso anche appiedi dell'originale o della copia della citazione ».

Il Codice attuale all'art. 48 prescrive che il mandato sia fatto per atto autentico o per scrittura privata, riconosciuta da notaio « salvo la legge determini altra forma ». A me pare che l'art. 395 permetta appunto un'altra forma di mandato; altri invece sostengono che il legislatore intese bensì di autorizzare la redazione della procura appiedi della citazione, ma quanto alla autenticazione delle firme nulla innovò di quanto stabilisce l'art. 48.

L'indagine storica mi sembra dia ragione a me. In Francia si è ritenuto che il mandato non fosse soggetto ad altre formalità eccezionali la *registrazione*, (Carré e Chauveau, *quest.* 1515 - Favard, *t.* 5, *p.* 713 - Thomine, *t.* 1, *n.* 468), e si giunse sino ad ammettere che fosse valido il mandato per lettera. I Codici sardi poi rendevano obbligatoria pel mandato *ad lites* la forma dell'*atto autentico*, non si accontentavano dell'autenticazione delle firme; dunque pel mandato in causa commerciale, stabilivano certamente una forma tutta speciale, ciò che si rileva ancor più chiaramente dal Codice 1859, il quale autorizzando il solo *scritto privato* in calce all'atto introduttivo della lite non fa menzione dell'intervento del notaio.

Del resto, se fosse richiesta l'autenticazione, verrebbe assolutamente a mancare lo scopo che il legislatore si è prefisso coll'eccezione di cui si discorre. Infatti colla forma speciale del mandato si mirò a rendere più celere nelle cause commerciali la costituzione in giudizio, ed ognun sa quanto alcune volte riesca difficile il rilascio del mandato a chi non dimori in luogo ove risieda un notaio. Se fosse necessaria l'autenticazione notarile non saprei perchè si fosse stabilita l'eccezione. Limitato alla facoltà di scrivere il mandato appiedi della citazione, tutto il vantaggio si ridurrebbe al risparmio di un foglio di carta, ed è assurdo immaginare che il legislatore abbia con questo fine soltanto dettata la disposizione di cui si discorre. All'invece, seguendo la interpretazione da me adottata, si raggiunge la duplice economia del tempo e della spesa, si giustifica l'eccezione che altrimenti non avrebbe ragione di essere. Né si dica che mancando l'autenticazione della firma, non vi sarebbe quella garanzia che è pur necessaria, poichè ci assicurano da un lato la fede che merita il procuratore legale, dall'altra il trovarsi il mandato in fine della citazione — *Conformi*: Borsari, *Comm.* I, *p.* 514 - Mattei, *Annotax.* — *Contra*: Gargiulo, *Comm.* *p.* 1014.

3. Basta il mandato scritto in fine della citazione a comparire davanti il tribunale per la rappresentanza nella causa medesima dinanzi alla Corte?

Sembrami che no. Anzitutto le norme stabilite pel procedimento davanti i tribunali di commercio, se sono applicabili alle cause pendenti presso i tribunali civili quando ne facciano le veci, non possono seguirsi qualora la controversia venga portata alla Corte d'appello, giacchè non lo permette e quindi implicitamente lo esclude il disposto dall'art. 158 C. p. c. Perciò se le cause commerciali si portano alla Corte devono quivi trattarsi colle forme ordinarie, osservando di conseguenza così i termini più lunghi dell'istruttoria, come le norme comuni riflettenti la redazione del mandato. Rettamente osservò inoltre la Corte d'appello di Firenze (sent. n. 1) che se la speciale eccezione stabilita quanto alla forma del mandato, a riguardo dei tribunali

di commercio trova una ragione in ciò che le parti, essendo autorizzate a trattare in persona le cause commerciali, possono istantaneamente aver bisogno d'un procuratore legale, ed è giusto perciò che si provveda tosto all'urgenza del caso, tale ragione non milita punto per le cause commerciali in appello davanti la Corte, giacchè le parti devono qui esser sempre rappresentate da un procuratore, e non manca, durante il termine per appellare, l'opportunità di scegliere un difensore.

396. Tutte le notificazioni, comprese quella della sentenza definitiva, si fanno al domicilio eletto o dichiarato.

Art. 161, 267, 398 seg., 427, 486, 502, 518 c. p. c.

In difetto di elezione o dichiarazione le notificazioni si possono fare al procuratore, e, quando manchi, alla cancelleria del tribunale.

1. È legale e valida la notificazione della sentenza fatta in causa commerciale al procuratore del convenuto, se questi non abbia eletto domicilio nel comune in cui siede l'autorità giudiziaria davanti la quale fu promossa la lite.

La posteriore intimazione della sentenza fatta eseguire al domicilio reale del convenuto all'oggetto di servirsene di base nel processo di esecuzione non può per se stessa distruggere gli effetti derivati da quella prima valida notificazione. — *Cass. Torino, 18 novembre 1869. Sabbatini—Cassone. Bettini, XXI, 739.*

2. La residenza contemplata dal n. 5 dell'art. 134 è quella della abitazione reale della parte, per cui il disposto dell'art. 396 non vieta che la notificazione della sentenza possa validamente farsi al luogo di residenza dichiarato dalla parte stessa.

La notificazione in persona propria è di natura sua la più cauta e sicura nell'interesse delle parti. — *Appello Venezia, 19 aprile 1875. Andertini—Festorazzi. Gior. dei Trib., IV, n. 148.*

3. Nei giudizi davanti i tribunali di commercio tutte le notificazioni, compresa quella della sentenza definitiva, si fanno al domicilio eletto o dichiarato. In difetto di elezione di domicilio si possono fare al procuratore, il quale non è che un domiciliatario legale.

Ove il domiciliatario rappresenti più persone, la notificazione della sentenza non è valida nè fa decorrere il termine per l'appello se non è fatta in tante copie quante sono le persone che esso rappresenta. — *Cass. Torino, 17 gennaio 1868. Crida—Tua. Annali, II, 41.*

Contra: *Appello Milano, 24 dicembre 1867. Castoldi—Lorenzoni. Mon. Trib., IX, 132.*

397. Le copie delle sentenze e delle ordinanze da notificare sono spedite dal cancelliere o dal procuratore. Se siano spedite dal procuratore, le copie debbono essere autenticate dal cancelliere.

Art. 369, 523 c. p. c.; 209, 310 reg. giud.; 195, 216, 474 Tariffa civ.

398. I termini di giorni 15 stabiliti negli articoli 165, 174 e 176 sono ridotti a giorni cinque; quello di giorni otto stabilito dall'articolo 179 è ridotto a giorni tre; quello di giorni trenta stabilito dall'articolo 169 è ridotto a giorni dieci.

Art. 156 c. p. c.

La pena comminata dall'articolo 176 è applicabile alla parte, se non sia rappresentata da procuratore.

La disposizione di questo articolo che riduce i termini del procedimento formale davanti i tribunali di commercio non si può estendere alle cause commerciali pendenti davanti alle Corti d'appello. — *Appello Milano*, 20 maggio 1873. *Ferrovia Alta Italia—Osculati e l. cc. Mon. Trib.*, XIV, 629. — *Appello Venezia*, 9 settembre 1873, *Società Paterna—Fascina. Gior. dei Trib.*, II, p. 784. — *Appello Bologna*, 4 agosto 1873. *Weiss—Gonini. Legge*, XIV, 216.

Il termine dell'art. 164, quello per la comunicazione della risposta, non è qui rammentato per abbreviarlo, giacchè al medesimo è provveduto dall'art. 394.

399. Il termine per comparire davanti il presidente o il giudice delegato, nei casi dell'articolo 185, è almeno di un giorno, salvo quanto è stabilito nell'ultimo capoverso dello stesso articolo.

Art. 178, 349, 352, 390
p. c.; 108, 112 Tariffa

400. All'udienza in cui la causa è chiamata l'attore espone il fatto; il convenuto lo può rettificare; ciascuno legge le proprie conclusioni e svolge le ragioni su cui sono fondate.

Le parti consegnano i loro atti al cancelliere, il quale appone la sua firma sulle comparse conclusionali, e fa menzione delle postille che vi siano aggiunte.

1. Nel procedimento formale commerciale le parti possono prescindere dall'istruire la causa anteriormente all'udienza, e riserbare quindi a questa, senz'uopo di ricorrere al procedimento incidentale, la deduzione della prova e quindi anche del giuramento decisorio. — *Appello Milano*, 28 gennaio 1868. *Società del gas di Lodi—Lucchini. Mon. Trib.*, IX, 211.

2. Il procedimento formale commerciale si svolge come il civile e la istruttoria deve essere quindi completa prima dell'udienza.

La facoltà data da quest'articolo alle parti di aggiungere postille alle conclusioni, non implica quella di mutare le conclusioni e proporre domande per ulteriore istruttoria. — *Tribunale commerciale di Milano*, 30 maggio 1868. *Cremonesi—Semenza. Mon. Trib.*, IX, 769.

1. Allorquando l'egregio avv. Scotti, in un suo scritto sui giudizi contumaciali, inserito nell'*Archivio Giuridico*, vol. IV, p. 630, ebbe a dire che nel Codice attuale il procedimento commerciale non è abbastanza esattamente regolato, e lascia adito, per riguardo al formale, a forti dubbi, disse cosa perfettamente vera e che pur troppo si lamenta tutti i giorni nella pratica.

Il legislatore italiano non volle seguire i Codici precedenti che stabilivano il procedimento sommario per le cause commerciali; prescrisse anche per queste liti, siccome regola, il rito formale, ma, quando venne a disciplinarlo, cadde in tali incongruenze e contraddizioni da rendere pressochè impossibile la esposizione di una teoria in argomento, e da aprire anzi la via ai due opposti sistemi che trovarono il suffragio, l'uno della Corte di appello di Milano, l'altro del Tribunale di commercio della stessa città.

Fu la dizione di questo articolo che diede origine alla principale questione, della quale ora intendo occuparmi, e poichè il solo avv. Scotti (per quanto io mi sappia) in due bellissime monografie nel *Mon. dei Trib.*, VIII, p. 789, e IX, p. 769, ne trattò espressamente e profondamente sostenendo la tesi che fu poi sancita dalla Corte di Milano, così mi limiterò ad accennare l'opinione del valente procedurista per indi pronunciarmi sugli argomenti da esso addotti e sviluppati.

In qual modo si istruiscono le cause formali commerciali?

Questa è la tesi, ed ecco la teoria dell'avv. Scotti:

« Nel procedimento commerciale formale è lasciata facoltà alle parti di valersi o meno di una preventiva istruttoria o di svolgerla all'udienza. L'art. 400 infatti prescrive che il cancelliere apponga la sua firma sulle comparse conclusionali, e faccia menzione delle postille che vi siano aggiunte e ciò significa evidentemente, potersi nel procedimento formale commerciale prendere le conclusioni all'udienza con produzioni, istanze ed eccezioni non dedotte innanzi, giacchè questo obbligo è precisamente correlativo a quello contenuto nell'art. 390 che riguarda il procedimento sommario civile ».

La sentenza del tribunale di commercio di Milano sopra enunciata, che stabilì una massima contraria alla sua, offerse occasione allò Scotti di svolgere e motivare con diffusione la sua teoria coi seguenti argomenti:

1. Le differenze tra il procedimento formale civile ed il commerciale devono essere consistite più che in abbreviazioni di termini ed altre di poco rilievo perchè altrimenti non sarebbe stato mestieri di trattare del procedimento formale commerciale in un separato capo.

2. Nella relazione del ministro Vacca si legge che nelle cause in cui il procedimento formale si svolge compiutamente, vale a dire nelle cause davanti ai tribunali civili ed alle Corti d'appello, non si può di regola stare in giudizio che col ministero di procuratore legale, donde naturalmente deriva che davanti i tribunali commerciali il procedimento non si svolge compiutamente e quindi si differenzia essenzialmente dal civile.

3. La facoltà alle parti di comparire personalmente deve portare per conseguenza che l'istruttoria si faccia all'udienza, poichè le parti non possono attenersi a tutte le complicate pratiche del procedimento formale; dal momento che si accetta la persona, bisogna adottare quelle modalità di procedimento che possono attagliarsi a chi non è dell'arte, e quindi deve ammettersi che la parte possa all'udienza formulare le sue conclusioni.

4. Le parti non potrebbero firmare le comparse di istruttoria poichè il Codice (art. 50) lo vieta in termine generico, nè fa qui eccezione al principio, e quindi sarebbe ad esse impossibile anche per questo condurre il processo istruttorio formale.

5. Neppure comparendo le parti a mezzo di procuratore si richiederebbe la istruttoria preventiva, poichè il fatto della costituzione di procuratore non può far perdere alla parte un diritto che la legge le accorda, ed altrimenti introducendo differenza tra la parte comparsa personalmente e quella comparsa a mezzo di procuratore, si farebbe luogo ad uno sconcio che porterebbe all'assurdo.

6. La parola *postille* non significa semplici *note* per completare o chiarire le cose già esposte, perchè all'art. 390 questa parola à precisamente il senso di modificazioni alle conclusioni, trattandosi ivi di procedimento sommario.

La conclusione dell'avv. Scotti fu accolta dal prof. Saredò nelle sue *Istituzioni di proc. civ.*, n. 692, senza però che questo illustre autore l'abbia discussa e motivata. Io pure devo riconoscere che gli argomenti dello Scotti meritano una seria considerazione ed anno se non tutti, la maggior parte però di certo, una importanza gravissima, e specialmente quello dedotto dall'analogia dell'art. 400 coll'art. 390. Con tutto ciò mi propongo di dimostrare che dessi trovano una confutazione nelle altre disposizioni che regolano il procedimento formale commerciale.

Anzitutto a combattere la teoria dell'avv. Scotti mi gioverà una riflessione preliminare e d'indole generale. Ammettendo che nelle cause formali commerciali possa farsi luogo all'istruzione all'udienza si creerebbe, non v'ha dubbio, un procedimento speciale che non sarebbe nè sommario nè formale. Non sommario perchè, secondo l'opinione dello Scotti, l'istruzione scritta sarebbe sempre permessa; non formale, perchè in questo procedimento la istruttoria deve essere già completa quando la causa è portata alla discussione. Ma il Codice di procedura contempla un procedimento siffatto? No, di certo.

Il progetto presentato dal ministro Pisanelli conteneva tre specie di procedimenti; il procedimento formale che formava la regola, il procedi-

mento sommario semplice ed il procedimento sommario a udienza fissa. Nel procedimento sommario semplice si faceva luogo ad una istruzione scritta, ma ne erano abbreviati i termini; nel sommario ad udienza fissa era tolta affatto ogni istruzione preliminare e ne era commesso l'ufficio alla procedura orale.

Pelle cause commerciali era di regola prescritto il procedimento sommario semplice.

Il sistema del progetto però non venne approvato, ed ecco come si esprime in argomento la relazione del ministro Vacca a S. M.: « Secondo il progetto, il procedimento dividevasi normalmente in ordinario e a udienza fissa, però davanti i tribunali di commercio, i pretori e i conciliatori vedevansi sorgere un procedimento sommario, con manifesto turbamento dell'idea fondamentale già concepita. Secondo il Codice, le specie del procedimento sono nettamente due, il formale e il sommario..... »

« Il procedimento formale è proprio dei tribunali civili, dei tribunali di commercio e delle corti d'appello. Il procedimento sommario è proprio dei conciliatori e dei pretori. Però anche davanti i tribunali civili, i tribunali di commercio e le corti d'appello, si osserva il procedimento sommario nei casi determinati dalla legge. E sia l'una sia l'altra specie di procedimento assume *modalità* speciali secondo la qualità delle magistrature e la natura delle cause; onde il procedimento formale dei tribunali di commercio si differenzia dal procedimento formale dei tribunali civili e delle corti d'appello; e il procedimento sommario dei conciliatori e dei pretori si differenzia dal procedimento sommario dei tribunali civili, dei tribunali di commercio e delle corti d'appello.

« Ma le discrepanze particolari non mutano la natura propria dei due procedimenti. De' quali i caratteri distintivi sono questi, tra altri di minor rilievo: che nel procedimento formale la causa è chiusa prima dell'udienza, perchè deve aver compiuto anticipatamente lo stadio dell'istruire, del dedurre, del concludere; e che nel procedimento sommario la citazione si fa sempre per comparire a udienza fissa, sì che all'udienza o si fa o si compie l'istruzione della causa, eziandio con deduzioni e conclusioni non proposte innanzi ».

Riesce così dimostrato che due sole sono le forme di procedimento ammesse dal nostro Codice, e che se il procedimento del quale mi occupo è intitolato *formale*, non può al medesimo applicarsi il sistema dell'istruttoria orale tutto proprio e particolare del solo rito sommario.

Che se la relazione stessa dichiara che il procedimento formale commerciale assume *modalità* speciali che lo contraddistinguono dal civile, ciò non implica però che la differenza tra i due procedimenti si giunga fino al punto accennato dall'avv. Scotti. Tutt'altro: il relatore anzi si affretta a soggiungere che « le discrepanze particolari non mutano la natura propria dei due procedimenti » e che il procedimento formale serba sempre il suo carattere essenziale e cioè la chiusura della causa prima della udienza ed il divieto di nuove eccezioni e produzioni alla discussione orale.

Questa considerazione dovrebbe, a mio avviso, bastare per far ritenere inaccettabile l'interpretazione data dall'avv. Scotti all'art. 400. Ma v'ha ancora di più. L'art. 398, richiamando i termini del procedimento formale civile per abbreviarli, ne sancisce in modo esplicito l'applicazione anche al rito formale commerciale. Perciò anche nelle cause formali commerciali ha luogo una istruzione scritta mediante notificazione delle comparse difensionali (articoli 394 e 165); anche nelle cause formali commerciali avviene l'iscrizione al ruolo di spedizione (art. 173 e 174), e, rimasta ferma l'iscrizione a ruolo, le parti devono notificarsi nel termine di soli 5 giorni le comparse conclusionali (art. 176). E poichè l'art. 176 è richiamato senza veruna limitazione dall'art. 398 devesi necessariamente ritenere sia nella sua integrità applicabile ai giudizi commerciali formali, e per conseguenza che, rimasta ferma l'iscrizione a ruolo, non possano le parti produrre nuovi documenti, nè fare nuove istanze o eccezioni.

Tutto ciò ritenuto, come si potrà sostenere che sia lecito all'udienza di proporre nuove domande di istruttoria? A che servirebbe la iscrizione a

ruolo; a che però la notificazione delle comparse conclusionali che *riassumer* devono il fatto della causa, le *conclusioni* ed i motivi?

L'art. 398, adunque dirime affatto ogni questione, deducendosi dal medesimo che le norme del rito formale civile sono applicabili al formale commerciale specialmente per quanto riflette il corso ed i termini della istruttoria scritta.

Io non nego che la dizione dell'art. 400 possa, considerata da sola, lasciar luogo a forti dubbi e cagionare degli equivoci, ma il senso che l'avvocato Scotti intende di darvi è in contraddizione troppo palmare colle regole del procedimento formale perchè possa essere accolto. E piuttosto a ritenere che colla parola *postille* in questo articolo adoperata il legislatore abbia voluto indicare le note dopo la discussione permesse dall'art. 259, capoverso, del reg. gen. giud., e non le *aggiunte alle conclusioni* permesse in procedimento sommario. Se un dubbio nel significato delle parole della legge esiste val meglio appigliarci alla interpretazione che mette la disposizione in armonia colle altre e coi principii generali, piuttostochè seguire quella che crei una incongruenza ed una contraddizione evidenti.

Così credo di avere dato risposta agli argomenti 2 e 6 dello Scotti. Non mi sarà poi difficile rispondere agli altri.

E quanto al primo: Non è vero che le differenze tra il procedimento formale civile ed il commerciale consistano in sole abbreviazioni di termine ed altre di così poco rilievo da non spiegare la trattazione del procedimento formale commerciale in un separato Capo. Infatti oltre alla riduzione dei termini (art. 394, 398, 399) nel procedimento formale commerciale fu disposto:

- a) che le parti possono comparire in persona;
- b) che il mandato al procuratore può essere redatto in modo speciale;
- c) che la relazione della causa è sempre fatta dalle parti (art. 400);
- d) che può ordinarsi la comparsa personale delle parti (art. 401);
- e) che si possono nominare gli arbitri conciliatori;
- f) che sempre è necessaria l'elezione di domicilio e sotto pena di nullità almeno nelle sentenze contumaciali;
- g) che può ordinarsi la presentazione dei libri di commercio;
- h) che il tribunale di commercio deve rimettere al tribunale civile la cognizione del falso in documenti.

Queste disposizioni danno da sole ragione della separazione fatta dal Codice del rito formale commerciale dal civile.

Relativamente al terzo argomento mi basterà osservare che ove fosse ammessa la introduzione di nuove eccezioni e domande all'udienza, la parte comparsa in persona si troverebbe esposta alle sorprese tanto lamentate nei giudizi sommari, e che diventerebbero tanto più pericolose quando essa si trovasse di fronte ad un procuratore legale. Chi è inesperto della procedura formale può ben farsi rappresentare da un procuratore, ma ad ogni modo le sorprese sono assai meno possibili nel procedimento formale di quello che nel sommario, e perciò sono di gran lunga maggiori gli inconvenienti del sistema dell'avv. Scotti, che non quelli del sistema da me propugnato.

Meno degli altri vale poi il quarto argomento, poichè l'art. 50 non può riferirsi alle comparse di causa; e ad ogni modo non sarebbe applicabile alle cause commerciali se la legge permise alle parti di comparire in persona a sostenere la propria difesa.

Concludendo adunque io credo di aver dimostrato che quantunque il disposto dell'art. 400 dia ragione ad un forte dubbio sul modo di trattazione delle cause formali commerciali, pure non è ammissibile l'opinione dell'avvocato Scotti che in queste cause l'istruzione possa anche farsi all'udienza, perchè in contraddizione con tutto il sistema del Codice, colle disposizioni essenziali del rito formale, e con quelle espressamente richiamate dall'articolo 398. E verissimo che alla comparizione personale delle parti in giudizio male s'attagliano le prescrizioni del rito formale, ma così com'è redatta la legge non può intendersi in modo diverso da quello da me sostenuto: *dura lex sed lex*.

Sembra però che la legge abbia ad essere presto mutata giacchè il progetto preliminare del nuovo Codice di commercio, trattando al titolo II

del libro IV dell'esercizio delle azioni commerciali, introdusse una riforma essenzialissima all'art. 961, per la quale il procedimento da seguirsi in via normale nei giudizi commerciali dovrebbe essere il sommario, riservata al citato la facoltà, a mente dell'art. 391 Cod. proc. civ., di chiedere al tribunale od alla Corte che la trattazione della causa sia proseguita in via formale, se lo richiedano la natura o le particolari condizioni della stessa.

Per le ragioni sovraesposte io faccio plauso a questa riforma purchè però siano nel rito sommario introdotte quelle modificazioni che valgano a tutelare l'interesse dei litiganti rendendo possibile una regolare e completa discussione della causa all'udienza.

2. Vedi comm. all'art. 390, nota 11.

Art. 156, 208, 395, 446
c. p. c.; 115 Tariffa civ.

401. Il tribunale può sempre ordinare, anche d'ufficio, che le parti compariscano personalmente per essere sentite all'udienza, o in camera di consiglio, e, se vi è legittimo impedimento, può delegare un giudice, che fa compilare processo verbale delle dichiarazioni delle parti.

1. L'esercizio della facoltà concessa da questo articolo ai tribunali di commercio di ordinare anche d'ufficio la comparizione delle parti per essere sentite all'udienza od in camera di consiglio o innanzi ad un giudice delegato va soggetta a censura in appello se trascende in abusivo arbitrio.

Tanto più questo va detto quando risulti dai motivi della sentenza che il tribunale non fu guidato soltanto dal desiderio di essere meglio illuminato dalle spiegazioni delle parti, ma riconobbe essere necessaria la comparizione delle parti per pronunciare definitivamente, ossia volle far dipendere dall'ordinato incombente la decisione della causa.

In tal caso se il diritto portato in discussione sia chiaro e così da non occorrere, per poterlo dichiarare, ulteriori spiegazioni dei contendenti, il giudice di appello, riparando la sentenza del tribunale di commercio, decide il merito della contesa (art. 492). — *Appello Torino, 27 ottobre 1870. Forneris—Bò. Giurisprudenza 1871, n. 2*

2. La comparizione personale della parte può essere ordinata dai tribunali di commercio anche d'ufficio, quando lo credano conveniente, e ciò tanto più deve farsi quando non siasi sperimentata dalle parti alcun'altra prova.

La detta comparsa si considera un indiretto mezzo di prova contemplato fra quelli tracciati dalla sez. IV, tit. IV, lib. I del C. p. c., e le orali dichiarazioni delle parti tengono luogo delle loro interrogazioni e risposte di cui negli art. 216, 218, 219 di detto Codice. — *Appello Genova, 25 febbraio 1871. Borgini e Frasccheri—Talantini e Laschi. Bettini, XXIII, 128.*

1. Quando si può ammettere la comparsa personale?

Dice il Carré: « Tous les auteurs s'accordent pour l'indiquer: la comparution, disent-ils, n'est ordonnée que dans les seuls cas où la cause *git en fait*, et ne peut être décidée *en pur point de droit*. Alors, lorsqu'après avoir entendu les plaidoiries, le magistrat éprouve quelque incertitude sur les faits que l'une ou l'autre maintient, ou lorsqu'il lui est démontré que des explications lui seront nécessaires pour la décision de la cause, il peut ordonner l'audition des deux parties, ou de l'une d'elles. De ce que la comparution des parties ne peut être ordonnée qu'autant que l'approfondissement des faits paraît indispensable pour la décision de la cause, et qu'il existe quelque incertitude sur l'existence de ces faits ou sur leurs circonstances, il faut nécessairement conclure qu'elle ne peut avoir lieu lorsque le litige dépend

uniquement d'un principe de droit dont l'application ne saurait être repoussée par aucune considération de fait ».

E più innanzi soggiunge: « Il faut réduire la comparution aux seuls cas et aux seuls effets qui puissent s'accorder avec les principes conservateurs de la foi due aux actes authentiques ». (*Quest. 502 bis*).

Borsari poi insegna che il tribunale non potrà tentare delle confessioni verbali in quei casi in cui è necessaria la prova scritta, e dove si richiegga un certo genere di prova, trattandosi per esempio di falso, e nemmeno quando vi osti lo stato del processo. (*Comm. I, p. 518*). — *Conforme*: Saredo, *Istit. n. 686*.

2. Il provvedimento che ordina la comparizione personale delle parti, sarà senza dubbio una sentenza di carattere preparatorio ed inappellabile, poichè è rimesso unicamente all'apprezzamento dei giudici e non pregiudica punto l'interesse dei litiganti. — Borsari, *Comm. Cod. Sardo, III, n. DXCVII e Comm. Cod. It. I, p. 518* - Saredo, *Istit. n. 686* - Gargiulo, *Comm. p. 1017* - Mattei, *Annotaz. - Carré, quest. 501* - Thomine, *n. 133* - Pigeau, *Introduc. p. 21*.

3. Se l'audizione delle parti deve farsi all'udienza del tribunale sia in pubblico che in camera di consiglio, la sentenza stessa fisserà il giorno. Altrimenti la parte più diligente si provvederà davanti il giudice delegato, a mio avviso, in contraddittorio dell'avversario perchè destini il giorno della comparizione.

In ogni modo è forse necessaria la notificazione del provvedimento?

Mi parrebbe che no, vista l'indole particolare del medesimo, e riterrei perciò che nel caso in cui gli schiarimenti dovessero darsi all'udienza del tribunale, fosse sufficiente che la parte più diligente citasse l'altra a comparirvi, semprechè questa non sia contumace. — *Conformi*: Pigeau, *Comm. t. I p. 283* - Thomine, *n. 133*.

Secondo Carré la sentenza dovrebbe notificarsi alla parte (*quest. 592*); secondo Chauveau (in Carré) e Boncenne (*t. I, p. 123*) sarebbe necessaria la doppia notificazione, alla parte ed al procuratore.

4. Lo scopo di questo mezzo di prova, che è quello di far sorgere la verità dal confronto delle parti e dalle loro reciproche dichiarazioni, nonchè il chiaro tenore del nostro articolo non permettono, a mio parere, che il giudice senta le parti separatamente; come avviene nel procedimento per separazione dei coniugi (art. 808). — *Conformi*: Borsari, *loc. cit.* - Gargiulo, *Comm. p. 1017* - Boitard, *t. I, p. 223*. — *Contra*: Carré e Chauveau, *quest. 502* - Pigeau, *Proc. art. 2, § De la Compar.* - Thomine, *n. 133*.

5. Qual'è l'effetto della non comparizione?

Si noti che la sentenza che la ordina non indica i fatti sui quali si richiedono le dichiarazioni delle parti. Perciò non può ammettersi con Carré (*quest. 502 bis*) che si abbiano in questo caso gli effetti del rifiutato interrogatorio. Tutto è rimesso alla coscienza del giudice e l'effetto consiste specialmente nell'impressione morale che la negligenza della parte fa sull'animo dei magistrati e nel pregiudizio che alla parte stessa può derivare dall'aver privato il tribunale degli schiarimenti che riteneva necessari per ben decidere la causa. — Borsari, Saredo, Gargiulo, *loc. cit.* - Borsari *Comm. Cod. Sardo III, n. DXCVI* - Boncenne, *t. I, p. 124* - Boitard, *t. I, p. 223* - Thomine, *n. 133*.

6. La comparizione personale delle parti che può essere ordinata dai tribunali di commercio non lo può dai tribunali civili e dalle Corti d'appello.

La dimostrazione di codesta tesi risulta, a mio avviso, assai convincente dal confronto del Codice che ci governa con quelli da cui ebbe origine.

L'art. 428 del Codice francese sancisce pei tribunali di commercio che « le tribunal pourra, dans tous les cas, ordonner même d'office, que les parties seront entendues en personnes à l'audience, ou dans la chambre, ecc. ». E l'art. 119, parlando dei tribunali civili dispone che « si le jugement ordonne la comparution des parties, il indiquera le jour de la comparution ».

Si dubitò, è vero, se quest'ultimo articolo abbia avuto soltanto per iscopo di prescrivere la fissazione del giorno della comparizione, quando il tribunale l'ordina nei casi previsti dalla legge, per esempio nei casi di prestazione di giuramento, d'interrogatorio ecc. Ma la dottrina e la giurispru-

denza opinarono che l'articolo riguardasse precisamente la comparizione personale, come mezzo d'istruzione affatto speciale. — Carré e Chauveau, *art.* 119 - Thomine, *n.* 133 - Boitard, *n.* 253.

Il legislatore sardo però non seguì questo sistema, poichè mentre riprodusse la disposizione relativamente ai giudizi commerciali (*art.* 515) non ripeté quella riguardante i tribunali civili, ma la conservò solamente pei giudizi davanti i pretori (*art.* 78).

Così pure fece il legislatore italiano: autorizzò i tribunali di commercio (*art.* 401) ed i pretori (*art.* 446), ad ordinare la comparizione personale delle parti ma nulla dispose circa i tribunali civili e le Corti.

Da questa premessa sembrami si debba dedurre che ciò che si volle accordare ai tribunali di commercio ed ai pretori si negò assolutamente ai tribunali civili. Si dice, è vero, che la giurisdizione dei tribunali civili è assoluta, e che perciò non deve esser loro negato quanto si permette a chi ne ha una di assai minore; che l'*art.* 3 del titolo preliminare del Codice civile autorizza, in mancanza di testo preciso di legge, ad applicare le disposizioni che regolano casi simili e materie analoghe, e ciò vale tanto più nel caso concreto, trattandosi di un mezzo d'istruzione che può efficacemente cooperare alla retta amministrazione della giustizia. Ma codesti argomenti sono di facile confutazione.

Infatti non è accoglibile oggi il concetto che della giurisdizione dei tribunali civili si aveva una volta. Prevalenza fra l'una e l'altra giurisdizione non vi ha, ciascuna autorità si aggira indipendente nell'orbita segnata dalla legge; nessuna deve invadere il campo dell'altra.

In secondo luogo debesì notare che nel sistema del Codice, il procedimento normale, ordinario è il formale, e che è questo che di solito si applica e contiene le norme generali per tutti gli altri, i quali al medesimo si riferiscono per ciò che secondo la loro natura speciale può trovare applicazione. Da ciò la conseguenza che se una regola dettata pel procedimento formale può seguirsi negli altri procedimenti, una disposizione che si riscontri soltanto in un rito speciale, non può adottarsi nel rito normale.

Se adunque il legislatore avesse voluto accordare la facoltà di ordinare la comparizione personale delle parti a tutti i giudici indistintamente, avrebbe indubbiamente posta la regola nel procedimento formale. E poichè ciò non ha fatto, ma all'invece codesta facoltà si rinviene unicamente tra le disposizioni particolari dei capi II e IV, fa d'uopo concludere che non l'abbia permessa pel procedimento formale e ordinario, di cui tratta il capo I.

E non è difficile il trovarne le ragioni.

Consiste la prima nel privilegio dalla legge concesso al commercio specialmente riguardo ai mezzi di prova in causa della buona fede che presiede agli affari commerciali, alla celerità di cui ha mestieri il procedimento commerciale. Sta la seconda nella facoltà lasciata alle parti nelle cause davanti i pretori ed i tribunali di commercio di comparire in persona, mentre in quelle vertenti dinanzi i tribunali civili è necessario il ministero del procuratore che diventa in certa guisa il *dominus litis*. Nelle prime la comparizione personale dei contendenti è adunque in armonia colla forma della rappresentanza, è spesso necessaria per recar quella luce nella causa che l'inesperienza delle parti non ha saputo portare; nelle seconde invece vi sarebbe in contraddizione, mancherebbe di una vera importanza presiedendo i procuratori all'istruzione del processo, e potrebbe essere troppo difficile ad ottenersi.

Finalmente se può a prima giunta parer giusto che i tribunali si valgano di quei mezzi di prova che ritengono utili allo scoprimento della verità, non è però a dimenticare che nei giudizi civili, assai raramente è concesso al magistrato di supplire d'ufficio alla negligenza od inesperienza delle parti, di far luogo a prove non chieste dai contendenti. Se l'eccezione trovasi stabilita nelle cause commerciali e pretoriali non debesì perciò estendere ai casi non tassativamente dalla legge indicati.

402. Quando si tratti di esaminare conti, scritture e registri, si procede alla nomina di uno o tre arbitri conciliatori, con incarico di sentire le parti e conciliarle, se sia possibile, in difetto, di dare il loro parere.

Gli arbitri conciliatori sono nominati d'ufficio dal tribunale, se le parti non si accordino sulla scelta dei medesimi.

1. La nomina degli arbitri per esaminare conti, scritture e registri, deve precedere l'esaurimento di altre prove e sperimenti. — *Cass. Napoli*, 8 marzo 1866. *Cassa ecclesiastica*—*Petrucci. Gazz. dei Trib.* 1867, 785.

2. La nomina di uno o più arbitri, a mente di questo articolo, non può invocarsi, nè decretarsi se i conti da esaminare sono così pochi che non occorra l'opera di una persona dell'arte. — *Appello Firenze*, 17 marzo 1870. *Cecchi—Martinetti. Annali*, IV, 471.

3. Gli arbitri conciliatori differiscono dai semplici periti; quelli sono piuttosto amichevoli compositori e ad essi non possono essere questi paraggiati.

La legge non obbliga gli arbitri conciliatori a prestare il giuramento prima di fare la loro relazione, come è prescritto per i semplici periti. (1).

La tassazione però dei loro onorari deve essere regolata secondo la tariffa comune agli altri periti. — *Appello Genova*, 5 maggio 1871. *Cossa—Solaro. Annali*, V, 324.

(1) *Appello Casale*, 20 maggio 1867. *Bettini*, XIX, 259.

4. Il giudice non è obbligato a seguire il parere emesso dall'arbitro conciliatore deputato a termini di questo articolo. — *Cass. Firenze*, 8 maggio 1873. *Tamburini—Caselli. Annali*, VII, 270.

5. Il tribunale è facoltizzato a non attribuire alla relazione degli arbitri conciliatori che il valore di semplice parere. — *Appello Milano*, 18 novembre 1874. *Cassani—Taroni. Gior. dei Trib.*, III, n. 300.

6. L'arbitro conciliatore deve anzitutto procurare la conciliazione delle parti; non riuscita la conciliazione, deve dare al giudice il suo parere.

Il parere dell'arbitro conciliatore non solo non ha virtù di legare la opinione del giudice nei suoi risultati finali, ma non può nemmeno di per sé solo costituire pel giudice la prova legittima dei fatti sui quali è basato. — *Cass. Firenze*, 5 gennaio 1875. *Lascialfare—Viti. Annali*, IX, 17.

1. Il Pardessus delinea assai chiaramente lo scopo dell'istituzione degli arbitri conciliatori nel brano seguente del suo *Corso di diritto mercantile*, n. 1373: « Ces commissionnaires (egli dice), qu'on nomme assez improprement arbitres, mais qu'il ne faut pas confondre avec les arbitres juges ne sont pas comme les experts, assujettis au serment. Cette difference vient de celle qui existe entre les fonctions des uns et des autres. Ces arbitres ont, avec des experts, cela de commun, qu'ils n'émettent qu'une simple opinion; mais l'opinion de ces arbitres repose ou sur des raisonnements dont il est possible aux juges d'apprécier la force, ou sur des pièces qui sont sous les yeux du tribunal; celle des experts, au contraire, est fondée sur des faits qu'ils attestent et que les juges ne sont pas à portée de vérifier. Cette circonstance donne, jusqu'à un certain point, aux rapports d'experts le caractère de témoignage; et dès lors la fidélité doit en être garantie par la religion du serment. — *Conformi*: Carré, *quest.* 1536 — Loaré, *Esprit. du Cod. de procéd.*, t. 2, p. 260, 261.

2. Gli arbitri conciliatori non sono obbligati a prestare giuramento. Ciò risulta oltrechè dalla natura delle funzioni dei medesimi, come osservò giustamente il Pardessus, essenzialmente differenti da quelle dei periti, anche dal tenore dell'art. 404 C. p. c. Infatti in codesto articolo è detto soltanto

che per la relazione degli arbitri si osservano le norme stabilite dagli articoli 264 e seguenti, nei quali non si parla punto del giuramento di cui è menzione soltanto nell'art. 259.

Di più nell'art. 402 non fu riprodotta nemmeno la disposizione dell'art. 252 per la quale l'ordinanza o sentenza, che ammette la perizia deve contenere la delegazione di un giudice per ricevere il giuramento dell'arbitro, ciò che conferma che il giuramento non è necessario. — *Conformi*: Borsari, *Comm. Cod. Sardo*, III, n. DC in nota - Dalloz, *Rép. voc. Exposit.* n. 342 - Carré e Chauveau, *loc. cit.* - Loaré, *loc. cit.*

3. Per l'esperimento di conciliazione gli arbitri dovranno invitare le parti in luogo ed ora determinati: e se le medesime non accettano l'invito essi dovranno senz'altro accingersi alle operazioni loro affidate. — Borsari, *Comm.* I, p. 519 e *Formulario*, p. 162 - Gargiulo, *Comm.* p. 1019.

Art. 146, 254, 255 c. p. c.

403. La ricsusazione degli arbitri conciliatori può essere fatta per gli stessi motivi, per cui si fa luogo alla ricsusazione dei periti.

La ricsusazione degli arbitri o dei periti deve proporsi entro giorni tre dalla notificazione della loro nomina.

404. Per la relazione degli arbitri e dei periti si osservano le norme stabilite dagli articoli 264 e seguenti.

405. Quando sia ordinata la presentazione di libri, questa si fa all'udienza del tribunale, o davanti il giudice delegato, e il cancelliere ne estrae ciò che riguarda la controversia.

Se i libri non si trovino nel comune in cui siede il tribunale, può essere richiesto il tribunale di commercio del luogo in cui i libri si trovano, o delegato il pretore, perchè proceda agli atti occorrenti, e ne faccia risultare con processo verbale.

Negli affari di commercio la legge distingue in modo preciso la presentazione dei libri dalla comunicazione dei medesimi, inquantochè colla presentazione i libri non debbono essere esaminati nel loro intero tenore, ma solamente consultati sopra un dato punto speciale, mentre colla comunicazione si ottiene dall'avversario la consegna dei libri e registri con facoltà di esaminarli per intero. Perciò il magistrato non può ordinare la comunicazione dei libri commerciali che nei casi determinati dalla legge a norma dell'art. 25 Codice commerciale.

L'estrazione di una sola partita da un libro di commercio, non essendo un atto d'istruzione giudiziaria, per fare la esibizione dei libri di commercio non si richiede la notificazione della controparte. — *Appello Napoli*, 9 settembre 1872. *Buonocore—Vynands. Legge*, XIII, 58. — *Appello Napoli*, 4 luglio 1873. *Menichini—Turco. Legge*, XIV, 135.

Sulla materia dei libri di commercio rimetto il lettore al titolo II, libro I del Codice di commercio.

406. Quando sia impugnato come falso un documento, il presidente lo trasmette, dopo di averlo sottoscritto, al procuratore del re presso il tribunale civile, e rimette le parti a udienza fissa davanti lo stesso tribunale, perchè sia provveduto sull'incidente di falso.

Art. 296 seg., 431, 455
p. c.

1. Se la verificazione delle scritture o sottoscrizioni contestate nelle cause vertenti dinanzi ai tribunali di commercio è di cognizione dei tribunali medesimi, cessa però tal competenza se la scrittura o sottoscrizione si impugna come falsa, e la parte che l'ha prodotta persiste a volerne far uso.

Ad impedire la prosecuzione della causa davanti al tribunale di commercio non è necessario vi sia una formale querela di falso, ma è sufficiente sia impugnato di falso il documento prodotto. — *Appello Genova*, 11 marzo 1864, *M. P.—Platone. Gazz. dei Trib.*, 1864, 445.

2. Impugnato di falso un titolo commerciale devono gli atti rimettersi al giudice civile perchè provveda sul falso. — *Appello Napoli*, 9 marzo 1867, *Amante—Crisciuolo. Gazz. dei Trib.*, 1867, 331.

3. Il tribunale civile e correzionale alla cui udienza fissa, per effetto di questo articolo, vengono rinviati le parti perchè sia provveduto sull'incidente di falso, può respingere la querela senza far luogo alla relativa procedura, quando la trovi manifestamente infondata per mancanza degli estremi voluti dalla legge stessa. — *Appello Milano*, 28 novembre 1868, *Biraghi—Luini. Legge*, IX, 135.

4. Non è vietato al tribunale di commercio nell'invviare l'incidente di falso al magistrato competente di dare provvedimenti provvisori sul merito della causa, semprechè siano consigliati da motivi di urgenza o da altre circostanze che in essa concorrano. — *Appello Napoli*, 27 ottobre 1871, *Varriale—Trione. Gazz. del Proc.*, V, 473.

5. Quando innanzi al tribunale di commercio si impugna di falso un documento, la giurisdizione del tribunale stessa è sospesa, ma non tolta; e, compiuto il giudizio incidentale, dinanzi il tribunale civile, la causa ritorna alla giurisdizione naturale.

Per conseguenza, il tribunale di commercio nell'invviare al magistrato competente ha facoltà di emettere provvedimenti provvisori sul merito della causa medesima quando siano determinati da motivi d'urgenza e di opportunità. — *Appello Napoli*, 6 febbraio 1872, *Gruat—Netheris. Legge*, XII, 45.

6. Il tribunale di commercio, nell'atto che rinvia al tribunale civile la querela di falso data contro un recapito, può per giuste ragioni ordinare frattanto il deposito della somma. — *Appello Napoli*, 3 giugno 1872, *Polizio—Cuomo. Annali*, VI, 554.

7. Allora vi ha controversia ereditaria nel senso dell'art. 723 Codice comm. e quindi necessità pel giudice di commercio di rinviare la causa alla giurisdizione civile, quando sia questione, se, ed a chi spetti la qualità d'erede. — *Appello Torino*, 8 maggio 1874, *Ass. sulla vita—Fiorat-Chiora. Annali*, VIII, 391.

1. « Quando davanti un tribunale di commercio venga impugnato come falso un documento, è palese che il medesimo non può conoscere del relativo incidente, imperocchè, sia per l'indole stessa della questione, sia per la natura dei poteri che sono conferiti all'autorità giudiziaria in tale materia, sia per l'assistenza che il pubblico ministero deve prestare a tutti gli atti del procedimento, la questione del falso non può appartenere alla giurisdizione commerciale. L'incidente sul falso dovrà quindi essere rimesso al tribunale del circondario ». *Relazione Pisanelli*.

2. Come e quando avviene il rinvio al tribunale civile di cui parla questo articolo?

Colla frase « quando sia impugnato come falso un documento » il legislatore non ha certamente contemplato il caso in cui una parte siasi limitata ad impugnare lo scritto dall'altra prodotto, anche *dichiarandolo falso*,

ma volle significare, a mio credere, che essa abbia nei modi speciali, all'uopo stabiliti, manifestata la sua ferma e decisa volontà di sollevare l'incidente, di promuovere la querela di falso civile.

Nel commento all'art. 296 (n. 1 e 2) ho già diffusamente parlato dell'indole e della ragione della querela di falso civile e della sua differenza dalla verificaione di scritture. Ho in quel luogo dimostrato come la parte che voglia impugnare un documento introdotto dall'avversario non abbia punto mestieri di iscriversi in falso contro il medesimo, ma possa trincerarsi dietro la semplice negativa del proprio carattere o della propria firma, lasciando a chi fece uso del documento di provarne la verità ed autenticità, secondo il disposto dell'art. 1312 Codice civile. Soltanto in via di eccezione converrà proporre la querela di falso nei casi che ho enumerati all'articolo 296, seguendo il difficile e intricato procedimento tracciato da questo ultimo articolo e seguenti, ed esponendosi alle gravi conseguenze previste dagli articoli 314 e 315 C. p. c.

Ora il legislatore ha bensì permesso davanti ai tribunali di commercio il procedimento per verificaione di scritture, ma, secondo l'articolo che sto esaminando, vietò ad essi di conoscere della querela di falso, e ciò perchè, come egregiamente disse il Borsari nel *Comm. al Cqd. Sardo*, III, n. DLXXXVIII, mentre nel primo caso l'incidente si mantiene nelle sue proporzioni di mezzo in relazione allo scopo del giudizio commerciale, trattandosi nè più nè meno che d'una questione di prova, nel secondo si trasforma realmente l'oggetto, perchè il giudizio di falso incidente assume un compito a sè proprio, tendendo a rilevare un delitto che cade sotto i riflessi del Codice penale.

Ciò posto, esaminate e ponderate le ragioni che suggerirono quanto dispone l'articolo presente, sarebbe assurdo sostenere che fosse sufficiente aggiungere all'impugnativa del documento la dichiarazione della sua falsità, che pure è implicita necessariamente nella negativa medesima, perchè il documento debbasi intendere *impugnato come falso* nei sensi di questo articolo. È la querela di falso che fu sottratta alla giurisdizione del tribunale commerciale, e querela non vi ha finchè non si siano esaurite le formalità speciali della interpellanza sull'uso del documento (art. 298), della espressa dichiarazione di proporla fatta con atto ricevuto dal cancelliere (301), del deposito del documento (302), del processo verbale (303, 304).

Messo così fuor di questione che l'applicazione di questo articolo non è da farsi se non quando siasi già effettivamente promosso l'incidente di falso civile, vediamo come essa debba avvenire. Si noti anzitutto che nell'articolo si accenna non già ad una sentenza o ad un provvedimento del tribunale, ma bensì ad un'ordinanza del presidente. Or quando è che nella procedura di falso interviene il presidente? Dopo eretto il verbale che propone la querela e ne esprime i motivi, il *documento impugnato* (ed è, lo si avverta, a questo stadio che il legislatore adopera codesta frase), rimane in deposito in cancelleria, ed il cancelliere deve entro le ventiquattro ore presentare il verbale al presidente, il quale con decreto in fine di esso delega un giudice per procedere alla istruzione. Dunque, sorgendo l'incidente davanti il tribunale di commercio, il presidente, invece di delegare un giudice alla istruzione, rinvia la cognizione della querela al tribunale civile il quale delegherà il giudice che procederà anzi tutto alle pratiche richieste dagli articoli 302, 303, 304; prima però devono essere state esaurite le pratiche degli art. 296 e seguenti, e specialmente la parte deve aver dichiarato con atto ricevuto dal cancelliere di proporre la querela di falso.

3. Che cosa avverrà all'udienza del tribunale civile alla quale le parti furono rimesse dal presidente del tribunale di commercio?

Prima del rinvio, per quanto ho già detto, il procedimento stabilito nel § VII della sezione IV di questo libro dev'essere stato in parte esaurito; le disposizioni cioè degli art. 298 a 301 furono seguite e per dar corso alle altre fa duopo di chiedere la nomina di un giudice delegato. Avanti la discussione sulle prove e sui motivi del falso dovrebbe procedersi al verbale per assicurare l'identità e lo stato del documento (art. 303), e quindi alla deduzione delle prove ed alla notificazione d'una risposta sulle medesime (art. 304); nè può ammettersi che si intendano trascurate tutte codeste pra-

tiche utilissime ed essenziali per dar facoltà alle parti di versare tosto all'udienza del tribunale civile sull'ammissibilità della querela. Del resto ciò non dice la legge, ch  anzi dichiara che il tribunale civile *provveder  soltanto sull'incidente di falso*. Il tribunale adunque dovrebbe limitarsi a delegare un giudice affinch  proceda all'istruzione del giudizio di falso ed allo adempimento di quanto prescrivono gli art. 302 a 304 C. p. c.

4. Questo articolo riesce applicabile anche allorquando la giurisdizione commerciale sia esercitata da un tribunale civile?

Fu in generale risposto negativamente perch  nei giudizi commerciali manca il pubblico ministero che pur deve concludere negli incidenti di falso e le parti possono non essere rappresentate da procuratori. — Saredo, *Istit.* n. 689 - Gargiulo, *Comm.* p. 1024 - Mattei, *Annotaz.* - Chauveau e Carr , *quest.* 1529 - Pardessus, n. 1373 - Boitard, t. 2, p. 132.

Siccome perch  fu tolto l'intervento obbligatorio del pubblico ministero anche nelle cause civili, cos  la prima ragione cessa; n  sarebbe sufficiente la seconda per giustificare il rinvio, potendosi facilmente togliere ordinando che le parti nominino un procuratore per proseguire nella trattazione dell'incidente di falso. Verun obbietto pu  farsi a ci  quando si consideri che   omai pacifico in giurisprudenza che se siano riunite nel medesimo tribunale le due giurisdizioni, pi  che una questione di competenza   implicata una questione di rito.

5. Il tribunale di commercio ha facolt  di non ammettere la querela e di decidere in merito quando creda la causa matura a decisione indipendentemente dal documento impugnato di falso. Per tale ragione perch  non pu  il tribunale civile cui sia stata rinviata la cognizione della querela di falso, respingere la querela, poich  altrimenti esso verrebbe a giudicare il merito di una lite sulla quale non pu  pronunciare per mancanza di giurisdizione.

6. Anche in altri casi, oltre quello di cui ho fin qui discorso, si verifica il rinvio dalla giurisdizione commerciale alla civile. Secondo Borsari (*Comm. Cod. Sardo*, III, n. DLXXXVIII), affinch  ci  avvenga   d'uopo che si entri in tal fase che venga a trasformarsi l'*oggetto* della questione   ci  che la nuova che sorge dal seno della vertenza commerciale pi  non conservi la *ragione e il rapporto di mezzo* collo stesso giudizio commerciale, ma acquisti i caratteri di un giudizio sostanziale e per s  stante, dominato da una legge di un diverso ordine o civile o penale. E ci , sebbene sia concordemente ammesso che il tribunale di commercio non formula decisioni sui fatti civili, anche conoscendone, *non decide, ma ragiona* (Borsari, *Comm.* I, p. 522) dimostra coi medesimi ma non giudica relativamente ad essi. In applicazione di cotesto principio dispone l'art. 723 Codice comm. che « se la controversia riguarda la qualit  ereditaria, la causa   rinviata alla giurisdizione civile competente, salva la cognizione del merito alla giurisdizione commerciale ». Vedi Saredo, *Istit.* n. 689 - Gargiulo, *Comm.* p. 1023 - Mattei, *Annotaz.*

407. La parte che non sia comparsa a norma degli articoli 393 e 394,   dichiarata contumace sull'istanza dell'altra parte regolarmente comparsa, salvo quanto   stabilito nel capoverso dell'articolo 381 e nell'articolo 382.

Art. 393 c. p. c.; 230
reg. giud.

La disposizione dell'art. 383 che impone il termine di 60 giorni entro il quale la parte interessata pu  nel procedimento formale civile chiedere la dichiarazione di contumacia della controparte, non   applicabile al procedimento formale commerciale, perch  quel termine non   richiamato, n  abbreviato. — *Appello Milano*, 5 agosto 1869. *Vacca—Vinca. Mon. dei Trib.*, X, 908.

In senso contrario: *Appello Napoli*, 23 luglio 1869. *Beltrame—Direzione delle Gabelle. Annali*, III, 309.

Come avviene la dichiarazione di contumacia nelle cause formali commerciali? È applicabile a queste cause il disposto dell'art. 383 che prescrive che la dichiarazione di contumacia debba esser chiesta entro 60 giorni dalla scadenza del termine di comparizione?

La contumacia, dicono il Borsari ed il Saredo, il primo nel *Commento* a questo articolo, il secondo nelle *Istit.* al n. 690, è dichiarata all'udienza. Della stessa opinione è anche l'avv. Scotti, nella monografia del quale « *Sui giudizi contumaciali* » (p. 641 dell'anno IV, *Archivio Giuridico*) troviamo scritto che « le modalità per la dichiarazione di contumacia nei procedimenti commerciali, formali e sommari, sono le identiche di quelle da seguirsi nel sommario civile. »

Io mi associo all'avviso di questi illustri autori nei seguenti motivi:

Nel procedimento formale commerciale sarebbe impossibile la dichiarazione di contumacia dell'attore durante lo stadio istruttorio, dappoiché, non essendo obbligatoria la costituzione di procuratore, mancherebbe il mezzo di constatarla. In questo procedimento, l'attore, dopo intimato l'atto di citazione, non è verun obbligo tranne quello di depositare nella cancelleria i documenti prodotti in sostegno della domanda (art. 393); nessuna formalità gli è imposta per far constare della comparizione, non essendo obbligato neppure, come lo è il convenuto per l'art. 394, a produrre in cancelleria l'originale della citazione.

Pel semplice fatto della notificazione del libello introduttivo del giudizio egli è adunque a presumersi costituito in causa, e questa presunzione non può cadere se non in faccia alla sua assenza dalla discussione orale.

Ammesso quindi pure che si possa far constare della non comparizione del convenuto per il mancato deposito per sua parte della copia dell'atto di citazione, l'impossibilità della dichiarazione della contumacia dell'attore durante l'istruttoria impedisce ben anche che possa seguire la dichiarazione della contumacia del convenuto. Lo vieta la eguaglianza di trattamento che deve usarsi ad ambe le parti.

Oltre a ciò l'articolo presente, se parla di dichiarazione di contumacia, non richiama però la disposizione dell'art. 383; di conseguenza le modalità del rito formale civile devono ritenere come abbandonate.

È ben vero che l'articolo sembra ammettere la mancanza di comparizione dell'attore per omissione delle pratiche prescritte dall'art. 393, ma un esame a quest'ultimo articolo convince tosto che nessuna pratica è imposta all'attore dalla quale si possa dedurre con certezza che desso non si costitui in giudizio. Se l'attore infatti deve, prima della scadenza del termine di comparizione, depositare nella cancelleria i documenti prodotti a sostegno della domanda, la mancanza di tale deposito produrrà bensì l'effetto che i documenti accennati in citazione non debbano prendersi in considerazione, ma mai la contumacia dell'attore. E ciò tanto più deve ritenersi quando si consideri che non sempre il deposito dei documenti si dovrà fare, potendo darsi il caso che nella citazione non ne sia stata offerta comunicazione.

Concludendo pertanto dirò che non solamente la dichiarazione di contumacia si dovrà fare all'udienza, come fu dimostrato dover avvenire anche nel procedimento formale civile, ma neppure la constatazione della contumacia potrà farsi prima dell'udienza, essendo mestieri seguire le norme del rito sommario civile.

408. La parte che fa notificare la sentenza contumaciale, se non ha domicilio nel comune in cui ha luogo la notificazione, deve sotto pena di nullità eleggervi domicilio, indicando la persona o l'ufficio presso cui lo elegge.

Se vi abbia domicilio, deve farne la dichiarazione a norma dell'articolo 393.

Non è necessario che l'elezione di domicilio prescritta dall'art. 408 sia contenuta nell'atto di notifica della sentenza contumaciale: ma basta in senso di legge che sia fatta in un atto separato qualunque purchè venga contemporaneamente o quasi contemporaneamente notificata alla persona stessa del debitore intimato della sentenza medesima. — *Cass. Firenze, 20 gennaio 1873. Gori—Biagini. Legge, XIII, n. 13.*

409. Le sentenze sia in contraddittorio sia in contumacia possono in ogni caso, sull'istanza della parte, essere dichiarate provvisoriamente esecutive, non ostante opposizione o appello, con cauzione o senza.

Art. 363-365, 475, 477,
482 c. p. c.

1. Potendo i tribunali di commercio in ogni caso concedere l'esecuzione provvisoria delle loro sentenze, quando vi è la relativa domanda, se in questo caso venga chiesta l'inibitoria di esecuzione provvisoria, il giudice d'appello deve solo verificare se in primo giudizio essa fu o non chiesta.

L'esecuzione provvisoria della sentenza può venire ordinata dai tribunali di commercio senza cauzione anche nel caso di insolubilità di chi la chiede; tale esecuzione è lasciata senza limiti al loro prudente arbitrio. — *Appello Torino, 5 luglio 1869. Ghilando—Cignetti. Bettini, XXI, 453.*

2. L'esecuzione provvisoria anco in cause commerciali non può essere rilasciata se non nei casi previsti dall'art. 363 o quando vi sia pericolo nel ritardo. — *Appello Napoli, 20 luglio 1870. De Martino—Mazzella. Annali, IV, 421.*

Contra: *Appello Firenze, agosto 1866. Pagliano—Maldini. Annali, I, 65. — Appello Torino, 14 maggio 1866, Pastormerlo—Laudon-Truccone. Bettini, XVIII, 215. — Appello Ancona, 25 ottobre 1867. Jacob—Lorini. Annali I, 490. — Appello Lucca, 2 marzo 1869. Rodonacchi—Klem. Annali III, 40.*

3. Ai tribunali di commercio non sono prefissi casi tassativi nei quali sia loro fatta facoltà di ordinare l'esecutorietà provvisoria delle loro sentenze con o senza cauzione; per la legalità di tale declaratoria basta che sia emanata sulla domanda della parte. Quindi la sentenza del tribunale di commercio che dichiara la esecutorietà provvisoria della medesima senza cauzione, non è appellabile se non quando manchi la domanda della parte a cui fu concessa. Ciò deve dirsi non ostante sotto qualsiasi motivo di merito si volesse impugnare la legalità di quella declaratoria, se la conclusione è limitata alla domanda di inibitoria della esecutorietà provvisoria. Nè la dispensa dalla cauzione pronunciata dal tribunale di commercio è in tal caso sindacabile in appello. — *Appello Torino, 19 novembre 1872. Chiola—Pavia. Gior. dei Trib., II, n. 15.*

4. Nelle cause commerciali, semprechè vi sia istanza di parte, le sentenze possono dichiararsi esecutive provvisoriamente e non si ammette inibizione in appello. — *Cass. Firenze, 1 febbraio 1875. Teixeira—Mayrargues. Annali, IX, 515. — Appello Firenze, 13 giugno 1871. De Martino—Levi. Annali, V, 232.*

5. Vedi art. 363, sent. n. 22.

Basta che vi sia istanza della parte perchè si possa accordare alla sentenza l'esecuzione provvisoria. E siccome l'inibitoria in appello non può chiedersi se non quando l'esecuzione provvisoria sia stata accordata fuori

dei casi indicati dalla legge, così nei giudizi commerciali non si potrà in argomento ricorrere ai giudici d'appello se non allora che la suddetta esecuzione sia stata accordata senza domanda della parte.

Art. 158 seg., 392, 414,
447, 464 c. p. c.

410. Il procedimento formale, nelle parti in cui non è espressamente regolato da questo capo, prende norma dalle disposizioni del capo I di questo titolo, per quanto siano applicabili.

CAPO IV.

Del procedimento sommario davanti i Tribunali di commercio.

411. Davanti i tribunali di commercio il procedimento sommario si osserva soltanto nelle cause indicate nell'articolo 389.

Art. 156, 390 c. p. c.

412. Nel procedimento sommario il convenuto deve fare all'udienza la elezione o dichiarazione di domicilio, di cui nell'articolo 394.

Nella stessa udienza le parti devono comunicarsi le comparse conclusionali.

Quando alcuna delle parti comparisca per mezzo di procuratore, questi deve presentare il mandato, di cui nell'art. 395, al cancelliere, il quale ne prende nota nel foglio d'udienza.

Le conclusioni potranno prendersi anche oralmente e se ne terrà nota nel verbale d'udienza. — Borsari, *Comm. I*, p. 525. - Gargiulo, *Comm. p.* 1027 - Mattei, *Annotaz.* - Saredo, *Istit. n.* 694.

Art. 391 c. p. c.

413. Quantunque il giudizio sia cominciato col procedimento sommario, il tribunale, può ordinare che si prosegua in via formale, se così richiedano la natura o le particolari condizioni della causa.

Art. 389-392 seg., 410,
447, 464 c. p. c.

414. Il procedimento sommario, nelle parti in cui non è espressamente regolato da questo capo, prende norma dalle disposizioni del capo precedente e dal capo II di questo titolo, in quanto siano applicabili.

CAPO V.

Del procedimento davanti i Pretori.

SEZIONE I.

Dell'istruzione della causa.

Art. 134, 448, 460 c. p. c.;
193 seg. reg. giud.

415. L'attore deve all'udienza stabilita esporre o presentare al pretore la sua domanda coi documenti sui quali si fonda, e dichiarare la residenza, od eleggere o dichiarare il domicilio, in

conformità del n. 5 dell'articolo 134, se non l'abbia fatto nell'atto di citazione.

Il convenuto deve alla stessa udienza dare la sua risposta oralmente o per iscritto, e dichiarare la residenza, od eleggere o dichiarare il domicilio nel modo prescritto per l'attore.

Il pretore può concedere una proroga al convenuto per dare la risposta, o per produrre documenti.

416. Le dichiarazioni di residenza, e le elezioni o dichiarazioni di domicilio, le domande e le difese proposte oralmente sono riferite sommariamente nel processo verbale della causa, il quale è sottoscritto dal pretore e dal cancelliere, previa lettura alle parti.

Art. 4° 5, 417 c. p. c.; 14, 16 tariffa civ.

Quando le domande o le difese siano proposte per iscritto, questo si presenta per doppio originale. Il pretore appone la sua firma sugli originali, e uno di essi è rimesso all'altra parte. Questa disposizione non si applica alle domande proposte nell'atto di citazione.

417. Il pretore, sugli atti avanti indicati, sentite le parti in persona nelle loro ragioni ed eccezioni ulteriori, deve procurare di conciliarle. Se la conciliazione abbia luogo, ne fa risultare con processo verbale sottoscritto anche dalle parti.

Art. 7, 49, 554 c. p. c.; 192 reg. giud.; 16 tariffa civ.

1. Il verbale di conciliazione davanti al pretore non è un titolo contrattuale ricevuto da pubblico ufficiale autorizzato a riceverlo e non può avere forza esecutiva.

Affinchè un atto di conciliazione intervenuto davanti al pretore possa avere forza esecutiva è necessario che a richiesta delle parti o di quella di esse cui interessa, intervenga un'ordinanza la quale attribuisca all'amichevole componimento il carattere esecutivo. — *Appello Brescia, 7 luglio 1868. Rossi—Congregazione di Carità di Pedrenga. Annali II, 457.*

2. Non può attribuirsi carattere di atto esecutivo all'ordinanza emessa dal pretore sovra un verbale di conciliazione per un importo superiore a lire 1500.

Ecco il motivato:

Per l'art. 554 Cod. proc. civ.: « Sono titoli esecutivi: 1. Le sentenze; 2. Le ordinanze e gli atti ai quali sia dalla legge attribuito il carattere esecutivo; 3. Gli atti contrattuali ricevuti da notaro o da altro ufficiale pubblico autorizzato a riceverli ». Prescindendo dal n. 1 del surriferito art. 554, evidentemente estraneo alla specie, la convenuta sostiene che la suddetta convenzione o conciliazione, come fu qualificata dalle parti, costituisce un vero titolo esecutivo così pel n. 2 del ripetuto articolo in contemplazione della suaccennata ordinanza pretoriale, come pel successivo n. 3 in quanto si risolve in un atto contrattuale ricevuto da un ufficiale pubblico, qual' è il pretore, autorizzato a riceverlo dall'art. 417.

La tesi sostenuta dalla appellante non regge per quanto si stabilisce al n. 2 dell'art. 554, poichè giusta il letterale tenore della stessa disposizione non tutte le ordinanze dell'autorità giudiziaria sono titoli esecutivi, ma soltanto quelle alle quali sia dalla legge attribuito un tale carattere, come a cagione di esempio le ordinanze di cui agli art. 245, 267, 288, 321, 323, 329, 377 e 379; ma nessuna disposizione di legge attribuisce forza esecutiva alle ordinanze della natura di quella pronunziata come

sopra dal pretore di Dolo sulla convenzione. 8 luglio 1872, (l'importo su perava le lire 1500 e la conciliazione erasi fatta dietro comparizione spontanea delle parti) non saprebbe in base a quale disposizione di legge, mentre l'art. 417 del Codice di procedura civile ora vigente, discostandosi in questa parte dalla disposizione dell'articolo 49 del Codice per gli Stati Sardi dell'anno 1854, come già se ne era scostato il Codice 20 novembre 1859, non fa neppur cenno di ordinanza del pretore sulle conciliazioni seguite innanzi a lui, ond'è logico il ritenere che il legislatore italiano si sia informato al principio posto dall'articolo 54 del Codice di procedura civile francese, secondo il quale le convenzioni delle parti davanti i giudici di pace hanno forza soltanto di obbligazione privata.

La tesi sostenuta dall'appellante non regge neppure sotto il punto di vista del n. 3 del sovracitato art. 554, imperocchè, se è vero che il pretore è un ufficiale pubblico, è vero pur anche che il pretore di Dolo non era autorizzato a ricevere la convenzione di cui si contende.

Infatti, il chiaro tenore dell'art. 417 del Codice di proc. civ., il solo dal quale l'appellante deduce l'asserita autorizzazione; autorizza il pretore soltanto a far risultare con processo verbale le convenzioni fatte dalle parti in seguito a conciliazione intervenuta sopra causa già promossa innanzi a lui in via contenziosa, non già a ricevere qualunque convenzione piacesse ai contraenti di stipulare in sua presenza sopra oggetti che non formano materia di una controversia già esistente e deferita alla sua cognizione, ciò che appunto si è verificato nel caso concreto. Nella specie il pretore, anzi che fungere l'ufficio di magistrato, venne ad usurpare le funzioni di notaio, e simile abuso che tenderebbe a fare dei pretori altrettanti notai, non è nè può essere giustificato da veruna disposizione di legge. Sta adunque che il pretore di Dolo non era autorizzato a ricevere quale pubblico ufficiale la rammentata convenzione.

A questa conclusione si dovrebbe venire anche per gli art. 71 e 187 del Codice più volte citato, giusta i quali i pretori sono assolutamente incompetenti ad interloquire sopra oggetti il cui valore eccede le lire 1500 e sono tenuti a rilevare d'ufficio tale loro incompetenza; dimodochè il pretore di Dolo sarebbe stato incompetente a prendere parte alla suaccennata convenzione che si riferisce ad un oggetto di gran lunga superiore alla suddetta somma e quindi la convenzione stessa non la si può considerare come ricevuta da un'ufficiale pubblico autorizzato a riceverla e capace d'imprimerle il carattere esecutivo.

A rafferma nel concetto che la convenzione di cui è discorso non può costituire titolo esecutivo vale l'osservazione, che, quando il legislatore volle attribuire ad un verbale di conciliazione la forza esecutiva lo dichiarò espressamente come si rileva dall'art. 7 del Codice di procedura civile, dal quale apparisce altresì che anche in materia di conciliazione il legislatore ebbe riguardo alle regole generali di competenza.

Nulla vi ha di incongruente nel negare al pretore la facoltà di ricevere qualunque atto contrattuale, mentre tale facoltà compete al notaio, poichè altre sono le funzioni dei pretori, altre quelle dei notai, e nel sistema della vigente legislazione l'ufficio del pretore è essenzialmente quello di magistrato giudicante e solo per eccezione gli è attribuita la facoltà, che non è concessa ai tribunali superiori, di far constare mediante processo verbale le conciliazioni seguite per la sua interposizione nelle cause promosse innanzi a lui, ed in generale la materia delle conciliazioni è demandata ai giudici conciliatori, come chiaro apparisce dal titolo preliminare, capo primo del Codice di procedura civile. — Appello Venezia, 31 ottobre 1873. Zanella—Facchinetti. *Eco dei Trib.*, XXIV, 312.

3. L'amichevole componimento acconsentito davanti al pretore per opera di lui e consegnato in apposito verbale sottoscritto dalle parti, dal pretore e dal cancelliere, è pienamente efficace, ed ha forza obbligatoria per sé medesimo (Cod. 1859).

Il Codice di procedura civile del 1854, all'art. 57, accennava già che il giudice di mandamento, prima di sentenziare, avesse a tentare un amichevole componimento, e statuiva: « Che in caso di riuscita conciliazione, il risultamento di essa, scritto in apposito registro e sottoscritto dalle parti, dal giudice e dal segretario, avrà lo stesso effetto della sentenza ».

Il Codice del 1859, nell'articolo 80 fece imperativo precetto al giudice di tentare un amichevole componimento; e se questo ha luogo, aggiunse, ne farà risultare con apposito verbale. Se non ripete le parole espresse nel Codice precedente « avrà lo stesso effetto della sentenza »; non per questo vuolsi credere derogata menomamente la piena efficacia di simile provvedimento. Se infatti vi concorre a porlo in essere lo assenso delle due parti litiganti, trattasi però di un atto a cui interviene precettivamente il giudice, di cui la legge addita la forma, a cui, oltre le parti, sottoscrive il giudice e il segretario, come per dimostrarne l'indole e la forza intrinseca, e la giudiziale sua autenticità. Trattasi di un provvedimento del giudice, il quale riuscì a comporre su date basi entrambe le parti, mercè cui si risolve la controversia, si pone fine al giudizio, e prende il carattere di una sentenza, almeno in quanto ai suoi effetti, in vista dell'autorità che la dettò e che vi pose il suggello.

La legge, oltre l'apposito verbale, sottoscritto dai litiganti, dal giudice e dal segretario, non prescrisse altra forma, nè accennò al bisogno di ridurlo, in verun caso, in istrumento rogato da notaio, nè quindi è lecito di aggiungere alla legge stessa. Per altra parte se, per difetto di riduzione in istrumento, fosse aperta la via ad una delle parti di disconoscere e di impugnare il seguito componimento, il voto del legislatore andrebbe fallito, illusorio, e vano riuscirebbe il precetto della legge. — *Cass. Torino, 17. dicembre 1874. Accame—Tomatis. Annali, IX, 40.*

1. Sebbene il legislatore abbia imposto in modo imperativo al pretore di procurare la conciliazione, pure non ritengo che la violazione di cotesto precetto importi nullità, poichè non la trovo espressamente sancita. Tanto meno poi sarebbe a parlare di nullità se fu omissso di far cenno nel verbale d'udienza del seguito tentativo di componimento, poichè fino a prova contraria è da ritenere che il giudice abbia osservato la legge. — *Conforme: Scialoja, Comm. Cod. Sardo, I, parte II, n. CCXXI.*

Borsari (*Formulario*, p. 169) insegna che il giudizio sarebbe nullo qualora il tentativo di conciliazione fosse stato trascurato, e così sembrami persino anche il Saredo (*Istit. n. 701*) e il Mattei (*Annotaz.*), i quali però non ravvisano la nullità quando del tentativo non siasi fatta menzione nel verbale.

2. È logico e si deduce anche dal tenore dell'articolo che non può il pretore tentare il componimento se le parti non siano comparse in persona o i procuratori non abbiano facoltà di transigere. Però, siccome la legge vuole che il tentativo abbia luogo quando il giudice abbia preso informazioni della causa per le deduzioni di ambi i contendenti, potrà il pretore ordinare in presenza dei procuratori che le parti compariscano all'udienza in persona per esaurire la formalità imposta da questo articolo. La parte che non aderisce all'invito si considera contraria alla conciliazione.

3. Per accettare la conciliazione fa mestieri che il procuratore sia munito di mandato speciale a transigere. — *Scialoja, loc. cit. n. CCLVI - Carré e Chauveau, quest. 225 - Dalloz, VI, p. 336, n. 20 - Thomine, n. 72. — Secondo*

Troplong (*Mandato art. 1988 n. 295*), neppure una procura generale basterebbe all'uopo.

4. Il momento nel quale il pretore dovrà procurare l'accomodamento delle parti si rileva da quanto si legge in questo articolo. Soltanto dopo che, sentita la esposizione delle domande dell'attore, il convenuto ha comunicato in iscritto od ha esposto oralmente all'udienza la propria risposta, ed ambe le parti in persona furono sentite, il pretore eserciterà l'ufficio di conciliatore. Dalle ragioni rispettive delle parti, senza però compromettere l'esito del giudizio, egli trarrà dunque gli argomenti per eccitare i contendenti a comporre il litigio.

5. Qual'è la forza della conciliazione seguita davanti il pretore e quali ne sono gli effetti?

A tale importante quesito fu risposto in parecchie guise così dalla giurisprudenza come dagli scrittori.

Vi fu chi riconobbe nella conciliazione per sé stessa il carattere di titolo esecutivo: vi ebbe chi non ammise che dessa potesse mandarsi ad esecuzione se la forza esecutiva non fosse stata espressamente accordata dal pretore mediante ordinanza: vi fu finalmente alcuno il quale non si accontentò dell'ordinanza, ma esigette che l'esecutività fosse consacrata da una sentenza.

Sostenne assai validamente e dottamente la prima tesi l'avv. Zanchi in uno scritto inserito nel *Mon. dei Trib.*, XV, p. 1034, e gli argomenti coi quali seppe appoggiarla si riassumono così:

1. Se non si ritenessero esecutive le conciliazioni pretoriali non potrebbero considerarsi tali nemmeno quelle che si formano davanti il conciliatore in sede contenziosa. Infatti l'art. 7 C. p. c. non parla che delle conciliazioni in sede officiosa e vi attribuisce esplicitamente forza esecutiva quando non eccedano il valore di trenta lire per distinguerle dalle altre che per un valore superiore si possono fare col suo intervento; del conciliatore come giudice contenzioso il Codice tiene invece parola nel capo VI, tit. IV, lib. I, nel quale, lungi dal trovarsi un riferimento all'art. 7, si richiamano le disposizioni stabilite pel procedimento pretoriale e quindi anche quella dell'articolo presente. Eppure se si ammette che la conciliazione fino a lire trenta seguita davanti i conciliatori in sede officiosa, dietro semplice avviso, è titolo esecutivo, non può logicamente ritenersi il contrario per quella fatta davanti il conciliatore come giudice, a seguito di citazione, per effetto della sua interposizione conciliativa. Ma quella stessa logica, soggiunge l'esimio Zanchi, che ci fa riconoscere assurdo il diniego dell'esecutività nella conciliazione seguita in contenzioso davanti i conciliatori ci obbliga a riconoscere assurdo del pari il diniego dell'esecutività nelle conciliazioni seguite davanti i pretori. L'art. 7 limitò l'esecutorietà delle conciliazioni secondo la competenza del conciliatore, e, quante volte dessa si faccia così davanti al conciliatore come davanti al pretore nella cerchia della loro competenza, non avrà minor efficacia, pel principio che in via di circostanza ci fu affermato dal legislatore coll'art. 7, che cioè la giurisdizione, come importa esecutività della sentenza che definisce l'oggetto della causa, importa esecutività della conciliazione che per mediazione del giudice segue sul medesimo oggetto: principio che se regge per le conciliazioni fatte presso i conciliatori, di necessità deve reggere per quelle fatte presso i pretori, identica essendone la ragione;

2. La conciliazione preoccupa la sollecitudine del legislatore, sta in cima ad ogni suo pensiero, ed è obbligatorio il tentarla così nei conciliatori che nei pretori. Ma se per farla adempiere si dovesse riprendere da capo il giudizio per ottenere una sentenza, oltre ad avere un assurdo *bis in idem* si renderebbe frustranea la conciliazione, si distorrebbero le parti dall'accedervi.

3. La conciliazione quando segua dinanzi il giudice della causa deve aversi per sé come titolo esecutivo; perchè è atto del giudizio che pone fine alla lite per accordo delle parti, e tiene luogo della sentenza; perchè ha luogo davanti al pubblico funzionario che avrebbe competenza a risolvere altrimenti l'oggetto controverso; perchè costituisce un accertamento della obbligazione dinanzi a persona cui dalla legge è attribuita pubblica fede, un

riconoscimento dell'*an et quantum debeatur*, che sono appunto il soggetto del giudizio di cognizione, l'elemento fondamentale, l'antecedente logico e legale del giudizio di esecuzione.

4. Niente v'ha che ripugni per ritenere la conciliazione un titolo esecutivo anche sotto l'aspetto di atto contrattuale pubblico, perchè, appunto per ciò che la conciliazione riesce ad una convenzione ricevuta dal giudice, nella pienezza del suo impero giurisdizionale, fa piena fede fino ad iscrizione in falso, come si trattasse di atto contrattuale pubblico, a differenza della conciliazione ricevuta fuori dei confini della sua potestà giurisdizionale (art. 7), e nel riceverla, come gli fa obbligo la legge, il giudice diventa un ufficiale pubblico a ciò delegato e autorizzato dalla legge stessa.

5. L'art. 554, n. 3, C. p. c. deve comprendere anche le conciliazioni, perchè l'atto, comunque ricevuto dall'autorità giudiziaria, comunque contenga una convenzione, una obbligazione, è tuttavia emanato dall'autorità medesima, all'istesso modo che l'atto ricevuto dall'ufficiale pubblico può dirsi emanato da esso; perchè *emanare*, nel suo significato grammaticale e filologico, esprime *venir fuori, derivare*, e l'atto pubblico vien fuori, deriva dall'ufficiale destinato a riceverlo, come le sentenze, i provvedimenti, le conciliazioni ecc. ecc., derivano dall'autorità giudiziaria.

Altri scrittori ancor prima dello Zanchi aveano propugnato codesta opinione. L'avv. Rocca (*Legge*, VI, n. 51) osservò che anche a termini dell'art. 7 la conciliazione davanti il pretore avrebbe la forza d'una *scrittura privata riconosciuta in giudizio*. E poichè per l'art. 1320 Codice civile la scrittura privata riconosciuta ha la stessa fede dell'atto pubblico fra quelli che l'hanno sottoscritta, dovrebbero concludere che nel senso processuale debba ottenere la parata esecuzione quella scrittura privata alla quale la legge attribuisce la maggiore importanza derivante dalla sanzione del riconoscimento del giudice.

L'avv. Venasco (*Legge* VI, n. 58) aggiunse che negando l'efficacia esecutiva all'atto di conciliazione si creerebbe una nuova classe di scritture pubbliche *sui generis* che mentre meritano piena fede sono poi prive della esecutorietà che ne è la conseguenza. Non può considerarsi la conciliazione come una scrittura privata perchè fu redatta in pubblica udienza e ricevuta da un funzionario pubblico nel pieno esercizio delle proprie funzioni. Né vale il dire che appunto perciò si ritiene come *riconosciuta in giudizio*, poichè la conciliazione riuscita e redatta all'udienza, sino dall'origine è pubblica, non ha preesistito come scrittura privata, nè può discendervi avvegnachè vi osta l'intervento del funzionario giudiziale. Di più, il pretore non è chiamato solamente a dar atto alle parti della loro dichiarazione, ma sibbene deve rivestirla delle volute solennità e stendere un formale processo verbale del componimento redatto dal cancelliere col di lui intervento.

La giurisdizione del pretore è piena, nè soffre limiti nelle cause di sua competenza, e non si può ammettere che gli vengano meno quei poteri che pure sono concessi ai giudici di eccezione quali sono i conciliatori.

Seguendo anzi la tesi contraria si andrebbe incontro all'inconveniente che la conciliazione non sarebbe che l'ultimo stadio d'un giudizio e la base di un giudizio successivo, contrariamente allo scopo propostosi dal legislatore, e si verrebbe a provocare una sentenza da quel giudice stesso che intervenne già prima e autentico l'atto che ne forma la base.

La Corte di Brescia fu la prima ad occuparsi della questione e nella sentenza 7 luglio 1868 (n. 1) così confutò la tesi della quale ho parlato fin qui:

« Il ricevere atti contrattuali, disse la Corte, non è nè può essere secondo suo istituto ufficio del giudice, chiamato soltanto a pronunciare sentenze od ordinanze a decisione di controversie ed è perciò assai grave e inexcusabile errore lo annoverare il giudice fra quegli ufficiali pubblici autorizzati a ricevere atti autentici contrattuali di cui fa menzione l'articolo 1315 Codice civile, e qualsiasi atto emanato dal medesimo nell'esercizio di suo ministero non potrà essere che sentenza, provvedimento, od atto, cui per speciale sanzione di legge sia attribuito implicito carattere esecutivo, giusta i due primi numeri dell'art. 554 C. p. c., ma non potrà scambiarsi giammai coll'altra ben diversa specie di titoli esecutivi, che comprende gli atti con-

trattuali ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale, dei quali si parla nel n. 3 del suddetto articolo.

« Ed è ciò sì vero, che nell'art. 7 si concede facoltà al conciliatore di autorizzare la spedizione di copia del processo verbale di conciliazione nella forma stabilita *per le sentenze*, e non già *per gli atti contrattuali*; e se il conciliatore, il cui ufficio è appunto quello di adoperarsi per comporre le controversie, si dovesse insieme col pretore annoverare fra gli ufficiali pubblici autorizzati a ricevere atti contrattuali, la suespressa disposizione riuscirebbe manifestamente del tutto oziosa e ridicola, per la ragione, che i suddetti atti contrattuali avrebbero in sé stessi la virtù esecutiva, e non vi sarebbe stato per ciò bisogno che si accordasse superflua speciale autorizzazione; e all'indole propria d'atto emanante da autorità giudiziaria urtano le disposizioni dell'art. 556, primo capoverso, in cui vuolsi che l'atto contrattuale spedito in forma esecutiva debba essere autenticato nella firma dal presidente del tribunale nella cui giurisdizione fu ricevuto, se l'esecuzione debba farsi in altra giurisdizione, e dall'art. 557 al secondo capoverso, ove si divieta la spedizione di nuove copie esecutive d'atti contrattuali senza l'autorizzazione del presidente del tribunale nella cui giurisdizione furono ricevuti, mentre invece rispetto agli atti giudiziali l'autorizzazione dev'essere data dal conciliatore, dal pretore o dal presidente del tribunale o della Corte da cui *rispettivamente emanarono*; e come mal si direbbe che il notaio emana un rogito, a dispetto della logica e della legge, che parla sempre di ricevimento, così pari stranezza sarebbe il dire che il giudice riceve e si roga d'un atto contrattuale di componimento, quando in argomento d'atti giudiziali la legge adopera sempre giudiziosamente la parola *emanare*..... Che se il legislatore avesse voluto irrazionalmente dare vita ad un vero e proprio atto contrattuale nello stretto significato degli articoli 1315 C. c. e 554 n. 3 C. p. c., allora per essere logico avrebbe senz'altro abilitato il *cancelliere* a riceverlo in presenza del giudice autorevole mediatore, come lo ha abilitato a rogarsi dei processi verbali d'incanto, di rimozione di sigilli, e di inventari (art. 866), e di offerte reali, di pagamenti e di depositi (art. 902 e 906), e d'altri atti che sarebbe qui inutile enumerare per filo e per segno ».

La stessa Corte di Brescia che respinge l'applicabilità del n. 3 dell'articolo 554 ai verbali di conciliazione, crede però che questi divengano titoli esecutivi quando la forza esecutiva sia loro impressa mediante ordinanza.

« Comunque sia (essa dice nella succitata sentenza) la materiale forma onde si vogliono stendere per iscritto le dichiarazioni d'amichevole componimento fatte dalle parti, egli è indubitato che ogniquale volta le parti medesime, o quella di esse cui interessi, non si accontenti di un semplice processo verbale avente soltanto forza di privata scrittura riconosciuta in giudizio, e desideri che venga al medesimo conferita forza esecutiva, bisogna necessariamente che entri ad essenziale complemento dell'atto l'*ordinanza* del pretore che la vi trasfonda, e allora soltanto si avrà emanazione d'atto del potere giudiziario; nella stessa guisa che interviene per qualsiasi processo verbale di istruzione che si voglia mandare ad esecuzione, sebbene le parti litiganti siano fra loro d'accordo, il quale per potersi eseguire debb'essere a complemento rivestito di ordinanza che lo renda esecutivo; dappoiché il potere del giudice sta nella giurisdizione contenziosa volontaria cui è inerente l'impero, e dall'impero come da vera sua origine deriva appunto agli atti giudiziali la efficacia esecutiva, e le ordinanze che dicono di consenso, perché emanate *inter volentes et assentientes*, a differenza di quelle pronunciate *inter nolentes et dissentientes*, si confondono, si compenetrano e si immedesimano coi processi verbali contenenti le dichiarazioni delle parti assenzienti che con esse si chiudono, in modo da formare insieme un solo ed unico atto giudiziale in sua forma compiuto ed inscindibile, che si può veramente dire emanato dall'autorità giudiziaria ».

L'avv. Orefici, che in una monografia nel *Mon. dei Trib.*, X, p. 385, svolse egregiamente questo tema, mentre ritiene che, data la legge qual'è attualmente, il mezzo più sicuro per ottenere l'esecutività della conciliazione sia quello di provocare, non ostante la conciliazione stessa, la sentenza del pretore che dichiara il diritto e pronunzi la condanna quale venne dalle

parti concordata, ed impugna che la conciliazione medesima possa aver per sé sola forza esecutiva, crede tuttavia praticamente preferibile la conclusione della Corte di Brescia.

Anche Gargiulo (*Comm.* p. 1043) stima sufficiente l'ordinanza. — Sostengono invece la necessità d'una sentenza l'avv. De Grazia in uno scritto pubblicato nella *Legge* (VI, n. 67) e il Saredo (*Istit.* n. 701).

Borsari (*Comm.* p. 729) e Mattei (*Annotaz.*) opinano che il pretore non abbia facoltà di rendere esecutivo il verbale di conciliazione e che questo non debba avere altra forza che quella di una scrittura privata riconosciuta in giudizio.

Dopo ciò resta che io esponga il mio avviso su codesta difficile questione, per lo che fa d'uopo ch'io esamini brevemente quanto in argomento prescrivono il Codice francese ed i Codici sardi.

Per l'art. 54 del Codice francese le convenzioni delle parti inserite nel processo verbale di conciliazione davanti i giudici di pace hanno forza di obbligazione privata. Con che si intende non già di negare al processo verbale la fede dovuta agli atti autentici fino all'iscrizione in falso, ma la forza propria degli atti medesimi consistente specialmente nell'esecuzione parata. Questa distinzione, nota lo Chauveau (in Carré, *quest.* 231) è ammessa universalmente, e particolarmente da Merlin, Pigeau, Favard, Thomine, Boncenne, Boitard e Dalloz (*voc. Concil.* n. 372), ed ha origine da una certa diffidenza rispetto ai giudici di pace e da viste favorevoli all'interesse dei notai, per impedire alle parti di eluderne il ministero facendo venir meno i giudici di pace allo scopo della loro istituzione.

Il Codice sardo 1854 non conteneva l'istituzione dei conciliatori, ma nelle cause pretoriali aveva distinta la procedura secondo il valore. Per le cause fino a lire 100 prescriveva un procedimento affatto orale; i provvedimenti del giudice, in caso di mancata conciliazione, avevano esecuzione senz'altra formalità, tranne quella d'essere scritti nel registro a ciò destinato, letti alle parti e sottoscritti da esse, dal giudice e dal segretario. In caso poi di riuscita conciliazione, il risultamento di essa, scritto in detto registro e sottoscritto come sopra, aveva lo stesso effetto della sentenza (art. 57). In tutte le altre cause invece il procedimento era simile all'odierno, ed all'art. 59 disponevasi che il giudice doveva innanzi tutto tentare un amichevole componimento; se questo aveva luogo, doveva farne risultare, richiedendolo le parti od una di esse, con ordinanza, la quale doveva provvedere in pari tempo per l'esecuzione di quanto nel componimento fu stabilito. Queste ordinanze (art. 65) dovevano esser lette alle parti, indi da esse sottoscritte, e successivamente firmate dal giudice e dal segretario.

Nel Codice 1859 questa differenza fra le cause di valore inferiore a lire 100 e le altre fu tolta, e gli art. 57 e 59 furono perciò fusi in uno solo che omise però di parlare di ordinanza, ma stabili che allorquando la conciliazione riusciva, il giudice era autorizzato a farne risultare, richiedendolo le parti od una di esse, con apposito verbale sottoscritto dalle parti medesime, dal giudice e dal segretario.

E appunto per cotesta innovazione nella forma che taluni hanno dedotto una vera innovazione nella sostanza, vollero cioè che il legislatore abbia inteso di privare la conciliazione del suo carattere esecutivo. Ma io credo che ciò asserendo si cada in un grave errore, si dimostri di non comprendere il significato delle disposizioni degli art. 57 e 59 del Codice 1854. Nelle cause di procedura orale il solo fatto di scrivere il risultamento della conciliazione nel registro e di sottoscriverlo gli infonde efficacia di sentenza; nelle cause di procedura scritta il componimento, per aver forza esecutiva, dev'essere steso dal giudice nella forma delle ordinanze. Non è adunque esatto che dopo scritta a verbale la conciliazione, il giudice la renda esecutiva mediante ordinanza: l'ordinanza è siffattamente immedesimata col provvedimento che l'uno e l'altra sono quasi dalla legge confusi in qualche cosa di bidua natura che si armonizza (come dice lo Scialoja, *Comm.* I, p. II, n. CCXXXVI) ed unifica in un concetto più ampio, espresso colla frase: *avrà effetto di sentenza*. Si noti infatti che l'articolo 59 vuole che il giudice faccia risultare del componimento con una ordinanza, le quali parole mostrano come

l'ordinanza compenetri il provvedimento, lo provi ad un tempo e lo converta in atto che ha virtù di sentenza.

L'illustre Scialoja insegna appunto nel *Comm. Cod. Sardo*, V, n. CLXXI che il componimento amichevole fatto innanzi al giudice di mandamento è bastevole a costituire ipoteca ed a promuovere l'esecuzione forzata.

Da questa indagine storica mi sembra risulti pienamente provato che il legislatore tacendo dell'ordinanza non ha già voluto togliere alla conciliazione la forza esecutiva, ma delle due disposizioni suaccennate degli articoli 57 e 59 ha adottato quella dell'art. 57; si accontentò della semplice registrazione a verbale colla sottoscrizione delle parti, del giudice e del cancelliere. Se il legislatore avesse inteso altrimenti, avrebbe indubbiamente dato un motivo della riforma, ne avrebbe esplicitamente fatto cenno; invece noi vediamo soltanto che all'ordinanza dell'art. 59 fu sostituito il semplice verbale dell'art. 57 senza dire che a questo si intendono tolti gli effetti già stabiliti dalla legge e conformi alla sua indole.

Il Codice attuale non ha fatto che ripetere l'art. 80 del Codice del 1859: le osservazioni precedenti valgono quindi anche pel nostro articolo, e ci è lecito concludere perciò che indipendentemente da qualsiasi provvedimento, il verbale di conciliazione ha effetto di sentenza.

Quanto fu esposto per sostenere che il verbale di conciliazione deve ritenersi compreso fra gli atti ricevuti da pubblici ufficiali secondo l'art. 554 n. 3, mi convince assai più degli argomenti addotti dalla sentenza della Corte di Brescia per provare il contrario, poichè non può negarsi che il pretore sia un pubblico ufficiale, che la legge gli abbia dato facoltà, nelle cause di sua competenza, di far risultare a verbale del componimento ottenuto fra le parti. Nè valgono gli obbetti della suddetta sentenza, che se la conciliazione fosse un atto contrattuale dovrebbe spedirsi soltanto dietro autorizzazione del presidente del tribunale, e che non il giudice, ma il cancelliere avrebbe dovuto essere delegato a ricevere l'atto, poichè sebbene contenga una convenzione, l'atto non cessa per questo di essere *giudiziale*, e di più doveva essere il pretore che lo dettava e raccoglieva, appunto perchè esso deve logicamente tener le veci della sentenza che chiude il giudizio.

Ma prescindendo anche dal voler ritenere applicabile l'art. 554, n. 3, la forza esecutiva sarebbe accordata al verbale di conciliazione dal n. 2 dell'articolo stesso, poichè non si può negare che il verbale medesimo sia un atto al quale la legge attribuisca carattere esecutivo senza andare incontro a gravissimi inconvenienti, e rendere l'istituzione di cui parla l'articolo presente di nessun pratico effetto. Tanto col mezzo dei verbali di conciliazione, quanto mediante le sentenze, solennemente si pone termine al litigio, e si definiscono irrevocabilmente i rapporti giuridici delle parti. Non saprei quindi trovare un plausibile motivo pel quale il legislatore avesse voluto differenziare la forza di questi due atti giudiziari al momento di mandarli ad esecuzione.

Ma v'ha di più: negando alla conciliazione il carattere di titolo esecutivo si lederebbero i due fondamentali principii del diritto processuale: massima celerità e minimo dispendio; nessuno vorrebbe più definire la lite col componimento, quando poi non potesse valersi del verbale che lo racchiude come di una sentenza, ma dovesse, in caso di inadempimento, ricorrere di nuovo al giudice perchè pronunciasse una sentenza, e così si troverebbe in peggiore condizione colui, che, obbedendo al voto della legge, accettò la conciliazione, di quegli che, prevedendo le conseguenze, si è rifiutato di definire amichevolmente il litigio.

In appoggio della tesi che io propugno vengono anche le istruzioni ministeriali 28 giugno 1866 sulla tariffa civile, dove all'art. 14 è detto che i processi verbali delle conciliazioni sono titoli esecutivi e devono come tali venir rilasciati per copia in forma esecutiva, ciò che fu ripetuto nella Nota 11 febbraio 1870 del Ministero di grazia e giustizia, colla quale fu avvertito che le copie in forma esecutiva dei verbali di conciliazione devono rilasciarsi in bollo da lire 2 (*Massime del registro*, fasc. VI, 1870).

E per queste ragioni che io mi associo a coloro che opinano avere il verbale di conciliazione davanti i pretori forza esecutiva per sè solo. Qualora

poi si ritenesse necessario un provvedimento del giudice che conceda l'esecutività, crederei dovesse bastare l'ordinanza, poichè sull'accordo delle parti il pretore nulla ha da giudicare, e la sentenza renderebbe evidentemente illusorio il beneficio della conciliazione, causando quelle spese che il legislatore ha voluto fossero evitate.

418. Quando la conciliazione non riesca, le istanze e difese ulteriori possono proporsi oralmente o per iscritto, nel termine stabilito dal pretore, osservate le disposizioni dell'articolo 416.

Art. 47 c. p. c.

I termini possono prorogarsi soltanto una volta.

419. I documenti presentati da una parte sono comunicati all'altra.

Le scritture originali possono comunicarsi per copia; sulla copia e sull'originale il pretore appone la sua firma, previa la collazione fattane dal cancelliere in presenza delle parti.

1. È troppo chiaro pel disposto da questo articolo che i documenti si comunicano all'udienza, previa collazione da parte del cancelliere. Per tale comunicazione è stabilito dall'art. 15 della tariffa a pro del cancelliere il diritto di centesimi 25 qualunque sia il numero dei documenti.

Se poi fra i medesimi vi fossero scritture originali (che non ponno naturalmente essere che private) comunicate per copia dalle parti, per ognuna di esse scritture, compresa la collazione da farsene dal cancelliere sarà esatto da questi il diritto di centesimi 50.

2. Le copie dei documenti che si comunicano devono essere scritte in carta da bollo?

L'art. 19 § 3 della legge sul bollo dispone che si devono scrivere sulla carta da centesimi cinquanta « tutti gli atti si per originale *che per copia* dei procedimenti in materia contenziosa o di volontaria giurisdizione di competenza dei pretori, escluse le copie delle sentenze ».

Ora le note ministeriali 22 luglio 1869 n. 6259, e 7 agosto 1869 n. 125-54, dichiarano che l'articolo sopradetto deve ritenersi applicabile anche alle copie che le parti si comunicano fra loro e che, a sensi dell'art. 419 C. p. c., devono pure essere collazionate dal cancelliere e firmate dai pretori.

420. Quando si faccia luogo a qualche atto d'istruzione, per cui la causa sia rinviata, le parti sono rimesse ad altra udienza fissa.

L'articolo presente deve, a mio avviso, intendersi nel senso che il pretore *dopo esaurito l'incombente*, rinvia la causa ad altra udienza se non la si può definire immediatamente. Il legislatore ebbe adunque con questa disposizione lo scopo di non obbligare le parti ad una nuova citazione per la prosecuzione del giudizio, a risparmio di spese e di lunghe pratiche che sarebbero state di ostacolo alla celerità del giudizio.

In questa opinione mi raffermo il disposto dell'articolo 92 del Codice sardo che assai più chiaramente stabiliva « che quando si faccia luogo all'eseguimento d'incombenti od a qualsivoglia atto d'istruzione, *se non sarà definitivamente posto termine alla controversia nella stessa udienza*, il verbale di contraddittorio, o la sentenza dovrà sempre contenere remissione delle parti ad udienza fissa ».

Art. 352, 356, 380, 423
c. p. c.; 196 reg. giud.

421. Il pretore, quando ravvisi la causa istrutta sufficientemente, o la parte dichiararsi di non voler rispondere, se non creda di pronunciare la sentenza nella stessa udienza, stabilisce per la pronunziamento una delle prossime udienze.

Le parti devono rimettere al cancelliere gli scritti e i documenti riuniti in fascicoli.

1. Dispongono gli art. 196 e 197 del reg. gen. giud.:

« Art. 196. Nel caso previsto dall'art. 421 C. p. c. la rimessione degli scritti e documenti alla cancelleria dovrà farsi entro le ore ventiquattro dalla data dell'ordinanza di cui nell'articolo medesimo. Se la consegna si ometta da alcuna delle parti, la sentenza è pronunciata sulle carte e sui documenti depositati dall'altra parte; se tutte le parti abbiano omessa la consegna, la sentenza non può essere pronunziata se non preceda nuova citazione o volontaria comparizione delle parti ».

« Art. 197. Quando il pretore, valendosi della facoltà che gli è data dall'articolo sovracitato, rimandi la pronunziamento della sentenza a una delle prossime udienze, la pronuncia non potrà essere differita oltre la quarta udienza successiva ».

Art. 193, 196 seg.; 449
c. p. c.

422. Quando nella prima risposta il convenuto domandi di chiamare in causa un garante, il pretore accorda un termine per citarlo.

Se la domanda non sia fatta nella prima risposta, o la citazione del garante non sia eseguita nel termine stabilito, l'istanza in garanzia è separata dalla causa principale.

1. La frase « prima risposta » non equivale certamente all'altra « prima udienza » e perciò la chiamata in causa del garante si potrà proporre in quella qualunque udienza nella quale si deduca per la prima volta la propria difesa, foss'anche dopo il tentativo di conciliazione. Caduto anzi senza effetto il componimento, si potrà avanti di proporre altre difese, se una se ne sia fatta prima, avanzare la domanda di chiamata in garanzia. — *Conformi*: Borsari, *Comm.* I, p. 532 - Gargiulo, *Comm.* p. 1048 - Mattei, *Annotaz.*

2. Essendo l'articolo imperativo non può il pretore rifiutare un termine congruo per la citazione del garante. — *Conformi*: Gargiulo, *loc. cit.* - Saredo, *Istit. n.* 703 - Mattei, *Annotaz.* - Scialoja, *Comm. Cod. Sardo*, I, p. II, n. MCCXXVII - Carré e Chauveau, *quest.* 142 e 143 ter. — *Contra*: Pigeau, *Comm.* art. 32, t. 1, p. 90.

3. Può benissimo il convenuto prima di comparire citare in giudizio il garante, e se non lo poté per la stessa udienza di comparizione, avrà diritto di domandare che la causa principale sia rinviata all'udienza fissata al chiamato in garanzia. — Gargiulo, *loc. cit.* - Scialoja, *loc. cit.* n. MCCXXVIII - Mattei, *Annotaz.* - Chauveau e Carré, *quest.* 143 - Pigeau, *loc. cit.* - Thomine, n. 54.

Se però il termine concesso al garante fosse soverchiamente lungo il pretore potrebbe rinviare la causa ad un'udienza più vicina ordinando che per essa sia citato anche il garante.

4. Questo articolo non parla che del convenuto poichè se l'attore vuol chiamare un garante può farlo introducendo il giudizio. Però potendo la necessità della garanzia sorgere per le riconvenzionali del convenuto, siccome per queste l'attore sarebbe convenuto, deve ritenersi a lui applicabile l'articolo in esame. — *Conformi*: Scialoja, *loc. cit.* n. MCCXXX - Carré, *quest.* 143 bis.

5. L'articolo deve pure ritenersi applicabile al caso in cui il garante voglia chiamare in giudizio a sua volta il proprio garante. — *Conformi*:

Scialoia, *loc. cit.* — Carré e Chauveau, *quest.* 144 — Pigeau, *loc. cit.* p. 91 — Thomine, n. 54.

6. Non è appellabile la deliberazione (che in caso di disaccordo sarà una sentenza) del pretore, che accorda il termine per la citazione del garante, poichè dessa non pregiudica punto il merito e non è che un provvedimento preparatorio. L'appello impedendo d'altro canto la prosecuzione della lite principale metterebbe l'appellante in contraddizione con sè medesimo, poichè, producendolo, egli prolungherebbe il ritardo della decisione che rimproverava al pretore. — Gargiulo, *loc. cit.* — Saredo, *Istit.* n. 703 — Mattei, *Annotaz.* — Carré e Chauveau, *quest.* 142.

7. A *contrariis* si rileva da questo articolo che nei casi in cui la domanda di garanzia è fatta in termine e la citazione è pure eseguita a tempo, il pretore deve procedere congiuntamente sulla causa principale e su quella per garanzia. Con tutto ciò la separazione può ordinarsi allorquando, dopo assunte informazioni sull'indole della causa per garanzia, questa si appalesi di troppo lunga istruzione, mentre la causa principale è matura a decisione. — *Conformi*: Gargiulo, *Comm.* p. 1048 — Saredo, *Istit.* n. 703 — Scialoia, *loc. cit.*, n. MCCXXXIII.

423. Chi abbia interesse nella causa può intervenire, finchè il pretore non abbia provveduto per la pronunziiazione della sentenza a norma dell'articolo 421.

Art. 201, 203, 421 c. p. d.

La parte che vuole chiamare in causa un terzo a cui creda comune la controversia, deve dichiararlo all'altra parte prima del provvedimento suddetto. Il pretore stabilisce un termine per la citazione del terzo.

È ammissibile la domanda d'intervento fatta presenti le parti, durante l'esperimento di una prova; ed il giudice nell'ordinarlo può sospendere e rimandare ad altra udienza l'esperimento della controprova. — *Cass. Torino*, 12 novembre 1874. *Castiglioni—Oddi. Gior dei Trib.*, III, n. 296.

In questo articolo non si fa parola dell'intervento ordinato dal giudice. Non può però da tale silenzio dedursi che il legislatore abbia voluto escluderlo nei giudizi pretoriali. — *Conforme* Borsari, *Comm.* I, p. 532.

424. Gli interrogatorj possono proporsi oralmente o per iscritto.

Art. 217 e seg.; 451 c. p. c.; 16 tariffa civ.

Quando non sia contrastata l'ammissione degli interrogatorj, il pretore può ordinare all'interrogato, che sia presente, di rispondervi immediatamente.

Se sia contrastata l'ammissione degli interrogatorj, e questi siano stati proposti oralmente, il pretore determina nella sentenza in modo preciso i fatti sui quali si deve rispondere.

1. Il pretore delegato a ricevere la risposta di una parte ad un interrogatorio dedotto dall'altra, deve ricevere la risposta quantunque la parte chiamata a rispondere si sia presentata un'ora dopo l'apertura dell'udienza, ma prima che questa fosse terminata o chiusa. — *Appello Torino*, 28 aprile 1868. *Giurisprudenza*, V, 468.

2. Il provvedimento che ammette gli interrogatori dedotti dall'attore al convenuto contumace à carattere di sentenza, e deve essere notificato al

contumace personalmente e non per affissione. — *Cass. Firenze, 17 giugno 1872, Mancini—Rigacci. Annali, VI, 233.*

Sebbene gli interrogatori possano proporsi oralmente, pure non è da mettersi in dubbio che i capitoli della prova debbono essere specificati nel verbale o nella ordinanza che sull'accordo delle parti accoglie la prova stessa, e ciò quand'anche l'interrogato risponda immediatamente. Se nell'articolo non si parla della redazione dei capitoli altro che nel caso siano ammessi con sentenza, in seguito al disaccordo dei contendenti, tuttavia è evidente la necessità che si abbia in causa la formula esatta sulla quale fu chiesto l'interrogatorio, così per gli stadi superiori del giudizio che per l'effetto dell'art. 218 C. p. c. Ciò risulta anche dalla *Relazione* Pisanelli che così si esprime: « Come le istanze e le difese possono proporsi verbalmente, così potrà anche essere verbale la deduzione delle prove. Ma quando la prova sia stata articolata oralmente, il giudice dovrà determinare nel processo verbale, nel provvedimento o nella sentenza che la ordina, i fatti su cui essa deve cadere ». Anche lo Scialoja commentando l'art. 96 del Codice sardo, è di questo avviso:

« Dinanzi ai giudici di mandamento, egli dice (*Comm. I, parte II, n. DI*), le interpellanze sono fatte verbalmente all'udienza e ad esse deve risponderci immediatamente. Nessuna speciale formalità, nessun termine. Il che però non vuol dire che le cose allegate non debbano essere scritte nel registro ove sono distesi i verbali d'udienza ».

Relativamente alla conseguenza della mancanza di risposta all'interrogatorio devonsi rammentare che, secondo il Codice sardo, mentre negli altri giudizi, in caso di rifiuto di rispondere, i fatti si ritenevano assolutamente come ammessi, nelle cause pretoriali il legislatore dava al giudice il potere di estimarli e tenerli per ammessi o no, secondo le circostanze. Questa differenza fu motivata dall'essere uno solo il giudice e dall'essere le cause trattate dalle parti in persona. Siccome però l'articolo presente non riproduce codesta eccezione, così, a termini dell'art. 447, dovremo ritenere valevole anche presso i pretori quanto dispone l'art. 218.

Art. 48, 220, 221, 222,
452 c. p. c.; 16 tariffa civ.

425. Il giuramento decisorio può essere deferito dalla parte personalmente, o per mezzo di mandatario. Il mandato deve essere speciale per questo oggetto, salvo che la parte sottoscriva l'atto col quale è deferito.

La formola del giuramento può essere proposta oralmente, o per iscritto; la formola proposta oralmente è ridotta in iscritto nel processo verbale della causa.

Se la parte cui è deferito il giuramento non sia presente, o chieda un termine per fare osservazioni sull'ammissione o sulla formola del giuramento, il pretore stabilisce all'uopo l'udienza.

1. La sentenza che ammette il giuramento essendo appellabile, è evidente che il pretore non potrà stabilire l'udienza per la prestazione di esso se non in relazione alla scadenza del termine per proporre l'appello; salvo poi alla parte che non intenda appellare di citare l'altra per la destinazione d'una udienza precedente.

2. Credo anch'io con Borsari (*Comm. I, p. 534*) e Gargiulo (*Comm. p. 1052*) che davanti i pretori non debba osservarsi il termine di 15 giorni stabilito dall'art. 223 per la notificazione dell'ordinanza che fissa il giorno del giuramento. L'udienza sarà dal pretore destinata con quell'intervallo che stimerà necessario secondo le circostanze. Difatti l'articolo presente non richiama l'articolo 223 il quale non è nemmeno accennato nell'art. 438 ove si

prescrive la notificazione personale per l'ordinanza come sarebbe stato indubbiamente qualora si fosse ritenuto applicabile nei giudizi pretoriali.

Tale differenza era in modo assai più esplicito che non nel Codice attuale sancita nel Codice sardo che pure nei giudizi davanti i tribunali e le Corti prescriveva che l'ordinanza fosse notificata otto giorni prima di quello fissato per la prestazione del giuramento.

3. La parte che ha deferito il giuramento potrà certamente chiedere un termine per deliberare nel caso che dall'avversario gli venga riferito. — *Conforme*: Scialoia, *loc. cit.*, n. DXVII.

426. La prova testimoniale può essere dedotta oralmente o per iscritto. Quando sia dedotta oralmente, il giudice determina i fatti da provarsi.

Art. 229, 232, 234, 246
c. p. c.; 16 tariffa civ.

1. Il pretore che raccoglie la prova testimoniale per giurisdizione propria in una causa di sua competenza, può con semplice ordinanza rigettare gli articoli che creda non ammessibili. — *Cass. Napoli, 14 gennaio 1868. Sacco—Romeo. Annali, II, 257.*

2. La pronunzia colla quale il pretore ammette la prova testimoniale è una sentenza interlocutoria, quantunque non sia preceduta da alcuna motivazione nè in fatto nè in diritto.

Quindi il termine per eseguire la prova incomincia a decorrere dopo quello stabilito per l'appello dalla detta sentenza. — *Cass. Napoli, 14 novembre 1874. Aciermo—Corcione. Annali, IX, 18.*

Vedi all'art. 447 sull'applicabilità nei giudizi pretoriali, delle forme e dei termini di cui agli art. 229, 232, 233, 234 C. p. c.

427. Quando la citazione dei testimoni si debba eseguire nel comune istesso in cui devono essere esaminati, si può fare verbalmente colla sola menzione di essa nel processo verbale di udienza; se fuori, si fa per biglietto.

Art. 238 c. p. c.; 192
reg. giud.

Citare verbalmente i testimoni significa che l'uscieri li avverte a voce del giorno dell'esame e poi riferisce pure a voce la notificazione.

428. Quando si faccia luogo a perizia, il pretore stabilisce il giorno per il giuramento del perito.

Se il perito non comparisca è citato nella forma stabilita per i testimoni, e, non comparendo tuttavia, è nominato un altro perito.

Il pretore fa dar lettura al perito del processo verbale, o della sentenza che ha ordinato la perizia.

La relazione del perito è fatta verbalmente o per iscritto, secondochè sia ordinato dal pretore, ed è presentata nel giorno in cui fu eseguita la perizia, salvo che, per la distanza del luogo, o per altro motivo, il pretore abbia stabilito un altro giorno.

Art. 253, 264, 427, 429,
454 c. p. c.; 16 tariffa civ.

1. Dalle succinte disposizioni di questo articolo si deduce: che o dalle parti d'accordo, o dal pretore d'ufficio viene nominato un solo perito (art. 253);

che la citazione del perito si può fare verbalmente, ed ove questa non raggiunga l'effetto, il perito è citato con biglietto a comparire per la prestazione del giuramento; che dopo prestato il giuramento, si dà lettura al perito del processo verbale o della sentenza che ha ordinato la perizia, trascurando così il disposto dall'art. 261; che il perito fissa il giorno in cui darà esecuzione alle operazioni affidategli, ed il pretore rimette le parti a questo giorno medesimo per assistere alla relazione, ovvero, per speciali circostanze, determina un altro giorno in cui la relazione dovrà essere prodotta.

Art. 271 e seg. c. p. c.;
17 tariffa civ.

429. Quando nell'accesso giudiziale il pretore debba essere assistito da un perito, sono applicabili le disposizioni dell'articolo precedente.

Art. 282 seg. c. p. c.

430. Quando si debba procedere alla verifica di scritture, il pretore ne ordina il deposito nella cancelleria.

Art. 296 seg., 406, 455
c. p. c.

431. Quando s'impugni un documento come falso, il pretore provvede a norma dell'articolo 406.

1. Se l'incidente di falso sia elevato avanti al tribunale civile che giudicava come tribunale d'appello da una pronuncia del pretore, la sentenza quanto al falso è suscettiva di appello alla Corte. — *Appello Napoli*, 28 maggio 1869. *Grimaldi-Ronchi. Annali*, III, 229.

In senso contrario: *Cass. Napoli*, 1 luglio 1873. *Ronchi-Grimaldi. Annali*, VII, 370. — *Appello Napoli*, 20 marzo 1874. *Beneventano-D'Andrea, Bettini* XXV, 239.

2. Se un documento viene impugnato di falso in un giudizio pretoriale, il querelante deve bensì con atto ricevuto dal cancelliere dichiarare di proporre querela di falso e proporre i motivi, ma, rimesse le parti avanti il tribunale civile in adempimento del disposto dell'art. 406 per le provvidenze sull'incidente, il querelante non ha più l'obbligo di ripetere avanti il tribunale stesso gli incumbenti all'uopo compiuti nel giudizio pretoriale.

Tutt'al più sarebbe necessario che il querelante dichiarasse dinanzi al tribunale di persistere nella querela. — *Appello Torino*, 20 maggio 1872. *Sglarevano-Ciravegna. Giurisprudenza*, IX, 501.

3. Quando si impugni come falso un documento avanti il pretore questi deve rinviare la causa al tribunale civile perchè provveda sull'incidente di falso.

Il tribunale civile può non ammettere la querela di falso se trovi che i dedotti motivi non conducono al falso o che le proposte prove sono insufficienti; ma non può respingerle per ragioni di fatto o di diritto esclusivamente desunte dal merito della causa.

Tanto meno poi se la causa sia di natura commerciale.

Ciò che in questo caso non potrebbe fare il tribunale civile come autorità di primo grado, non può fare la Corte come autorità di appello. — *Cass. Firenze*, 11 marzo 1875. *Ravà-Costantini. Annali*, IX, 137.

1. Come ho detto nel commento all'articolo 406 (nota n. 2), non basta la semplice accusa di falso contro un documento perchè si debba applicare il disposto dall'articolo presente. È necessario che sia prodotta una vera querela di falso dopo che, ad analoga interpellanza, la parte che comunicò il documento ha dichiarato di volersene servire. L'interpellanza sarà diretta all'udienza ed all'udienza pure potrà verbalmente l'interpellato deliberare in argomento; dopo di che chi vuole querelare di falso il documento lo

farà con atto ricevuto dal cancelliere esprimendone i motivi. Soltanto a questo punto, esistendo la querela, il pretore diviene incompetente a giudicare sull'incidente di falso e deve rimetterne la cognizione al tribunale civile fissando l'udienza nella quale le parti dovranno comparirvi perchè sia provveduto sull'incidente medesimo, trasmettendo frattanto il documento al procuratore del re. *Conforme*: Scialoia, *Comm. Cod. Sardo* I, parte II, n. CCCLVI.

2. Quantunque un documento sia impugnato come falso, il pretore può decidere la causa in merito quando trovi a ciò elementi sufficienti prescindendo anche dal documento suddetto; altrimenti sarebbe troppo facile ad un debitore di mala fede di far sospendere il giudizio pretoriale elevando un'eccezione di falso sia pure contro documenti di poca o nessuna influenza nella lite. — *Conformi*: Borsari *Comm.* I, p. 537 - Gargiulo, *Comm.* p. 1057 - Saredo, *Istit.* n. 711 - Mattei, *Annotaz.* - Carré, *quest.* 56, 56 bis, 56 ter. - Thomine, n. 34 - Pigeau, *Comm. art.* 14.

3. Il pretore deve rimettere *sempre* il documento al procuratore del re; all'invece egli non è obbligato a dar corso all'incidente di falso col rinvio delle parti ad udienza fissa davanti al tribunale, qualora non creda influente nella causa il documento impugnato. *Frustra probatur quod probatum non relevat*, osserva il Carré (*quest.* 56). « Sarebbe inutile, egli soggiunge, che il giudice di pace rinviasse al tribunale di prima istanza per procedere ad un giudizio di falso, che infine non avrebbe alcuna influenza sul merito. E potrebbe accadere che il tribunale rifiutando di ammettere le parti a procedere innanzi in questo giudizio, ove egli stesso si convincesse della sua inutilità, venisse a pronunciare sopra una questione di cui è competente il solo giudice del merito, il giudice di pace. Il legislatore ha voluto soltanto che il giudice di pace, qualora si convincesse essere indispensabile di statuire prima sulla impugnazione dello scritto, non potesse egli medesimo procedere in questo incidente ». — *Conformi*: Borsari, *loc. cit.* - Thomine, *loc. cit.* - Scialoia, *Comm. Cod. Sardo*, I, parte II, n. CCCLXIII e CCCLXIV - Gargiulo, *loc. cit.*

4. È appellabile la sentenza del tribunale civile che procede sopra un incidente di falso elevato davanti ad esso per la prima volta, in una causa vertente in grado d'appello da una sentenza del pretore?

Questa elegante questione fu sciolta dalla Redazione degli *Annali* in una nota a pag. 229, vol. III, parte II. « Sia qualsivoglia, dice egregiamente l'onorevole redazione, l'importanza e la gravità dell'accusa di falso promossa nel corso d'una causa civile, la questione non cessa di costituire un incidente della causa medesima; quindi deve, quanto all'appellabilità, subire la regola comune a tutti gli altri incidenti, secondochè siano essi elevati nel giudizio di prima istanza, o nel giudizio d'appello.

« Nè si dica che se l'appellabilità della sentenza sul falso dovesse misurarsi dall'appellabilità della causa principale, ne avverrebbe che la sentenza sul falso proferita dal tribunale civile in una causa pendente innanzi al tribunale pretoriale, non sarebbe appellabile alla Corte, perchè alla Corte non sarebbe appellabile la futura sentenza definitiva sul merito pronunciata dal pretore. Imperocchè, se noi ammettiamo che da una sentenza del tribunale civile che pronunzia sul falso in una causa *pendente* al tribunale del pretore, possa appellarsi alla Corte, lo ammettiamo pel principio, che qualunque pronunzia emanata in primo grado, deve (fuori dei casi espressamente indicati dalla legge), ottenere un secondo grado di cognizione. Ora se in questa materia speciale del falso, la legge ha creduto conveniente di togliere ai pretori la competenza a giudicare dell'incidente di falso, e di mandarla per eccezione al tribunale civile, ciò non toglie che la sentenza del tribunale civile sul falso in una causa pretoriale sia una pronunzia di *primo grado*, e conseguentemente *appellabile*. E poichè l'appello deve interporci a quell'autorità che per ordine gerarchico è immediatamente superiore al tribunale che pronunziò la sentenza, e poichè al disopra del tribunale civile sta la Corte, così diviene evidente che la competenza eccezionale del tribunale civile a giudicare in primo grado sull'incidente di falso, deve di necessità indurre la competenza eccezionale della Corte a pronunziare in grado d'appello.

« E se, per lo contrario noi sosteniamo inammissibile l'appello alla Corte ove l'incidente di falso sia stato elevato *per la prima volta* avanti il tribunale civile, giudicante in secondo grado dalla sentenza del pretore, lo sosteniamo sul principio che le sentenze pronunziate in grado d'appello siano esse definitive, o interlocutorie, sono sempre sentenze sovrane, e non soggette ad altro rimedio fuorché a quello straordinario della cassazione.

« Nè ci muove pure la circostanza, che, a differenza di tutti gli altri incidenti, l'incidente di falso nelle cause pretoriali non possa elevarsi che al tribunale civile, perchè non conviene obbliare la duplice e distinta giurisdizione di cui i giudici del tribunale civile sono investiti, vale a dire di giudici di primo grado, e di giudici d'appello. Finché la causa *pende sospesa* dinanzi al pretore, essi giudicano dell'incidente di falso con giurisdizione eccezionale sì, ma di *primo grado*, e (quasi diremmo) in luogo e per conto del pretore medesimo, che ne ha fatto loro il rinvio. Se però la causa, già definita dal pretore nel merito, sia stata portata ad essi in appello, e pendente l'appello si elevi l'incidente di falso, essi allora ne giudicano sulla diversa giurisdizione di *secondo grado*. Diversamente avverrebbe che quei giudici, i quali sono ormai legalmente investiti della giurisdizione d'appello nella causa *principale*, dovrebbero temporariamente trasformarsi in *giudici di primo grado sull'incidente di falso*: lo che porterebbe alla strana introduzione d'un giudizio di prima istanza nella continenza d'un giudizio d'appello, e quindi ad una mostruosa confusione di due giurisdizioni diverse ».

Tale opinione fu sostenuta anche dall'egregio avvocato Ricci in una nota nel vol. XXVI, col. 239 della *Giurisprudenza Italiana*, anche perchè ammettendo l'appellabilità dal Tribunale alla Corte nel caso in disputa verrebbe a crearsi un terzo grado di giurisdizione; se il pronunciato della Corte sul falso fosse diverso da quello del tribunale, la decisione sul merito non potrebbe rimanere la stessa, e la Corte dovrebbe riformarla giudicando in terzo grado di giurisdizione.

Art. 322 seg., 402-404
c. p. c.

432. Per la discussione di conti il pretore può rimettere le parti davanti un arbitro conciliatore.

Art. 329 seg. c. p. c.

433. Quando si debba dare cauzione, questa è presentata al pretore, e l'atto è ricevuto dal cancelliere, salvo il disposto nell'articolo 331.

Art. 208 c. p. c.

434. Quando sia richiesto un pretore di altro mandamento per atti di istruzione, il pretore richiedente stabilisce l'udienza in cui le parti dovranno presentarsi al pretore richiesto.

Questi, sull'istanza di una delle parti, stabilisce il giorno e l'ora per l'esecuzione dell'atto, dopo la quale rimanda le parti a udienza fissa davanti il pretore richiedente.

Sebbene io debba con Borsari (*Comm. I, p. 538*), Mattei (*Annotaz.*) e Gargiulo (*Comm. p. 1058*) ammettere che sarebbe stato assai meglio che il legislatore non avesse imposta la rimessione ad udienza fissa reciprocamente da parte del pretore delegante e del delegato, tuttavia non so vedere contraddizione fra la prima e la seconda parte dell'articolo. Infatti il pretore richiedente stabilisce l'udienza del pretore richiesto non già per l'esecuzione dell'atto commesso, ma soltanto perchè le parti compariscano per domandare la fissazione del giorno in cui tale esecuzione avrà luogo.

Nemmeno mi pare grave l'obiezione che il pretore delegante ignora quali siano i giorni d'udienza del pretore delegato, poichè la rimessione può farsi alla prima o seconda udienza del mese o della settimana, o quando ne sia il caso alla prima o seconda udienza successiva alla notificazione od al termine d'appello. Ed in ogni modo l'art. 44 C. p. c. provvede a togliere qualsiasi inconveniente.

SEZIONE II.

Delle sentenze, delle ordinanze, e delle spese.

435. Il pretore deve pronunziare la sentenza valendosi degli originali dei processi verbali, degli scritti, e dei documenti presentati dalle parti.

Art. 305, 310 reg. giud.;
4, 79 tariffa civ.

Queste non sono tenute a prenderne copia. Il cancelliere deve spedire le copie o gli estratti che gli siano richiesti.

1. Lo stato della contestazione della lite avanti i pretori, la natura delle eccezioni ed il modo con cui furono proposte può desumersi non tanto dai verbali di udienza quanto dagli scritti e documenti presentati dalle parti. — *Cass. Firenze, 27 marzo 1867. Cavallensi—Dini. Annali, I, 118.*

2. È nulla la sentenza pronunciata da un pretore che non ebbe ad assistere alla discussione della causa se anche questa siasi trattata per memorie scritte e non siasi quindi fatto luogo a discussione. — *Cass. Firenze, 16 giugno 1873. Levi—Trezza. Annali, VII, 328.* — *Cass. Firenze, 30 dicembre 1873. Melotti—Bevilacqua. Annali, VIII, 45.*

1. S'è veduto come la Corte suprema di Firenze abbia con due decisioni sancita la massima che allorquando all'ultima udienza ha assistito il vice-pretore, questi e non il pretore deve pronunziare la sentenza. Le ragioni che ne furono addotte sono in brevi parole le seguenti: Che dall'art. 36 dell'ordinamento giudiziario emerge che se il vice-pretore può esercitare le funzioni del pretore in caso di mancanza o d'impedimento di questi, il primo serba sempre la sua personalità distinta, la sua indipendenza nell'esercizio delle sue funzioni di giudice; esse possono cessare nel corso del giudizio, che continua avanti il pretore, ma ciò s'intende, quando lo stato del processo lo consenta. Che v'ha una coerenza necessaria fra l'udienza e la pronunzia, la quale si ripete e si applica alla funzione del vice pretore che vi sia occasionalmente surrogato; tanto è vero che di regola, secondo l'art. 421, all'udienza medesima si pronuncia la sentenza. Che se vi ha processo nel quale preponderi l'elemento dell'oralità è quello che si forma avanti i pretori ove le scritture sono scarse e non comandate, e perciò l'articolo 357 che si riferisce alla discussione della causa è applicabile anche ai giudizi pretoriali, nei quali adunque non può sentenziare chi non ha assistito alla discussione orale.

Tali argomenti non convinsero tuttavia un egregio corrispondente del *Giornale delle Leggi*, il quale nel vol. IV, p. 344, censurò la Corte suprema con le seguenti osservazioni: Che davanti ai pretori non vi è vera discussione della causa a sensi degli art. 349 e 350 C. p. c., e non v'è nemmeno una disposizione di legge che obblighi il giudice a fissare un'udienza per la discussione. Che la discussione dovrebbe seguire la istruzione, ma per l'articolo 421, appena finita l'istruzione, il pretore pronuncia la sentenza. Che ad ogni modo se per discussione della causa dovesse intendersi quella accennata dagli art. 415 e 418, la coscienza del giudicante ne sarebbe informata poichè ne è fatta relazione nel verbale quando non si comunichi in iscritto mediante comparsa. Che ammettendo la massima stabilita dalla Corte dovrebbe per necessità la stessa estendersi, e ammettersi quindi non solo che il pretore o il vice pretore che assiste alla discussione della causa debba proferire la sentenza, ma eziandio che il pretore o il vice pretore stesso debba assistere a tutte le diverse discussioni della medesima causa, che pos-

sono avvenire in diverse udienze, e perciò il vice pretore non potrebbe più nell'istruttoria delle cause e nel tenere le udienze supplire il pretore in caso di impedimento di quest'ultimo.

A queste obiezioni è tuttavia facilissimo il replicare. Infatti, se una discussione, dopo chiusa l'istruzione, non si effettua davanti i pretori, la si fa però ad ogni udienza durante lo sviluppo dell'istruzione medesima e, sebbene se ne tenga conto nel verbale, pure, volendo la legge che il cenno sia affatto sommario, non può chi non assistè alle osservazioni, che specialmente in sul finire dell'istruttoria si scambiano i litiganti, giudicare con perfetta cognizione della causa. Il sunto del verbale è, ognuno che pratichi le aule pretoriali lo sa, assai sbiadito e breve oltrechè per il disposto della legge anche per il forte numero delle cause che attendono l'evasione ad ogni udienza, e finalmente per risparmio di spesa, di guisa che il medesimo può soltanto offrire al giudice una base per richiamare precisamente le questioni che furono dalle parti discusse.

In secondo luogo non si esige già che colui, sia il pretore o il vice pretore, il quale decide la causa, abbia assistito a tutte le udienze d'istruzione, bensì che egli non si limiti ad interporli fra l'ultima udienza e la decisione arrogando a sè l'ufficio di pronunciarla, ma per informarsi egli stesso della causa dalla viva voce dei contendenti, per assistere in qualche modo alla discussione e dare ai verbali quel complemento e quel colorito che è indispensabile per ben giudicare, ordini una nuova udienza, in seguito alla quale pronunzi. — *Conforme*: Saredo, *Istit. n.* 715.

2. L'indole del giudizio pretoriale, il risparmio di spese che per la tenue importanza della causa dovevasi avere di mira e specialmente la impossibilità in cui sarebbe stato il pretore di pubblicare udienza stante la sentenza hanno indotto il legislatore a non imporre alle parti l'obbligo di unire ai fascicoli le copie dei verbali di causa. La disposizione è così esplicita che fa meraviglia non si voglia osservarla da taluni cancellieri più zelanti del proprio interesse che della esatta applicazione della legge.

Nemmeno è obbligatorio il chiedere copia della sentenza, giacchè la sola pubblicazione delle medesime in presenza delle parti tien luogo di notificazione.

Art. 360, 361, c. p. c.;
282 seg. reg. giud.; 18 ta-
riffa civ.

436. La sentenza deve contenere l'indicazione del nome e cognome, del domicilio, o della residenza delle parti, le domande e le eccezioni, i motivi, il dispositivo.

Quando il pretore pronunzi come giudice commerciale, la sentenza deve farne menzione nell'intitolazione. Il difetto però di questa menzione non annulla la sentenza, salvo le pene disciplinali contro il cancelliere che l'abbia firmata.

1. Tuttochè commendevole l'uso di riportare nelle sentenze dei giudici mandamentali le conclusioni delle parti, ciò non pertanto la omissione di una tal pratica non produce la nullità delle sentenze medesime. — *Cass. Milano, 20 novembre 1861. Cameroni—Tettarupa. Legge, I, 750. — Cass. Torino, 6 giugno 1866. Valse—Valse-Cominet. Legge, VI, 739.*

2. Le sentenze pretoriali devono essere motivate in fatto ed in diritto. — *Cass. Firenze, 25 giugno 1870. Annali, IV, 319.*

1. Nelle sentenze dei pretori non si devono trascrivere le conclusioni delle parti, poichè vere conclusioni non si prendono nel corso dei giudizi pretoriali. Si espongono le domande e le eccezioni che sono sommariamente inserite nel processo verbale dell'udienza e di queste deve poi trovarsi una indicazione, un riassunto nella sentenza, affinchè dalla medesima sia irrefragabilmente attestato che il pretore ha pronunciato sulle cose domandate, su tutto il tema del giudizio.

2. Sebbene la nullità non sia comminata per la inosservanza di alcuna tra le formalità prescritte da questo articolo e dal successivo relativamente alle sentenze dei giudici di mandamento, mentre lo è dall'art. 361 per molte di quelle stabilite dall'art. 360 riguardo alle sentenze dei tribunali e delle Corti, pure è ammesso, si può dire, universalmente che la mancanza degli elementi essenziali, di quelle forme o menzioni che costituiscono la parte sostanziale dell'atto, rende nulla la sentenza anche dei pretori, giusta la sanzione dell'art. 56. Ciò risulta anche dalla circostanza che il legislatore ha creduto necessario di escludere esplicitamente la nullità nel caso previsto dal capoverso di questo articolo.

Così è nulla la sentenza se manca la indicazione della parte a favore o a danno della quale essa è pronunciata; è nulla se non menzioni affatto le domande o le eccezioni; è nulla se trascuri la motivazione; è finalmente nulla se manchi del dispositivo o della firma del giudice. — *Confermi*: Borsari, *Comm.* I, p. 540 - Scialoia, *Comm. Cod. Sardo* I, parte II, n. CCCI - Gargiulo, *Comm.* p. 1060 - Saredo, *Istit.* n. 715 - Mattei *Annotaz.*

3. La data della sentenza è richiesta a pena di nullità nelle sentenze dei tribunali e delle Corti, ma non può ammettersi che la mancanza della data renda nulla la sentenza del pretore. Oltrechè nell'articolo presente la indicazione della data non è prescritta, il tempo in cui fu proferita una sentenza, osserva benissimo lo Scialoia (*loc. cit.* n. CCCVII), è una determinazione estrinseca che non influisce sull'indole dell'atto; la data non è quindi una formalità sostanziale. Anche lo Chauveau (in Carré, *quest.* 593 bis), il Poncet (n. 124), il Dalloz (*vol.* 18, p. 239), il Merlin (*quest. voc. Jugement*), opinano che né l'errore, né l'omissione della data non influiscono sulla validità delle sentenze.

437. La sentenza è sottoscritta dal pretore, e pubblicata dal cancelliere nell'udienza stabilita.

Art. 192, 198 reg. giud.

Se tutte le parti si trovino personalmente presenti alla pubblicazione, la sentenza si ha per notificata.

Negli altri casi la sentenza è notificata alla residenza o al domicilio di cui nell'articolo 415. In mancanza di dichiarazione di residenza, o di elezione o dichiarazione di domicilio, la notificazione può essere fatta alla porta esterna della sede del pretore che ha pronunciato la sentenza.

1. Non è necessario che l'esecuzione forzata di un sentenza del pretore stata pubblicata alla presenza personale delle parti sia preceduta da un'altra notificazione della sentenza stessa. — *Appello Torino*, 5 luglio 1867. *Giurisprudenza*. IV, 522

2. La sentenza del pretore deve notificarsi se anche una sola parte era presente non personalmente, ma a mezzo d'un suo procuratore. — *Cass. Napoli*, 12 giugno 1869. *Virgilio—D'Ippolito. Gior. delle Legge*, I, 197.

3. Se ambe le parti non sono personalmente presenti alla pubblicazione della sentenza la notificazione [di questa deve farsi a tutti i litiganti e quindi anche a quegli che era presente alla sua pubblicazione. — *Tribunale di Genova*, 16 luglio 1870. *Traverso—Canevari. Gazz. dei Trib. di Genova*, 1870, n. 33. — *Cass. Napoli*, 7 luglio 1870. *Ali—Agostino. Gazz. dei Trib. di Napoli*, 1870, 12 agosto.

4. La pubblicazione delle sentenze dei pretori tien luogo di notificazione solo allorchando vien fatta alla presenza di tutte le parti.

Se tutte le parti non sono presenti, la pubblicazione non equivale a notificazione neppure per quelle parti che erano presenti e non fa de-

correre il termine per appellare. — *Cass. Torino, 1 aprile 1874. Castino-Adorno—Spertino e Castino. Giurisprudenza, VIII, 270. — Cass. Milano, 11 gennaio 1866. Murciano—Reghitto. Giurisprudenza, VIII, 270.*

5. Perchè la pubblicazione di una sentenza equivalga alla sua notificazione, è necessario che ambedue le parti siano personalmente e non per procuratore presenti alla pubblicazione. Se pertanto una sola di esse non fu presente in persona, la notificazione della sentenza deve farsi nei modi legali e dal giorno di questa notificazione soltanto decorre il termine ad appellare. — *Cass. Napoli, 2 marzo 1872. Pomodoro—Pansini. Annali, VI, 157.*

6. Per gli effetti della notificazione della sentenza le parti tutte devono essere personalmente presenti alla pubblicazione della medesima. — *Cass. Palermo, 24 gennaio 1874. Caponetti—Asaro. Annali, VIII, 158. — Cass. Palermo, 7 dicembre 1872. Carpenello—Baucina. Annali, VII, 62.*

1. La pubblicazione prescritta da questo articolo si fa mediante lettura dei nomi, cognomi e domicilio o residenza delle parti, e del dispositivo della sentenza. Fatta la pubblicazione, il cancelliere appone alla sentenza la data e la propria sottoscrizione; immediatamente dopo nota nel registro prescritto dall'art. 192, n. 1 (registro dei processi verbali di udienza) del reg. giud., se tutte le parti siano state presenti alla pubblicazione, indicando, ove occorra, il nome e cognome degli assenti ». *Art. 198 reg. gen. giud.*

2. Non v'ha dubbio che le parole « personalmente presenti » usate da questo articolo, equivalgono alle altre « presenti in persona, da sè stesse e non a mezzo di procuratore ». Se il significato grammaticale delle parole non bastasse, il concetto del legislatore risulta evidente quando si rammentino le disposizioni dei Codici precedenti. Il Codice sardo 1854 distingueva le sentenze definitive e le interlocutorie dei pretori; per le prime valeva come notificazione la pubblicazione in udienza innanzi alle parti *personalmente* presenti; per le altre bastava la presenza dei procuratori, e questa distinzione sebbene non mantenuta esplicitamente nel Codice 1859, fu accolta dalla giurisprudenza. Se adunque nel Codice attuale fu tolta la differenza fra le sentenze interlocutorie e le definitive, richiedendosi per tutte la notifica alle parti e si è ripetuta l'espressione « le parti personalmente presenti », usata nel Codice 1854, come antitesi all'altra « in presenza dei procuratori », è evidente che non basta la pubblicazione sia fatta dinanzi i soli procuratori. — *Conformi: Borsari, Comm. I, p. 541 - Gargiulo, Comm. p. 1063 - Saredo, Istit. n. 716 - Mattei, Annotaz.*

3. La pubblicazione non può valere come notificazione nemmeno per la parte personalmente presente per la reciprocità che deve osservarsi fra tutte le parti in materia di termini a sensi dell'art. 45, pel quale il termine della notificazione decorre ad un tempo contro il notificante e contro il notificato. — *Conformi: Borsari, Comm., I, p. 541 - Gargiulo, Comm., p. 1063 - Saredo, Istit., n. 716 - Mattei, Annotaz. - Scialoja, Comm. Cod. Sardo I, p. II, n. CCXXIX.*

Così opinò pure la Commissione legislativa, e dietro un quesito fatto dal Commissario Castelli fu deciso: « Il termine decorrendo anche contro il notificante dal dì della notificazione, così, fallita la circostanza della presenza di tutte le parti alla prolazione della sentenza, si ritiene che la notificazione dev'essere fatta a tutte, al fine che il termine decorra contemporaneamente contro tutte ».

Il Borsari crede che la formula *tutte le parti*, si spieghi in conformità dell'altra adoperata dall'art. 85 del Codice 1859, *entrambe le parti*, nel senso cioè che basta che la parte vincitrice sia completamente rappresentata, di guisa che se cinque fossero gli attori in causa unica e individua, e uno fosse presente, la volontà comune sarebbe sufficientemente espressa dalla sua presenza.

Quanto ai convenuti, ossia coloro ai quali la sentenza dovrebbe notifi-

carsi individualmente, tutti dovrebbero essere presenti; però se la notificazione non dovesse farsi che ad uno solo di essi, cioè al capo, amministratore e rappresentante comune, basterebbe che questi fosse presente.

A mio avviso, anche nel caso supposto dal Borsari, la sentenza dovrebbe notificarsi, poichè la legge, richiedendo che *tutte le parti* siano presenti, non autorizza quella distinzione che forse avrebbe potuto ammettersi per l'espressione « entrambe le parti » del Codice precedente, ed inoltre non è giusto che possa decorrere il termine per appellare contro quella parte che non sia presente alla pubblicazione, anche nell'ipotesi suaccennata, giacchè il partito di non appellare che prendesse colui che ebbe notizia del tenore della decisione, legherebbe altrimenti anche il suo cointeressato.

4. Allorquando la pubblicazione tenne luogo di notificazione per la presenza di tutte le parti, la parte la quale spedisce copia di una sentenza che l'altra parte intende eseguire, non avrebbe diritto a richiedere il rimborso della spesa fatta per la spedizione, salvo che questa avvenga per l'esecuzione forzata. — Scialoia, *Comm. Cod. Sardo*, I, p. II, n. CCCXXVI - Saredo, *Istit. n.* 716.

438. Le ordinanze sono scritte di seguito nel processo verbale di udienza, e sono pubblicate come le sentenze; questa pubblicazione tien luogo di notificazione, quantunque le parti non siano personalmente presenti.

Quando si tratti d'interrogatorj o di giuramento, se la parte che dovrebbe rispondere o giurare non sia personalmente presente, l'ordinanza deve esserle notificata.

Art. 50, 362 c. p. c.; 192
reg. giud.; 4, 79 tar. civ.

I. Insegnano Borsari (*Comm. I, p. 541*), Gargiulo (*Comm. p. 1064*), Saredo (*Istit. n. 716*) e Mattei (*Annotaz.*), che la pubblicazione dell'ordinanza tien luogo di notificazione anche quando non vi fossero presenti nè le parti nè i loro procuratori. La pubblicazione dell'ordinanza in una sala deserta, conclude il Borsari, vale notificazione. Però mentre il primo e l'ultimo dei succitati scrittori non vedono altra eccezione a questo principio oltre quella contemplata dal capoverso dell'articolo e riguardante l'ordinanza che tratta di interrogatorio o di giuramento, gli altri due ritengono che se l'ordinanza sia tale da importare esecuzione in un certo termine, deve notificarsi alla parte che ha da eseguirla e che non fu presente alla pubblicazione fatta in udienza.

A mio avviso e gli uni e gli altri hanno torto, e interpretarono erroneamente le parole di questo articolo: « quantunque le parti non siano personalmente presenti ». Per comprendere infatti la disposizione dell'articolo fa d'uopo metterla in relazione con quella del precedente. In questo si dice che la sentenza si ha per notificata se tutte le parti si trovino personalmente presenti alla pubblicazione. Quanto alla ordinanza, il legislatore volle togliere la condizione della presenza personale delle parti e perciò stabilì che la pubblicazione di essa vale notificazione sebbene non siano comparsi all'udienza i litiganti in persona. Ma non essere obbligatorio l'intervento delle parti non significa che la pubblicazione dell'ordinanza tenga luogo di notificazione anche se fatta senza che sia stato presente alcuno per esse. La lettera della legge si oppone a tale interpretazione, come vi contrasta la logica.

Come può ammettersi infatti che si abbiano a ritenere per notificate le parti di quanto dispone ad esempio un'ordinanza, che fissa l'udienza per l'audizione di testimoni, che provvede all'esecuzione di qualche mezzo istruttorio, quando la pubblicazione ne sia avvenuta in assenza anche dei rappresentanti delle parti? Sta bene che i provvedimenti non intaccano il merito della contesa, ma perchè siano eseguiti è pur necessario che siano portati a cognizione dei litiganti o di chi ne fa le veci. Anche nelle ordinanze pro-

nunciate nei giudizi davanti i tribunali e le Corti è stabilito dalla legge un modo di notificazione speciale (art. 367), la semplice pubblicazione; ma questa non vale se non fu fatta in presenza dei procuratori.

Dopo ciò, siccome questo articolo non fa che dichiarar valida la notificazione dell'ordinanza anche se la pubblicazione di essa non sia stata eseguita in presenza delle parti in persona, deve intendersi richiamata la disposizione dell'art. 367 e ritenersi quindi necessaria almeno la presenza dei procuratori.

La celerità propria dei giudizi pretoriali non deve condurre all'assurdo di ammettere come efficace una notificazione assolutamente fittizia, una pubblicazione che se è indispensabile perchè il provvedimento si estrinsechi, non raggiunge certamente il voto della legge, anzi nemmeno radica la presunzione che le parti abbiano avuto notizia di quanto venne dal giudice ordinato.

Ciò hanno implicitamente riconosciuto anche Gargiulo e Saredo quando richiesero la notificazione di quelle ordinanze che importano esecuzione in un dato termine: eccezione codesta che non avrebbe nessun fondamento nella legge, ma la necessità della quale dimostra la bontà della tesi da me propugnata.

439. La tassazione delle spese, nelle quali le parti sieno condannate, è fatta nella sentenza.

Nella tassazione si possono comprendere soltanto le vacanze necessarie per assistere alle udienze, le quali siano state per ogni volta dal pretore ammesse, e, nella somma stabilita dal pretore, le spese per gli scritti, gli atti, e le copie da esso riconosciuti necessari, avuto riguardo alla natura della causa e alla condizione delle persone.

L'apparente antinomia tra questo articolo e l'articolo 82 della tariffa civile si risolve interpretando quest'ultimo come una norma direttiva anzichè come una disposizione precettiva. — *Cass. Torino, 9 marzo 1870. Robiolio—Gromo-Losa. Mon. Trib., XI, 270.*

1. Per la sua importanza riferisco il motivato della sentenza della suprema Corte di Torino sovracitata: Giusta l'art. 82 della tariffa per gli atti giudiziari in materia civile approvata con regio decreto 23 dicembre 1865, n. 2700, non si possono, *in regola generale*, nei giudizi avanti ai pretori, ammettere in tassa più di due scritti per ciascuna delle parti, e *in via di eccezione* più di tre scritti; nè si può ripetere alcun diritto di scritturazione e di copia se non per ciò che è dovuto ai cancellieri e agli uscieri.

Giusta l'art. 439 C. p. c., nella tassazione delle spese di questo giudizio si possono comprendere soltanto le vacanze necessarie per assistere alle udienze, le quali siano state per ogni volta ammesse dal pretore ecc. ecc. Onde appare che la tariffa restringe i poteri del pretore circa il numero degli scritti e la qualità degli atti da tassarsi, mentre il Codice di procedura civile dopo aver dato le norme da seguirsi nella tassazione delle spese, commette poi la tassa al prudente arbitrio del pretore.

Non si può dire che la tariffa abbia in ciò derogato al Codice di procedura civile o viceversa, poichè l'una e l'altro andarono in vigore lo stesso giorno 1 gennaio 1866 (articolo unico regio decreto 23 dicembre 1865, n. 2700, art. 1 regio decreto 25 giugno 1865 col quale si approva il Codice di procedura civile). Non dovendosi supporre anomalia fra un Codice e una tariffa egualmente in vigore, è forza concludere che la disposizione della tariffa, in quanto restringe la disposizione del Codice, non sia *precettiva*, ma costituisca una semplice *norma direttiva*. E difatti il Codice di procedura civile è la legge principale e comune del rito giudiziario nelle materie civili;

mentre il decreto che approva la tariffa è un provvedimento accessorio che fu dato per la parziale esecuzione del Codice medesimo, nè si può credere che il provvedimento accessorio contraddica a quella legge comune che con esso si voleva far eseguire.

L'avv. Zanchi, in un articolo pubblicato nel *Mon. dei Trib.* XV, 914, si associa pienamente alla massima della suprema Corte di Torino, e ad ogni modo osserva che secondo l'art. 6 della legge 2 aprile 1865, n. 2215, con la quale il Governo del Re fu autorizzato a pubblicare i nuovi Codici ed a fare inoltre le disposizioni transitorie e le altre che fossero necessarie per la completa attuazione degli stessi Codici, fu stabilito che il Governo del Re presentasse alla prossima sessione parlamentare quelle modificazioni che avesse stimato introdurre in ordine alle tariffe vigenti dei diritti giudiziari, *che fossero richieste dall'attuazione delle nuove leggi*; mentre è noto che la tariffa civile in vigore, pubblicata con decreto regio 23 dicembre 1865, n. 2700, non fu presentata alla sanzione del Parlamento. Perciò la tariffa è tuttora unicamente un atto del potere esecutivo che doveva essere ma non fu sanzionato dal potere legislativo. Così essendo la cosa, la tariffa deve solo applicarsi in quanto sia conforme alla legge; ove non lo sia, può con tutta ragione abbandonarsene l'osservanza in causa della sua incostituzionalità.

2. Non è soltanto l'art. 82 della tariffa che si trovi in collisione coll'articolo presente del Codice, chè lo è ancora ed in modo manifesto l'art. 396 della tariffa medesima. Esso è così concepito: « Quando le parti compariscano personalmente alle udienze avanti i pretori potrà essere portato in tassa, secondo la natura delle cause e la condizione delle persone, un diritto da lire una a quattro, purchè ad ogni volta le somme siano state dai detti pretori ammesse, e se ne faccia risultare dal verbale d'istruttoria.

« Questo diritto potrà essere esteso fino alle lire otto, quando le parti risiedono ad una distanza dal capoluogo della pretura maggiore di chilometri quindici.

« Queste indennità non potranno però mai eccedere per cadauna causa le lire dodici nel primo caso, e le lire ventiquattro nel caso previsto dal capoverso che precede, e non possono accordarsi ai mandatarî ».

Nella espressione generica « mandatarî » parrebbero certamente compresi anche i procuratori legali, e di qui sorgerebbe il conflitto fra la tariffa ed il Codice. Senonchè l'egregio avv. Zanchi ha tentato di dimostrare nel suo scritto sovracitato che l'intenzione del legislatore non fu già quella di privare di qualsiasi compenso quei procuratori che prestano l'opera loro spesso tanto necessaria nelle cause pretoriali, ma soltanto di escludere dalle preture, negando loro la retribuzione dei servigi che prestano, i mandatarî non legali, i faccendieri. Egli osserva, come argomento storico assai influente, che soltanto nel Codice sardo 1854 si escludevano dalle spese ripetibili quelle relative all'esercizio del mandato (art. 55 e 67), mentre nel posteriore del 1859 tale disposizione fu tolta del tutto come può vedersi agli art. 77 e 87. « Ad antivenire gli abusi, dice anzi la relazione di questo Codice, che dalla concessa ripetizione possono sorgere, si aggiunge il temperamento di dichiarare ripetibili solo le spese strettamente necessarie per assistere all'udienza, e queste devono essere ogni volta dal giudice ammesse; così per gli scritti, le spese assolutamente necessarie e dal giudice tassate a scanso d'indiscrete pretese ».

Essendosi nel Codice attuale seguito interamente il Codice del 1859 e reso facoltativo l'intervento dei procuratori legali nelle cause di pretura, fu creduto necessario però di provvedere al modo di allontanare dalle aule della giustizia i patrocinanti non riconosciuti dalle leggi, di impedire l'invasione già tanto lamentata dei faccendieri, e fu forse a questo solo scopo che fu dettato l'art. 396 della tariffa, il quale dovrebbe quindi riferirsi ai semplici mandatarî, a coloro che esercitano la professione di procuratore senza averne i requisiti.

Cotesto argomento, già per sé convincente, acquista tanta maggior forza quando si rammentino le disposizioni recenti che regolano l'esercizio delle professioni d'avvocato e procuratore e quelle della legge sul gratuito patrocinio. Per l'art. 54 del regolamento 26 luglio 1874, n. 2012, i procuratori

devono tenere il registro delle cause loro affidate, distinte per competenza di *pretura*, di tribunale e di corte d'appello. Per la legge ultima citata il patrocinio gratuito è obbligatorio per procuratori ed avvocati anche nelle cause pretoriali, ed all'art. 28 della stessa legge si dichiara che devono andare a particolare beneficio del procuratore ed avvocato officioso gli onorari dei difensori ammessi in tassa contro la parte avversa. La legge prevede adunque l'intervento dei procuratori legali nelle cause davanti i pretori, e, lungi dall'equipararli ai semplici mandatari non legali, li mette in una posizione particolare, vuole che dentro i limiti richiesti dalla poca entità della controversia siano compensati delle loro fatiche. Come mai può sostenersi che le parti comparando in persona abbiano diritto di farsi liquidare una indennità a termini di tariffa e tale indennità non possa poi tassarsi quando per le circostanze speciali la parte ha dovuto, a tutela delle proprie ragioni, ricorrere al ministero d'un legale? Se al pretore è lasciata una facoltà nella tassazione delle spese tutta propria e sancita dal presente articolo, non è adunque supponibile che l'ostracismo comminato dalla tariffa sia stato scritto anche per procuratori legalmente esercenti.

Ma se un dubbio potesse restare ancora a tale proposito, l'art. 64 del regolamento 26 luglio 1874 lo dilegua affatto:

« Nell'esercizio della facoltà portata dagli articoli 439 Codice di procedura civile e 82 della tariffa in materia civile, i pretori avranno cura di non ammettere la tassazione delle spese per gli scritti e per gli atti preveduti negli articoli medesimi a favore di coloro che abitualmente esercitano la professione di procuratore senza avere i requisiti prescritti dalla legge 8 giugno 1874 ».

Questo e non altro fu lo scopo cui si mirò anche colla disposizione dell'art. 396 della tariffa.

SEZIONE III.

Della contumacia.

Art. 194 reg. giud.

440. Quando non compariscono nè l'attore nè il convenuto all'udienza stabilita nell'atto di citazione questa si ha per non avvenuta.

Se comparisca soltanto una delle parti, la causa è giudicata in contumacia dell'altra, salvo che sia ordinata una nuova citazione a termini dell'articolo 442, e salvo quanto è stabilito nel capoverso dell'articolo 381, e nella prima parte dell'articolo 382.

1. Non comparendo nè l'attore nè il convenuto nell'udienza stabilita l'istanza con nuova citazione può recarsi alla cognizione del magistrato. — *Appello Napoli 11 ottobre 1867. N.—N. Bettini, XIX, 617.*

2. La sola citazione a comparire avanti il pretore basta a impedire la perenzione dell'istanza e la prescrizione dell'azione quantunque all'udienza nessuno sia comparso. La citazione cioè non si reputa insussistente in questo caso, ma è necessario un nuovo invito all'udienza perchè sia profferita sentenza.

La citazione reputasi come non avvenuta e non l'atto intimato. Ogni atto di citazione contiene in sé due parti, la domanda coi motivi (*edictio actionis*) e l'invito al cospetto del giudice (*vocatio in jus*). — *Cass. Napoli, 15 giugno 1871. Fiore—Nardicchia. Gior. delle Leggi, III, 55 e Gazz. del Proc., V, 403.*

3. Nella contumacia dell'attore la sentenza del pretore che assolve il convenuto dalla domanda promossa contro di lui è definitiva, ed è esaurita la sua giurisdizione. Tale sentenza non può essere impugnata che coll'appello. — *Cass. Palermo, 30 novembre 1872. Casalotto—Pennisi. Bettini, XXIV, 718.*

1. Io non credo che, verificandosi l'ipotesi prevista dalla prima parte dell'articolo, l'atto stesso introduttivo del giudizio perda qualsiasi efficacia. Tale convinzione io traggio anzitutto dalla lettera della legge; infatti, il legislatore distinse molto chiaramente l'atto di citazione in sé stesso, che propone l'azione, e la citazione a comparire ad una udienza che nel medesimo è fatta dall'uscire. Dell'atto non parla, ma dichiara che *la citazione si ritiene come non avvenuta*, la quale frase, appropriata alla citazione propriamente detta, come *in jus vocatio*, sarebbe fors'anche inesatta se si riferisse all'istanza.

In secondo luogo è da osservare che codesta disposizione manca affatto nei Codici precedenti e che nelle relazioni ministeriali sul nuovo Codice e nelle discussioni della Commissione legislativa non se ne fece parola. Eppure, se si può ammettere che il legislatore non abbia creduto necessario di dar ragione della disposizione, quando la si interpreti come io suggerisco, una applicazione cioè ai giudizi pretoriali, di quanto si pratica nelle cause sommarie davanti i Tribunali e le Corti, dove le forme sono più solenni, non si può credere che, senza addurne il motivo, senza nemmeno parlarne nella relazione, il ministro che ha redatto il progetto, abbia voluto introdurre una sì grande innovazione al sistema precedente, quale risulterebbe dall'interpretazione che io combatto.

La non comparsa dell'attore e del reo nell'udienza designata (osserva giustamente la Corte suprema di Napoli nella sentenza succitata, n. 2) rende eguale la loro negligenza o colpa che sia. Laonde la condizione dell'uno non può avvantaggiarsi rispetto a quella dell'altro. Il convenuto, per ottenere l'assolutoria del giudizio nella contumacia dell'attore, deve presentarsi alla udienza e dar le sue conclusioni. Come mai potrebbe avvenire, che rendendosi anche lui contumace, l'istanza dell'attore debba perder ogni suo valore e considerarsi come non fatta? — *Conformi: Gargiulo, Comm. p. 1091, - Gazz. del Proc., Nota della Redazione, V, p. 276.*

2. L'art. 194 del regolamento giudiziario stabilisce che « se all'udienza fissata nella citazione il pretore non possa per qualunque motivo udire le parti darà atto alle medesime della loro comparizione, e rimanderà la causa all'udienza immediatamente successiva. Del rinvio si farà menzione nel registro dei processi verbali di udienza, e ciò basterà perchè nella seguente udienza venga dichiarata la contumacia della parte che non vi sia comparsa ».

La ragione di codesta disposizione sta nel fatto che la causa non è in tale ipotesi per anco contestata davanti al giudice.

Se invece nel giorno indicato nella citazione le parti si presentano ed il convenuto domanda egli un rinvio per rispondere, la causa dovrà essere giudicata in contraddittorio anche se poi il convenuto medesimo rimanga assente. Se si seguisse una diversa soluzione, osserva lo Scialoja nel *Comm. Cod. Sardo I, parte II, n. CCCXCIX*, si eleverebbe accanto alla contumacia per difetto di comparizione, una nuova maniera di contumacia, quella per difetto di difesa, la quale non solo non dev'essere lecita nel silenzio della legge, ma sarebbe contraria allo spirito che informa il procedimento speciale dei giudizi pretoriali. Quando l'attore presenta il suo atto di citazione e il convenuto il riconosce identico a quello intimato a lui, la lite incomincia, le parti ed il giudice devono considerare il contratto giudiziario già incoato. Ciascuna delle parti è libera in seguito d'illuminare la mente del giudice, di produrre prove ecc. A questo fine si concede al convenuto il permesso di difendersi per iscritto. Ma al modo stesso che egli potrebbe non difendersi a voce, può rinunciare alla difesa per iscritto; e siccome non volendo difendersi potrebbe abbandonare l'udienza, così, non volendo esibire alcuno

scritto, può non ricomparire il giorno assegnatogli per presentarlo. Nell'uno come nell'altro caso però egli non può pretendere che gli si conceda oltre del primo favore, anche quello della contumacia.

3. Deve pure ritenersi contraddittorio il giudizio allorquando il convenuto comparso ricusi di difendersi o si restringa a dire che non intende né confessare né negare, giacché si reputa ch'egli non abbia in tal caso eccezioni da opporre. — *Conformi*: Scialoia, *loc. cit.*, n. CD, e Carré e Chauveau, *quest.* 88 e 615.

4. L'art. 386 che autorizza la comparizione del contumace fino alla sentenza definitiva è certamente applicabile anche ai giudizi pretoriali e deve ritenersi richiamato dall'art. 447, perché non vi sarebbe alcun motivo per privare in questi giudizi il contumace del favore che la legge gli concede in quelli davanti i Tribunali e le Corti. — *Conforme*: Fulvio, *Gazz. del Proc.* VI, 362. — *Contra*: Gargiulo, *Comm.* p. 1047 e 1067.

Art. 385 c. p. c.

441. Nel caso di due o più convenuti indicato nel capoverso dell'articolo 382, se l'attore non rinunzi all'effetto della citazione contro i contumaci, il pretore rinvia la discussione della causa ad altra udienza.

L'ordinanza è notificata ai contumaci nel termine stabilito dal pretore.

1. La notificazione dell'ordinanza di rinvio tien luogo della seconda citazione coll'avvertimento richiesto dall'art. 382. Questa notificazione non è necessario sia eseguita da un usciere specialmente destinato, qualunque sia l'opinione che si porti sull'applicabilità dell'art. 385, secondo capoverso, alle cause pretoriali (vedi commento art. 385, nota n. 8). — *Conformi*: Borsari, *Comm.* I, p. 543 - Gargiulo, *Comm.* p. 1068 - Mattel, *Annotaz.*

2. E poi ritenuto da tutti gli scrittori che, dopo dichiarata la contumacia, la notificazione delle istanze e degli atti di istruttoria si possa fare per affissione a sensi dell'articolo 385, primo capoverso. — Borsari, Gargiulo e Mattel, *loc. cit.* - Saredo, *Istit.* n. 718.

442. Quando una delle parti per forza maggiore e notoria sia impedita di comparire al giorno indicato nella citazione, o quando all'udienza il pretore sia in qualunque modo informato che il convenuto non abbia potuto avere notizia della citazione, ne ordina una nuova per altro giorno. Il processo verbale d'udienza ne esprime il motivo.

1. Nelle parole generali *forza maggiore* il legislatore ha formulati tutti gli accidenti, per cui il convenuto o l'attore siano stati impossibilitati a presentarsi in giudizio. — Scialoia, *Comm. Cod. Sardo* I, parte II, n. CDXII.

2. Coll'aggettivo *notorio* si è inteso qualificare un fatto di tal natura che possa essere noto a più individui, a coloro, per esempio, che ne informano il giudice, un fatto di cui è testimone chi lo afferma per essergli caduto sotto i sensi, che fu osservato da più individui, o che può esserlo facilmente.

L'espressione letterale, aggiunge lo Scialoia (*loc. cit.* n. CDXIII), apparentemente troppo severa, può in tal modo essere nella pratica temperata dalla discrezione e dalla prudenza del giudice, perocché l'estimazione della forza e della notorietà dell'impedimento aggirandosi sopra materie di fatto, è abbandonata al suo criterio.

3. Con l'espressione *in qualunque modo*, il nostro legislatore, seguendo il sardo, allarga i mezzi d'informazione stabiliti dall'art. 21 del Codice fran-

cese. Però se il giudice, all'udienza non può venire informato dei fatti che costituiscono l'impedimento, non può supplirvi con informazioni avute privatamente e fuor dell'udienza; la frase *par lui même*, che autorizza codeste informazioni private secondo il Codice francese, non ha la sua corrispondente nel Codice attuale. — Scialoia, *loc. cit.* n. CDXV.

4. Il Borsari (*Comm.* I, p. 544), suppone il caso che la citazione sia stata notificata in persona propria e si domanda se tuttavia sia applicabile l'articolo presente. Se la relazione dell'usciera, egli risponde, porta che la citazione fu notificata in persona propria, il giudice non potrà accettare per vere le informazioni contrarie, senza dichiarare che la relazione è falsa. Ciò, a mio avviso, sta nella sola ipotesi in cui si pretenda che il convenuto non abbia avuto notizia della citazione, poichè sta contro tale asserto la precisa relazione dell'usciera che vale fino ad iscrizione in falso; non può invece ammettersi quando si alleggi soltanto la forza maggiore. *Conforme*: Gargiulo, *Comm.*, p. 1070.

5. Si disputa se la seconda citazione eseguita a termini di quest'articolo per ottemperare all'ordine del giudice, il quale sia informato che la prima non ha potuto giungere a notizia del convenuto, tolga al convenuto stesso il diritto di fare opposizione alla sentenza pronunciata in sua contumacia.

Stanno per l'affermativa: Borsari (*Comm.* I, p. 544), Saredo (*Istit.* n. 719), e Mattei, (*Annotaz.*). — Sostiene invece la negativa il Gargiulo nel *Comm.*, p. 1070, per la ragione che il compito della legge non può dirsi colla seconda citazione raggiunto, giacchè qui siamo in caso di eccezione, la quale poggia sul *fatto reale*, distruttivo della presunzione che il contumace non abbia effettivamente avuto scienza della citazione. Io sto coi primi, sia perchè mi sembra che coloro stessi che ebbero la cura di informare il pretore dell'impossibilità in cui trovavasi il convenuto di ricevere notizia della citazione, si faranno senza dubbio diligenti di avvertire quest'ultimo del rinvio, che il pretore ordinerà ad udienza più o meno lontana secondo le circostanze del caso. In secondo luogo, la legge non distingue: essa toglie il diritto all'opposizione quando la citazione sia stata rinnovata, nè la scienza da parte del pretore del fatto che lo spinse ad ordinare quanto di regola sta nell'arbitrio dell'attore, può valere, secondo a me pare, a rendere obbligatoria la terza citazione per gli effetti degli art. 382 e 474 C. p. c.

6. A ragione il Gargiulo (*Comm.* p. 1070), ritiene che il rinvio all'autorità giudiziaria competente dell'azione principale e di quella in riconvenzione non possa dal pretore ordinarsi, quando sappia in udienza, che il convenuto in riconvenzione sia assente, e che di conseguenza ignori di essere riconvenuto, e chi lo rappresenta non abbia mandato per le cause passive, ma solo per la causa attiva sulla quale si discute.

SEZIONE IV.

Del giudizio possessorio.

443. Chi ha istituito il giudizio petitorio non può più promuovere il giudizio possessorio.

Art. 694-697 c. c.; 82 c. p. c.

Il convenuto in petitorio può per i fatti anteriori alla istituzione del giudizio petitorio, promuovere avanti il pretore il giudizio di manutenzione salvochè vi abbia espressamente o tacitamente rinunciato. — *Cass. Firenze, 13 settembre 1873. Gior. delle Leggi, 1874, n. 207.*

Si domanda se il convenuto nel petitorio sia anch'esso escluso dal poter ricorrere all'azione possessoria.

L'articolo presente è in tutto conforme all'art. 26 del Codice francese così concepito: « Le demandeur au pétitoire ne sera plus recevable à agir au possessoire ». Ora tra gli scrittori di Francia è prevalso il principio, sorretto anche da una quasi costante giurisprudenza, che l'art. 26 accordi al convenuto in petitorio il diritto di intentare l'azione possessoria. Fu detto da alcuni che siccome l'attore promovendo l'azione petitoria riconosce implicitamente il possesso del convenuto, questi mancherebbe d'interesse a farsi attore a sua volta in possessorio, ma fu risposto giustamente che non può essere permesso all'attore di privare la parte interessata dell'azione possessoria superandola in celerità coll'istituire il giudizio petitorio: che il convenuto è interesse ad agire in possessorio, perchè egli ha diritto ai danni in ragione della turbativa, e questi danni non possono essergli agiudicati che a seguito della condanna del suo avversario in possessorio. — Carré e Chauveau, *quest.* 128 - Pigeau, *Comm.* I, p. 76 - Crenhieu, § 431 - Belime, § 303.

Codesta questione però fu risolta in senso sfavorevole al convenuto dal Codice sardo 1854 che all'art. 119 stabiliva che « nè anche il convenuto nel petitorio è ammesso a provocare il giudizio possessorio, ed a chiedere che a tal uopo siano le parti rimandate avanti il giudice di mandamento », escludendo solo l'esercizio dell'azione di reintegrazione (art. 120); e tale disposizione doveva pure implicitamente ritenersi come confermata dal Codice sardo 1859 all'art. 132, il quale ordinava che « dopo istituito il giudizio petitorio ogni richiamo relativo al possesso dipendente da fatti *sia anteriori, sia posteriori* all'istituzione della causa, doveva deferirsi all'autorità giudiziaria innanzi cui pende il giudizio petitorio », fatta sempre eccezione per la *reintegrazione*.

Il Codice attuale ha fatto evidentemente ritorno al principio sanzionato dalla giurisprudenza e dalla dottrina di Francia, ripetendo senza alcuna modificazione l'art. 26 del Codice francese. Difatti l'art. 444 non statuisce che pei *fatti posteriori* al giudizio petitorio e lasciò quindi implicitamente intatta la facoltà al convenuto di lamentarsi pei *fatti anteriori*, ciò che è pure assai logico e giusto giacchè altrimenti il convenuto non potrebbe nè intentare l'azione davanti il pretore, che sarebbe incompetente per opera di chi arrecata la molestia ha agito davanti il giudice del petitorio, e non potrebbe nemmeno rivolgersi a questi trattandosi di *fatti anteriori*. Ciò noi troviamo confermato nella *Relazione* Pisanelli.

« Ma il convenuto nel petitorio, dice il ministro, sarà anch'esso sempre escluso dal poter ricorrere all'azione possessoria? La negativa non può ammettersi in modo assoluto. Se il convenuto fu spogliato del possesso, il giudizio petitorio promosso dall'attore non può impedirgli nè ritardargli la reintegrazione nel medesimo; *spoliatus ante omnia restituendus*. Però, se egli accetta il giudizio petitorio, senza farvi opposizione, senza promuovere l'azione possessoria, non potrà successivamente rinvenire sul proprio fatto col quale ha tacitamente rinunciato al beneficio del possessorio. Qualora il convenuto sia soltanto stato turbato nel suo possesso, ma gli atti turbativi continuino ancora nei loro effetti, per modo che possa tuttavia ridondargli un vantaggio dal giudizio possessorio, l'azione petitoria promossa dal turbatore non potrà impedirgli di far decidere anzitutto la questione possessoria davanti l'Autorità competente, salvochè vi abbia espressamente o tacitamente rinunciato. Negli altri casi il giudizio petitorio viene naturalmente ad escludere il possessorio anche nei rapporti del convenuto; nè egli ha motivo di dolersi di essere privato dell'azione possessoria, poichè in qualità di convenuto nel petitorio ne ha già il principale beneficio, cioè il discarico della prova ».

Questo concetto è accolto anche dall'egregio signor Vanni in una accuratissima monografia: « *Sulla vietata cumulazione del possessorio col petitorio* », pubblicata nella *Rivista degli Annali*, vol. IV, p. 10: « Le parti, egli osserva, non debbono essere trattate ad *imparia*, se la citazione in petitorio per parte dell'attore importa rinuncia al giudizio possessorio, vuol giustizia che un' egual forza ed efficacia venga attribuita alla comparsa e contestazione della lite per parte del convenuto. Se egli ha il vantaggio sul suo

avversario di far tacere il giudizio petitorio da lui iniziato e di far decidere preventivamente sulla propria istanza in possessorio, di questo vantaggio non deve abusare fino al punto di accettare la disputa sul campo della rivendicazione e poi disertare a suo talento e trascinare l'avversario sopra un altro terreno. Accordando al convenuto in petitorio cotale diritto, si verrebbe a favorire il raggirio e la mala fede. — Deve dirsi altrettanto se lo stesso convenuto in petitorio se ne sta in silenzio durante il termine della citazione e aspetta a promuovere l'azione possessoria quando già il suo avversario ha compiuto le sue incombenze e prodotti i documenti giustificanti a senso suo la domanda di rivendicazione. Anche in questo caso la tardanza del convenuto, derivi essa da negligenza o da deliberata volontà, non deve tornare a danno del suo avversario, il quale avrebbe potuto risparmiarsi le cure e le spese che ha incontrate per gli atti già eseguiti ». — *Conformi*: Borsari, *Comm. I*, p. 551 - Gargiulo, *Comm. p.* 1079 - Milone, *Il possesso delle cose e dei diritti*, p. 145 - Baratono, *Delle azioni possessorie*, p. 351.

Concessa la facoltà al convenuto di promuovere l'azione possessoria, è chiaro che egli dovrà rivolgersi all'autorità competente secondo l'art. 82, e cioè al pretore, e che finché sia decisa la questione sul possesso resta sospeso il giudizio sulla proprietà. L'art. 444 infatti come si disse contempla soltanto i fatti posteriori all'esercizio dell'azione petitoria. — *Conformi*: Carré, *quest.* 128 - Borsari, *Comm. I*, p. 550 - Baratono, *op. cit.*, p. 352.

444. Dopo istituito il giudizio petitorio ogni reclamo relativo al possesso per fatti posteriori è deferito all'autorità giudiziaria davanti cui pende il giudicio.

Quando però si tratti di attentato violento o clandestino, il pretore, accertato il fatto, provvede per la pronta reintegrazione, e rimanda le parti avanti la detta autorità.

Art. 895, 701, 1289 c. c.
3 4 reg. giud.

1. Questo articolo è un'eccezione all'art. 82 e perciò le questioni possessorie nascenti da fatti posteriori all'azione petitoria cessano di essere di competenza pretoria quando la lite sulla proprietà era già promossa dinanzi ad un tribunale e questo subentra quindi nella competenza medesima. — *Appello Ancona*, 30 ottobre 1866. *Amministrazione del Fondo pel Culto*—*Tornaboni. Bettini*, XVIII, 570.

2. L'art. 444 non è applicabile quando il giudizio petitorio sia stato ultimato con sentenza sebbene contro di questa si sia istituito giudizio di revocazione.

In tale caso il reclamo relativo al possesso deve essere prodotto avanti l'autorità giudiziaria competente secondo l'art. 573, ossia davanti il pretore. — *Appello Torino*, 6 febbraio 1872. *Comuni di Carignano e Virle*—*Comune di Cerenasso. Giurisprudenza*, IX, 296.

3. Se pendente il giudizio petitorio l'una delle parti attenti il possesso dell'altra, il reclamo è deferito a quel tribunale davanti cui pende il giudizio. Se però l'attentato sia violento o clandestino, il pretore, accertato il fatto, provvede per la pronta reintegrazione e rimanda le parti davanti quel tribunale che conosce del petitorio. Perché però il pretore debba fare questo rinvio è necessario che non cada disputa sulla pendenza del giudizio petitorio né sull'attentato o sui caratteri di clandestino o violento. Ma sorgendo questione sull'uno o sull'altro, la sentenza del pretore come emessa con giurisdizione propria e non demandata, va soggetta ad appello innanzi al tribunale superiore. — *Cass. Napoli*, 24 marzo 1874. *Finanza*—*Clero di Montescalioso. Annali*, VIII, 324.

4. Questo articolo contempla il caso di vero spoglio violento o clan-

destino; non può applicarsi perciò nel caso in cui si tema la sottrazione di oggetti che altri sostiene di sua proprietà.

In tal caso debbesi ricorrere all'autorità competente pel merito e, quando siavi giudizio pendente, all'autorità giudiziaria nanti cui pende la causa. — *Appello Genova*, 27 aprile 1874. *Lazzoni—Fabbrietti* II. cc. *Gior. dei Trib.*, III, n. 144.

5. L'azione in reintegrazione compete tanto a chi è spogliato violentemente o clandestinamente del possesso d'una cosa materiale mobile od immobile, quanto a chi nello stesso modo è spogliato del quasi possesso di un diritto. Spogliato è colui che possiede e che nell'atto in cui si accinge ad esercitare il possesso viene violentemente impedito o respinto. — *Cass. Firenze*, 17 novembre 1874. *Bettini*, XXVII, 79.

« Istituito il giudizio petitorio, ogni reclamo relativo al possesso per fatti posteriori viene ad innestarsi nel giudizio medesimo. I provvedimenti si daranno dallo stesso giudice del merito in via d'incidente. La forza delle cose, l'economia dei giudizi richiede che sia qui derogato alla regola generale, secondo cui il possessorio non può cumularsi col petitorio. Trattandosi però di attentato violento od occulto, per la necessità di una pronta riparazione, è ammesso che il giudice ordinariamente competente per la quistione possessoria potrà provvedere per la reintegrazione ». — *Relazione Pisanelli*.

445. Il giudizio possessorio, finchè non sia pronunziata la sentenza e questa non sia eseguita interamente, impedisce al convenuto di promuovere il giudizio petitorio.

Quando l'esecuzione non possa compiersi per fatto dell'attore che sia in mora a far liquidare l'importare delle condanne ottenute, il convenuto può fargli assegnare a quest'oggetto un termine, scaduto il quale egli potrà proporre la sua domanda.

L'assegnazione del termine è chiesta all'autorità giudiziaria davanti cui deve promuoversi il giudizio petitorio.

L'attore in giudizio possessorio, finchè questo è pendente, non può promuovere il giudizio petitorio; salvo che rinunzi agli atti, e paghi o depositi le spese.

1. Il giudice del possessorio può, senza cumularlo col petitorio, esaminare ed apprezzare i titoli prodotti all'oggetto di determinare il vero carattere del possesso allegato dall'attore. — *Cass. Torino*, 13 giugno 1866. *Mottura—Società del Drenaggio. Annali*, I, 74. — *Cass. Napoli*, 15 aprile 1871. *Municipio di Mormanno—Rossi. Annali*, V, 167.

2. La sentenza che rinvia le parti al petitorio pone termine al giudizio possessorio. Non può quindi il giudice colla sentenza medesima ordinare il sequestro dell'immobile.

I giudizi possessori istituiti davanti al giudice competente debbono alla pari di tutti gli altri, aver termine col rigetto o coll'accoglienza della domanda dell'attore, e nel dubbio l'attore deve soccombere. Questo principio è violato, quando il giudice nella incertezza delle prove, dall'una e dall'altra parte dedotte, anzichè rigettare la domanda rinvia le parti al petitorio. Quando l'attore ha introdotto un giudizio possessorio, le questioni d'indole petitoria, cui nel corso degli atti si abbandonino i contendenti non possono immutare la natura primitiva del giudizio. E quando anche

tali questioni petitorie siano state formulate nella comparsa conclusionale, il pretore non deve occuparsene se non in quanto influiscono sulla questione del possesso. — *Cass. Palermo, 21 gennaio 1867. Palagonia - Cozzuza. Annali, I, 333.*

3. La teoria dell'assorbimento del possessorio nel petitorio è inapplicabile di fronte alla legge che ne proibisce la cumulazione e ad un sistema di organizzazione giudiziaria per cui l'autorità competente per l'una manca di competenza a conoscere dell'altra. — *Appello Lucca, 24 gennaio 1867. Ottolini-Balbani-Uomini di Balbano. Annali, I, 568.*

4. Ove per la natura delle cose o per condizioni speciali del fatto, la disputa possessoria non possa decidersi se non con ragioni riguardanti il titolo, l'attore che si crede turbato nell'esercizio del suo diritto, deve promuovere il giudizio petitorio, ed in quello domandare l'aggiudicazione del possesso provvisoriale.

Quando l'attore proponendo la manutenzione o la reintegrazione del possesso, non si occupa menomamente delle prove del possesso attuale, ma si invece di quelle addimostranti in lui il diritto di proprietà, o servitù, o simili, donde deriverebbe il possesso; il giudice che ammettendo siffatto diritto, per tal motivo decide in possessorio, viola la legge inibente la cumulazione di questo col petitorio. Tale cumulazione è vietata, perchè il possessorio non potendo chiuder l'adito a nuovo giudizio in petitorio, il giudice potrebbe in quest'ultimo vedersi costretto a contraddire al primo suo giudizio per più forti risultanze processuali in contrario senso. — *Cass. Torino, 21 marzo 1867. Sarcia-Brizzi. Annali, I, 292.*

5. Eccede i limiti della sua competenza il pretore se, prendendo ad esame una precedente convenzione ed attribuendo ad essa una interpretazione tra le parti non concordata, giudica che il fatto dedotto come turbativa di possesso non è che l'esercizio di un diritto.

Nelle questioni possessorie è permesso di dedurre ed al giudice di apprezzare i titoli riguardanti il merito del diritto, ma però al solo effetto di constatare i caratteri giuridici del possesso. — *Cass. Torino, 26 aprile 1867. Buzzoni-Dubini. Annali, I, 290.*

6. È compatibile in un giudizio di semplice possessorio la osservazione del titolo all'effetto di colorare il possesso giuridico, ma questa massima non è da spingersi al punto che astraendo dal fatto materiale e visibile del possesso si consultino titoli per ideare un possesso quale dovrebbe essere in confronto di relazioni di diritto preesistenti tra le parti. — *Cass. Torino, 2 maggio 1867. Buzzoni-Dubini. Mon. Trib. VIII, 414.*

7. Se un giudizio sia possessorio o petitorio si desume dall'atto di citazione e dalla prima difesa del convenuto. Se in possessorio venga ad ampliarsi il tema della discussione e l'attore conchiuda in merito, non viene perciò ad immutarsi l'indole del giudizio medesimo. Gli incombenti praticati nel corso della causa solo debbono ritenersi rivolti ad interpretare e qualificare il possesso e le conclusioni soglionsi solo tenere a calcolo in quanto si riferiscano alla questione di possesso. In tal caso è nulla la sentenza del giudice del merito che prende a ragionare e discutere sulla sussistenza o non del diritto e risolve la questione di merito.

In un giudizio possessorio non è ammissibile una domanda riconvenzionale di indole petitoria. — *Cass. Torino, 14 giugno 1867. Gazzano-Gazzano. Bettini, XIX, 441.*

8. L'attore nel possessorio deve esibire il titolo per stabilire l'origine del suo possesso, né il giudice deve badare ad altri. Qualunque titolo presenti il convenuto per giustificare il fatto da lui confermato, non può essere in cotesta sede esaminato, dovendosi soltanto reprimere la via di

fatto e ristabilire il possesso com'era prima: Viola quindi la legge quella sentenza che ritenga doversi vagliare l'un titolo e l'altro e perciò rinviare le parti al petitorio. — *Cass. Napoli*, 6 agosto 1867. *Gazz. del Proc.*, III, 43.

9. Perchè il convenuto in sede possessoria offra in appello dei titoli a dimostrazione del suo diritto, non per questo il giudice d'appello può rinviare le parti alla sede petitoria, ma deve confermare o riformare la sentenza pretoria ammettendo o rigettando l'appello sul punto della turbativa o dello spoglio: l'esame dei titoli è a rimettersi ad altra sede. — *Cass. Napoli*, 6 agosto 1867. *Legge*, VIII, 364.

10. La legge interdice al giudice del possessorio di pregiudicare la questione del petitorio, cumulando due giudizi di diversa natura, ma non vieta al medesimo di porsi sott'occhio i documenti atti a colorare il possesso e ad indurne la prova, quando specialmente trattasi di possesso, che lo spogliato non poteva materialmente ritenere esso stesso, e che non poteva così verificarsi se non per mezzo di altre persone che ritenevano la cosa in nome di lui. — *Cass. Torino*, 15 gennaio 1868. *Gnoli—Municipio di Ferrara. Bettini*, XX, 29.

11. Il giudice dell'azione possessoria deve decidere per modo che la questione di merito non rimanga mai pregiudicata. Quindi, ove riconosca che le eccezioni dedotte per escludere la manutenzione nel possesso portano necessariamente alla risoluzione della questione petitoria, deve soprassedere e rinviare le parti a provvedersi in merito o, se competente, provvedere egli stesso direttamente in via petitoria. — *Cass. Torino*, 23 gennaio 1868. *Macabruni—Scovenno. Annali* II, 72.

12. Indagare se da un titolo antico possano derivare diritti contrari al possesso materiale attuale ed annale, è interdetto al giudice in possessorio, il quale, constatato il possesso annale ed il concorso degli estremi dalla legge richiesti per la sua manutenzione, deve mantenervi il possessore. Non può il giudice occuparsi di diritti per avventura possibili, nascenti da un titolo antico, ma deve solo consultare i fatti quali si presentano materialmente ed attualmente. — *Cass. Torino*, 21 marzo 1868. *Leva—Busca. Bettini*, XX, 293.

13. I titoli attribuenti il diritto ponno essere considerati anche in lite semplicemente possessoria, quando non si fa che delibarli per dedurne all'uopo l'indole o la specie del possesso. — *Cass. Napoli*, 12 maggio 1868. *Legge*, 1868, 758.

14. Quando per giustificare un'azione di possesso sia inevitabile premettere l'esame della questione petitoria e di merito, il giudice del possesso deve soprassedere, lasciando che le parti si provvedano in giudizio petitorio, stabilendo solo sopra l'interinale possesso.

Non cumula il possessorio col petitorio il pretore che si limiti ad esaminare se l'allegato possesso sia fondato sopra un titolo per riconoscere se il medesimo fosse esercitato *animo domini*.

Per contro, eccede i limiti del giudizio possessorio il tribunale che in appello possessorio spinge le sue indagini del titolo sino ad indagare il portato giuridico dei patti in esso contenuti, e gli effetti che dovevano derivarne.

È da annullarsi la sentenza del giudice del possessorio che abbia spinte le sue ricerche a quelle sole che spettano al giudice del merito risolvendo questioni di diritto, sebbene nel dispositivo siasi mascherato nei limiti del semplice possessorio. — *Cass. Torino*, 29 maggio 1868. *Guastroni—Cesena. Demanio II, cc. Bettini*, XX, 546.

15. Quando l'azione pei suoi fondamenti è chiaramente petitoria non

muta natura, se nella parte conclusiva della dimanda, piuttostochè la dichiarazione del diritto, siasi chiesta la cessazione del fatto turbativo.

È petitoria l'azione quando l'attore, invece di allegare il possesso come fatto, e chiederne la manutenzione o la reintegrazione, allega come esclusivo fondamento dell'azione medesima l'offesa del suo diritto. — *Cass. Firenze, 16 dicembre 1869. Del Bene—Moreni. Annali, III, 233.*

16. Se in un giudizio possessorio si deducono dei capitoli testimoniali diretti a stabilire la prova della proprietà o della comproprietà, questi sono inammissibili, per la regola che vieta di cumulare il petitorio col possessorio.

Se dall'introduzione di un giudizio avanti al pretore v'è luogo a dubitare se l'azione sia petitoria o possessoria, la competenza possessoria del pretore è certa se dipoi l'attore dichiarò che intendeva di agire in giudizio possessorio. — *Cass. Torino, 18 maggio 1870. Giurispr., VII, 430.*

17. Quando i fatti sui quali l'attore nel giudizio possessorio si fonda per domandare la manutenzione, sono equivoci, non è dato al giudice di supplire alla insufficienza della prova del possesso legittimo colla presunzione della proprietà. — *Cass. Torino, 14 giugno 1870. Pieve di Teco—Fazio. Annali, IV, 289.*

18. La disposizione di questo articolo in virtù della quale l'attore in giudizio possessorio, finchè questo è pendente, non può promuovere il giudizio petitorio se prima non rinunci agli atti e paghi le spese, non contiene una disposizione d'ordine pubblico e perciò, dove il giudizio introdotto come possessorio si tramuti in petitorio avanti lo stesso tribunale, e la nuova contestazione sia accettata senza opposizione da ambedue le parti contendenti, non può dedursi nullità di sentenza per inosservanza di questo articolo. — *Cass. Firenze, 21 novembre 1870. Delfà—Turilazzi. Annali, IV, 371.*

19. L'azione che il convenuto movesse contro il suo autore per essere rilevato dalle molestie dell'attore, in base ai titoli d'acquisto, sarebbe una questione petitoria. Epperò se il suo oggetto eccede il valore della competenza mandamentale, non potrebbe essere giudicata dal pretore investito della causa principale possessoria. — *Cass. Torino, 30 novembre 1870. Giurisprudenza, VIII, 39.*

20. Nel giudizio di manutenzione nel possesso annale, ogni mezzo di prova è ammesso a giustificare il possesso che si allega turbato, e quindi può il giudice consultare anche il titolo costitutivo del diritto rispondente all'invocato possesso.

Allora solo è vietato di consultare il titolo costitutivo del diritto, quando la cognizione del titolo nel giudizio possessorio importa un esame qualunque di una questione di petitorio che si sia sollevata.

Ma non può dirsi che vi abbia questione di petitorio se il convenuto in possessorio, contro cui si invoca il titolo del diritto, non impugna il titolo stesso per vizio estrinseco o intrinseco, e non muove contestazione sulla sua interpretazione o sull'identità dei beni cui si riferisce il titolo, con quelli a cui si riferisce il giudizio possessorio.

Non basterebbe una contestazione generica con formola di stile, intesa manifestamente a frodare la legittima giurisdizione del giudice del possessorio annale.

Epperò in questi casi è sempre lecito consultare il titolo nel possessorio annale.

All'opposto, essendo seriamente contestato il diritto dell'attore nel giudizio possessorio, non puossi mai invocare il titolo a sua giustificazione, nemmeno per giudicare in via provvisoria, sostituendo la prova del diritto

a quella del fatto del possesso: in mancanza d'altre prove deve allora l'attore adire il petitorio.

Però i titoli possono sempre invocarsi nel possessorio quando non si vuole già da essi desumere la prova del diritto per sostituirla a quella del possesso, ma soltanto ricavarne prove di fatto relative al possesso, alla sua origine, ai suoi caratteri.

Quindi la presunzione di precarietà del possesso di una servitù discontinua, e l'ammissibilità dell'azione possessoria quanto ad essa, cessano dinanzi al titolo costitutivo di essa servitù; e dimostrato il possesso di questa, rimane ammissibile il rimedio possessorio, sebbene quel titolo sia impugnato.

Questi principii sono pienamente applicabili nelle controversie possessorie sopra servitù negative, sebbene in queste il godimento delle servitù non sia accompagnato da un possesso sul fondo servente: anche in esse il titolo costitutivo della servitù, se non giustifica quel possesso, caratterizza però il godimento nel fondo proprio di queste servitù (art. 631, 637 Codice civile).

Quindi il possesso degli scoli derivanti dal fondo superiore è mantenibile anche senza le condizioni dell'art. 637 alinea Codice civile quando si esibisce il titolo costitutivo di questa servitù a favore del fondo inferiore. — *Cass. Torino, 21 dicembre 1870. Ala-Ponzone—Rizzi-Negri. Giurisprudenza, 1872, 99.*

21. È incompetente per ragione di valore il pretore il quale giudica non del *jus possessionis*, ma del *jus possidendi* in una causa nella quale il valore della servitù eccede quello stabilito dalla legge per l'esercizio della sua giurisdizione. — *Cass. Torino, 14 gennaio 1871. Costa—Caffarelli. Annali, V, 46. — Cass. Torino, 8 febbraio 1871. Comune di Dosso-Livo—Pallastanga. Annali, V, 62.*

22. Quando la questione di possesso sia così immedesima con quella di diritto da non potersi quella decidere senza decidere anche questa, il tribunale civile adito in grado d'appello nel possessorio, deve statuire come giudice di primo grado in petitorio. — *Cass. Torino, 8 febbraio 1871. Comune di Dosso-Livo—Pallastanga. Annali, V, 62.*

23. Non cumula il possessorio col petitorio nè decide la causa possessoria per ragione esclusivamente relativa al petitorio la sentenza che per giudicare sulla manutenzione del possesso discende all'esame dei caratteri legali dei fatti che si pretendono turbativi del possesso medesimo. — *Cass. Torino, 15 giugno 1871. Boggio—Reanzone. Mon. Trib. XII, 610.*

24. La verificaione dei confini, secondo lo scopo per cui è domandata, può convenire tanto al giudizio possessorio come al petitorio. È petitorio il giudizio quando la verificaione dei confini è fine dell'azione, quando cioè si vogliano stabilire definitivamente i confini di due proprietà; ma può per contro accadere che lo stato dei confini possa, come mezzo probatorio, formare subbietto delle ricerche del giudice del possessorio a fine di conoscere e decidere fino a qual punto il possessore che si querelò di essere stato turbato nel suo possesso annale, debba esservi mantenuto; e può anche accadere che nel giudizio possessorio debba farsi luogo al ristabilimento di fatto dei confini quando questi fossero stati violentemente od occultamente rimossi ed il possessore ne domandi la reintegrazione. — *Cass. Firenze, 11 dicembre 1871. Piancastelli Malerbi—Lopin. Annali, V, 399.*

25. Non cumula il giudizio possessorio col petitorio il giudice che esamina e consulta i titoli, solo per determinare il fatto e la natura del possesso. — *Cass. Torino, 18 aprile 1872. Chiapusso—Claretto. Giurispru-*

denza, 1872, 450. — *Cass. Torino*, 20 novembre 1872. *Giurisprudenza*, 1873, 18.

26. Viola anzi la legge quel giudice, il quale trascura di esaminare il carattere giuridico del possesso. — *Cass. Torino*, 6 marzo 1872. *Ospedale di Lodi—Comuni di Pandino, Agnadello ed altri. Giurisprudenza*, 1872, 196.

27. Promosso un giudizio possessorio, ove l'attore entrando per ipotesi nella questione di proprietà abbia proposto in via subordinata una domanda relativa al petitorio, non può impugnarsi per mancanza di pronuncia la sentenza che tacendo su quest'ultima abbia decisa la causa nei soli termini del possessorio, dovendosi considerare come rigettata la domanda in petitorio. — *Cass. Firenze*, 6 febbraio 1873. *Guarducci—Tassoni. Legge*, XIII, n. 51.

28. Il tribunale d'appello quando è chiamato a sentenziare in via di appellazione da una sentenza di prima istanza che avea statuito solo sul possessorio, e l'appellante prese conclusioni di merito nel secondo giudizio, deve o richiamare le parti a discutere sul tema del possesso, o se ritiene che il giudizio emesso in prima istanza sull'indole della causa sia errato, in quanto che si tratti di una vera causa petitoria, anzichè di nudo possesso, deve annullare la sentenza impugnata e rinviare le parti avanti il primo giudice per la discussione della questione di proprietà. — *Cass. Torino*, 25 aprile 1873. *Beata—Jacquemet. Legge*, XIII, n. 51.

29. Cumula il petitorio al possessorio il giudice che in un giudizio di manutenzione, invece di esaminare se l'attore possedè di fatto nell'ultimo anno, esamina se ebbe diritto di possedere. — *Cass. Firenze*, 8 maggio 1873. *Lampertico—Dalla Pozza. Annali*, VII, 247.

30. Il convenuto in giudizio petitorio, che sia stato anteriormente turbato nel suo possesso dall'attore, ha la facoltà di promuovere dal canto suo il giudizio possessorio, e dove ciò avvenga, il possessorio dev'essere risoluto prima del petitorio. — *Cass. Palermo*, 13 settembre 1873. *Basile—Nunnari. Annali*, VIII, 153.

31. Intentato un giudizio di turbativa di possesso non può ammettersi la prova del consenso dato sul fatto costituente la turbativa, perchè ciò riguarda un esame proprio del giudizio petitorio. — *Cass. Palermo*, 23 dicembre 1873. *Chiarelli—Peria. Gior. dei Trib.*, III, n. 105.

32. Nel giudizio possessorio è ammissibile l'esame del titolo nel senso della prova del possesso esclusivo della cosa controversa. — *Cass. Palermo*, 14 febbraio 1874. *Tomaselli—Biscari. Gior. dei Trib.*, III, n. 119.

33. Può ricorrersi in cassazione contro la sentenza che qualifica come possessorio un giudizio petitorio, alterando il concetto giuridico delle formule e delle dichiarazioni contenute negli atti giudiziali. — *Cass. Firenze*, 9 luglio 1874. *Gaetani—Fagioli. Bettini*, XXVI, 709.

34. Propostasi azione in linea possessoria e petitoria congiuntamente, l'attore prima che il giudizio si pronunci può rinunciare alla parte della citazione relativa al possessorio e circoscrivere l'istanza al petitorio. — *Cass. Napoli*, 18 luglio 1874. *Papandrea—Jeraldi. Gior. dei Trib.*, III, n. 297.

35. Allora vi ha cumulazione del petitorio col possessorio o quando nel dispositivo si contenga una pronuncia sul diritto di proprietà o di servitù, o quando il dispositivo tuttochè limitato al possesso, trovisi esclusivamente fondato su ragioni di diritto, senza riguardo allo stato del possesso anteriore alla turbativa.

Quindi se il pretore si è limitato a concedere la manutenzione nell'esercizio di transito con carri sopra un cortile del vicino, non può dirsi

che abbia cumulato il possessorio col petitorio per ciò che nella parte razionale della sentenza, esaminando i risultati della prova testimoniale, abbia trovato che il possesso avrebbe avuto tutte le condizioni per far acquistare all'attore il diritto di servitù per prescrizione trentennale, quando è poi sceso in fatto a stabilire che anche il possesso immediatamente anteriore alla turbativa era legittimo.

I motivi risguardanti la proprietà o i diritti di servitù contenuti in una sentenza che si limita a concedere o negare la manutenzione in possesso non costituiscono pregiudizio nella causa petitoria.

Quando la sentenza del pretore nel dispositivo null'altro concede che la manutenzione in possesso dall'attore domandata, non può dirsi che abbia cumulato il possessorio col petitorio. — *Cass. Firenze, 30 luglio 1874. Turrini—Turrini. Annali, VIII, 343.*

36. Il titolo di acquisto anche nei giudizi possessori vale a giustificare il possesso acquisito, ma non a provare l'acquisto di esso. — *Cass. Firenze, 3 agosto 1874. Rosselli—Vignolo. Bettini, XXVII, 120.*

37. La sentenza che nel giudizio di possesso discute sulla prevalenza ed efficacia dei rispettivi titoli di trasferimento confonde il possessorio col petitorio. — *Cass. Napoli, 4 agosto 1874. Morabito—Positano. Bettini, XXVI, 910.*

1. Stimo pregio dell'opera di qui riferire quanto sulle azioni possessorie ha scritto con mirabile chiarezza l'illustre Pisanelli nella sua *Relazione*:

« La legge civile considerando giustamente il possesso come quel fatto per cui si esercita un diritto che taluno abbia o pretenda di avere, gli riconosce il carattere talvolta di una vera dimostrazione e talvolta di una semplice presunzione del diritto medesimo.

« Nel primo caso il possesso generando un diritto irrevocabile, ne nasce l'azione petitoria per far riconoscere e rivendicare il diritto acquistato. Nel secondo caso il possesso dando luogo ad una semplice presunzione del diritto, imperocchè ordinariamente accade che il diritto si esercita da quello a cui compete, ne deriva l'azione possessoria a tutela del possesso medesimo, il quale col diritto presunto conferisce al possessore due preziosi vantaggi: il godimento provvisorio della cosa durante il giudizio petitorio; la condizione di convenuto in questo giudizio, onde *attore non probante*, egli otterrà l'equivalente del diritto, cioè la conservazione del possesso. Quindi la necessità di accertare il possesso attributivo degli accennati diritti interinali; quindi la distinzione dei giudizi in petitori e possessori.

« Però l'ufficio dell'azione possessoria è diverso, e l'esercizio della medesima è subordinato a diverse condizioni, secondo la diversa natura del fatto che costituisce un attentato contro il possesso che tende a tutelare.

« Già la teorica del romano diritto classificava, sotto il rapporto di cui si ragiona, le azioni possessorie in due categorie: *interdicta retinendae, interdicta recuperandae possessionis*. D'onde la nomenclatura forense, per cui le azioni possessorie vanno distinte in azioni di *manutenzione* e azioni di *reintegrazione* in possesso. Le prime presuppongono un semplice turbamento, le seconde un vero spoglio del possesso.

« Il Codice civile sardo del 1838 formolava nettamente il concetto e gli effetti delle due azioni possessorie. Le relative disposizioni furono riprodotte nel progetto di Codice civile del Regno d'Italia.

« Colla prima di esse viene stabilito che colui, il quale trovandosi da oltre un anno nel possesso *legittimo* (cioè continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco, non precario) di un immobile o di un diritto reale, o di una universalità di mobili, sarà in tale possesso molestato, potrà entro l'anno dalla molestia chiedere la manutenzione del medesimo. Colla seconda si stabilisce che chiunque sarà stato violentemente od occultamente spogliato del possesso, *qualunque esso sia*, di una cosa *mobile* od *immobile*, potrà

entro l'anno dal sofferto spoglio chiedere contro l'autore di esso di venir reintegrato nel possesso medesimo.

« Le differenze che corrono fra gli estremi delle azioni di manutenzione e di reintegrazione sono evidenti, ma le ragioni ne sono altresì palesi.

« Il turbamento non costituisce mai un fatto così grave come lo spoglio: con questo il privato arrogandosi un'autorità che non ha, viola apertamente il principio sociale per cui niuno può farsi giustizia da sé stesso, provoca una lotta che può avere disastrose conseguenze. La reintegrazione del possesso a favore dello spogliato è pertanto una regola d'ordine pubblico e di pace, qualunque sia il possessore, qualunque l'oggetto posseduto. L'impiego della violenza aperta od occulta resta efficacemente prevenuto, per ciò solo che gli effetti della medesima vengono tosto annullati. Onde alla azione di reintegrazione, benché qualificata possessoria, si applica assolutamente il criterio giuridico già enunciato dal diritto romano per gli interdetti possessori — *quamvis in rem concepta videatur, vi tamen ipsa personalis est (ex delicto)*. Non havvi qui, rigorosamente parlando, alcuna presunzione di diritto per lo spogliato; si vuole reprimere il fatto dello spoglio e nulla più. La reintegrazione non esclude l'esercizio delle altre azioni possessorie anche per parte di colui, contro il quale la medesima sia stata ordinata.

« Per contro, nell'azione in manutenzione di possesso sono richieste particolari condizioni, in quanto che per essa il possesso viene definitivamente aggiudicato a titolo di proprietà ad una delle parti, salvo all'altra il diritto di promuovere l'azione petitoria.

« È quindi necessario che colui, il quale ha praticato gli atti naturalmente propri all'esercizio di un diritto, li abbia praticati *animo sibi habendi*, e non per semplice tolleranza od a titolo precario. Si richiede inoltre che il possesso sia caratteristicamente proprio di quel diritto che si vuole esercitare, onde non si possiede in virtù di atti *equivoci* i quali nelle varie contingenze non valgono a significare l'esercizio di un diritto certo e determinato. Per la stessa ragione vuolsi che il possesso sia continuo, vale a dire che quando la natura del diritto che si pretende avere, richiede qualche atto di possesso, il possessore lo abbia praticato, imperocché altrimenti il possesso cessa di rappresentare quell'esercizio per cui il diritto nettamente si estrinseca. Siccome il possesso nella sua qualità di presunzione o di dimostrazione del diritto, trae la sua forza principale dall'acquiescenza di colui che, potendo pretendere ad un diritto contrario, tace, dimostrando per tal modo o di non credere egli stesso al suo diritto, o di rinunziarvi, è perciò necessario che il possesso sia pubblico e così facile a conoscersi dagli interessati, e che costoro non vi abbiano fatto opposizione, onde il medesimo sia stato pacifico e non interrotto. Ma perché tutte le accennate condizioni esistano realmente, si richiede ancora che il possesso abbia avuto una durata tale da renderle praticamente apprezzabili; la legge richiede a tal fine che il possesso duri da oltre un anno.

« Ufficio dell'azione possessoria essendo principalmente quello di tutelare il possesso, ne viene che nel giudizio possessorio non è permesso né all'attore, né al convenuto, di produrre la questione di proprietà. Di ciò non può dubitarsi, dopo quanto fu precedentemente accennato, se trattasi di reintegrazione. È necessario di reprimere il fatto stesso dello spoglio da chiunque sia compiuto, se non si vuole ritornare allo stato di barbarie in cui predomina la violenza e l'arbitrio.

« Ma anche per la manutenzione in possesso, contro gli atti turbativi del medesimo, non può ammettersi la discussione sulla spettanza del diritto esercitato. È pur qui necessaria alla sicurezza dei diritti una tutela pronta, efficace, se vuolsi provvisoria, ma spedita, la quale non potrebbe verificarsi, ove fosse lecito al turbatore di sollevare quistioni sul diritto di possedere. Deve mantenersi fermo il principio, che la quistione dedotta nel giudizio possessorio riguarda il fatto del possesso, e non la proprietà; riguarda la semplice presunzione del diritto che si esercita, non la dimostrazione del medesimo. Qualora si ammettesse che il giudice del possessorio potesse conoscere dei titoli relativi al diritto esercitato, il giudizio possessorio, cambiandosi in petitorio, non avrebbe più ragione di esistere fra i procedimenti giudiziali,

« Ma se la teoria richiede per regola generale che il giudice dell'azione possessoria non possa conoscere dei titoli riguardanti la questione di merito, avviene però talvolta che lo stesso giudice debba prendere ad esame i detti titoli come influenti alla decisione del possessorio, vale a dire, per unire il possesso, per interpellarlo o per qualificarlo.

« L'attuale possessore, quando il suo possesso non sia sufficiente, può unirvi quello del suo autore per compiere sia la prescrizione, sia quel possesso annale da cui nasce l'azione possessoria di manutenzione. Ma perchè tale unione abbia luogo, è necessario di stabilire la trasmissione del possesso: quindi il giudice potrà prendere cognizione del titolo di acquisto, come elemento che serve a comprovare il possesso dalla legge richiesto.

« L'azione possessoria si applica non solo alla piena proprietà ma ancora e separatamente ai diritti che riuniti la costituiscono, e così anche all'usufrutto. Trattandosi di un usufruttuario che promuove l'azione possessoria, il suo possesso vuol essere interpretato in rapporto al titolo da cui dipende.

« Fu sopra accennato che all'azione possessoria non può giovare un possesso precario, non tenuto *animo sibi habendi*. Il conduttore pertanto, che possiede a nome del proprietario, non può ottenere a fronte di questo la manutenzione in possesso; epperò, nel caso di questione possessoria fra conduttore e locatore, avrà questi il diritto di produrre il contratto di locazione unicamente per qualificare il possesso del suo avversario.

« Ma accade inoltre che un dato genere di possesso si presuma precario dalla legge medesima. Così per le servitù discontinue - sebbene apparenti, o continue ma non apparenti, la legge ritiene che il possesso delle medesime non sia che di semplice tolleranza, e conseguentemente precario od abusivo il loro nudo esercizio. Tale possesso non potendo produrre col tempo l'acquisto di verun diritto, esso non può neppure servire di sostrato all'azione possessoria che si fonda sulla presunzione del diritto. Ma per elidere la presunzione contraria della legge colla prova della verità, potrà ancora il possessore produrre il titolo da cui risulti che egli possiede *animo sibi habendi*; il giudice dovrà quindi prenderne cognizione, non per decidere la questione del merito, non per occuparsi della sua validità, ma solo per stabilire che il possesso fu realmente esercitato a titolo di proprietà.

« La giurisprudenza è ormai fissa su questo punto. Ma eccettuati tali casi, nei quali l'esame dei titoli è necessario per dirimere la questione del possesso, sta fermo il principio che nel giudizio possessorio non possono innestarsi gli elementi propri del petitorio, e che il primo deve procedere affatto separato e indipendente dal secondo.

« Da ciò ne segue altresì, che non si può ammettere l'esistenza simultanea del giudizio possessorio e del petitorio; ove fosse diversamente, si troverebbero vertenti due giudizi fra loro connessi per identità di persone e di cose, quantunque diversi per la natura delle questioni, e dei quali l'uno come più potente (per la naturale tendenza di cumulare il possessorio col petitorio) verrebbe ad assorbire l'altro meno potente.

« Il progetto dichiara pertanto che l'attore nel giudizio possessorio non è ammesso a promuovere il petitorio; ciò potrà soltanto fare dopo una sentenza che ponga termine al giudizio possessorio, o mediante recesso dal medesimo.

« Parimente il convenuto nel giudizio possessorio non è ammesso a promuovere il petitorio, se non dopo la sentenza che definisce il primo, o mediante il di lui recesso dall'opposizione equivalente a sentenza.

« Ne segue altresì che l'attore in petitorio non è più ammesso a procedere nel possessorio. Se egli non voleva sottostare al carico della prova, quando per l'attuale condizione delle cose venga a cadere sopra di lui, doveva ricorrere all'azione possessoria. Definito poi il giudizio petitorio per sentenza, e con recesso in merito equivalente a sentenza, la questione possessoria diverrà inutile per l'attore, se vincente, impossibile se perdente, non potendosi ammettere la presunzione interinale di un diritto già negato ed irrevocabilmente escluso con sentenza.

« Giova per ultimo un'avvertenza che si rannoda alla teoria generale delle prove. Chi fu mantenuto nel possesso dell'esercizio di un diritto, si disse andare esente dal carico della prova nel giudizio petitorio. Tale beneficio riguarda però soltanto il caso in cui identica sia la parte sostenuta dall'attore e dal convenuto, pretendendo ambedue allo stesso diritto che forma l'oggetto della quistione. Ma quando le parti dell'attore e del convenuto siano diverse, sostenendo l'uno la libertà del proprio fondo, pretendendo l'altro all'esercizio di un diritto che viene a diminuire tale libertà, la cosa muta d'aspetto. La condizione giuridica generalmente presunta dalla legge è la libertà così delle persone, come delle cose; niuna persona si presume obbligata verso un'altra, niun immobile si ritiene sottoposto a servitù od altro peso verso un altro, se non viene dimostrato il vincolo da chi lo pretende. Nel giudizio petitorio, pertanto, sia che venga promossa l'azione *confessoria*, sia che venga promossa l'azione *negatoria*, attore nella quistione di servitù od altro simile diritto, non è mai il proprietario del fondo che ne sostiene la libertà (condizione generale), ma quegli che lo pretende sottoposto a servitù od altro peso (condizione eccezionale). Quindi ancorchè taluno sia stato mantenuto nel possesso dell'esercizio di un diritto sul fondo altrui, dovrà pur sempre nel giudizio petitorio fornire la prova di aver acquistato realmente il diritto che pretende esercitare; la manutenzione in possesso fondandosi soltanto sulla *presunzione* del diritto, non può mai equivalere alla *dimostrazione* del medesimo ».

2. Sebbene nel nostro Codice di procedura non sia stato riprodotto l'articolo 25 del Codice francese che disponeva che « il possessorio ed il petitorio non potranno giammai cumularsi », pure il divieto del cumulo è implicitamente stabilito dall'articolo presente che lo rende pratico colle sue disposizioni.

Non è d'oggi l'adagio del foro che non si possono cumulare il possessorio e il petitorio; la recisa e completa separazione dell'un giudizio dall'altro è tuttavia opera delle moderne legislazioni. Malgrado infatti la discordanza dei testi sembra omai accertato che in diritto romano fosse bensì vietato il cumulo dei giudizi, ma fosse ammesso il cumulo delle azioni, e cioè che non potesse il giudice esaminare insieme e con una sola sentenza decidere sulle due azioni possessoria e petitoria, ma fosse però lecito di proporre gli interdetti contemporaneamente alla *rei vindicatio* e in pendenza di questa, salvo al giudice di esaminare gli uni prima e l'altra dopo. Ciò stava in relazione col principio che il giudizio possessorio avesse principalmente per iscopo di stabilire la condizione delle parti durante il giudizio, di regolare l'ordine delle prove, e si deduce da due brani importanti delle fonti, uno di Ulpiano e l'altro di Papiniano. Dice il primo (L. 12 D. *de acquirenda vel amittenda possessione* XLI, 2):

« Nihil commune habet proprietas cum possessione; et ideo denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare; non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit ». E il secondo: (L. 18, § 1, D. *de vi et de vi armata* XLIII, 16): « Eum qui fundum vindicavit ab eo, cum quo interdicto unde vi potuit experiri, pendente iudicio nihilominus interdicto recte agere placuit ».

Secondo il diritto canonico la causa possessoria e la petitoria erano cumulabili (Scialoia, *Comm. Cod. Sardo*, I, p. II, n. DCCXXIV), o per lo meno poteano istruirsi contemporaneamente, salvo di deciderle separatamente e, per regola, di giudicare prima sul possessorio. (Vanni, *Della vietata cumulatione del possessorio col petitorio*. - *Rivista degli Annali*, IV, p. 13).

La legislazione di Francia, e la nostra, che dalla francese venne quasi letteralmente copiata, spinsero, come dicemmo, il principio della incompatibilità del possessorio col petitorio fino agli estremi, non consentendo che dopo iniziato il petitorio possa questo sospendersi per dar luogo all'esperimento dell'azione possessoria, e dichiarando invece che chi inizia il giudizio petitorio s'intende abbia rinunziato al giudizio possessorio.

Convieni però distinguere l'azione possessoria formale, dai provvedimenti interinali sul possesso che si possono chiedere in pendenza del giudizio petitorio.

« Secondo i principii della ragione giuridica naturale, scrive l'illustre Pescatore nell'opera: *Filosofia e dottrine giuridiche*, p. 343, la podestà che amministra la giustizia ai cittadini (*jus dicit*), non ha che due forme o maniere di statuire: a causa pienamente istruita e a ragion conosciuta, essa decide definitivamente sul tuo e sul mio: in pendenza di causa, e apprezzandone provvisoriamente gli elementi e lo stato e le presunzioni, la medesima podestà debbe dare intanto i provvedimenti che la giustizia e l'urgenza richiedano, provvedimenti valevoli sino a ragion conosciuta e definitivamente decisa. Ora l'aggiudicazione del possesso della cosa o diritto controverso sino alla decisione del petitorio, appartiene a questo secondo genere di provvedimenti: dunque secondo i principii del gius comune, l'aggiudicazione provvisoria del possesso ad uno dei contendenti sino alla decisione del petitorio appartiene alla giurisdizione del petitorio stesso.

« In verità la legge ha derogato a questo principio, ma solo in certe e determinate condizioni: all'infuori dei casi della deroga, ripiglia vigore il principio di gius comune. Per giudicare del possesso la legge istituì in via di eccezione una giurisdizione speciale, distinta dal petitorio, quando però concorrano le condizioni seguenti: 1. che si verifichi un possesso certo nell'anno antecedente alla controversia; 2. che questo possesso sia nel medesimo tempo materiale e di fatto, e giuridico; 3. che il medesimo possesso sia distinto e separato affatto dal petitorio, di tal natura cioè e di tale determinata e indipendente consistenza che lo si possa accertare senza giudicare, nè pregiudicare il petitorio, anche solo delibando la cognizione del merito. Or chi non sa che molte sono le figure dei casi in cui l'esercizio del nostro diritto è gravemente turbato per fatto indebito altrui, mentre tuttavia non è possibile l'azione possessoria formale per difetto di quelle condizioni speciali volute dalla legge? In tali casi si ricorrerà direttamente alla giurisdizione del petitorio, la quale ripiglierà, all'infuori della sfera eccezionale circoscritta dalla legge, il suo pieno esercizio, ed apprezzando provvisoriamente gli elementi del petitorio medesimo, darà in via d'incidente a *termini di ragione*, cioè secondo i principii del gius comune, quei provvedimenti interinali, che le circostanze, la giustizia e l'urgenza richiedono ».

Il ricorso diretto al petitorio induce adunque la rinuncia a procedere nel possessorio formale in sede distinta, ma non importa rinuncia ai provvedimenti interinali che sono nelle attribuzioni della giurisdizione del petitorio.

« Questo processo, conclude il Pescatore (pag. 349) è legittimo tutta volta che per la natura stessa dei fatti e del diritto controverso, non fosse possibile disgiungere affatto il possessorio dal petitorio, oppure, essendo anche possibile la distinzione in astratto, mancasse nel concreto del caso un possesso certo, di fatto, e ben dimostrabile per l'ultimo anno antecedente alla controversia ».

Così il pretore locale non è il solo giudice del possesso; esso è il solo giudice dell'azione possessoria, che la legge creò nel supposto, ed a condizione che nelle circostanze del caso il giudizio del possesso sia affatto disgiunto ed indipendente dal giudizio del merito.

Da codesto principio che meglio certamente non avrebbe potuto concretarsi, il sommo Pescatore deduce la massima « che ogniquale volta non sia possibile giudicare del possesso annale giuridico, senza delibare e pregiudicare il merito, il giudice locale debba dichiararsi incompetente, rinviando le parti a quella giurisdizione ordinaria, sola competente a giudicare del petitorio e possessorio, quando sono indivisibilmente connessi, ed alla quale le parti stesse da bel principio avrebbero dovuto indirizzarsi ».

3. Ma qui sorge l'altra questione « se e come possa il pretore esaminare e consultare i titoli dalle parti prodotti in appoggio delle loro ragioni.

« La question de l'examen des titres a été l'objet de vives controverses et de longues hésitations de la part des auteurs et de la jurisprudence », dice il Chauveau in Carré, *quest. 101 bis*. « Les juges du possessoire, soggiunge poi, peut-il s'éclairer par les titres? Dans quels cas doit-il y recourir? Le cumul du possessoire et du pétitoire n'est-il pas toujours à craindre? Quelles précautions faut-il prendre pour l'éviter? »

A tutte queste domande lo Chauveau risponde formulando il seguente principio: « Le juge saisi d'une action possessoire ne peut se dispenser de la juger; mais il doit se souvenir qu'il n'est point juge de la propriété. Que doit-il adjuger ou denier? La possession. A qui doit-il l'adjuger? A celui qui prouve l'avoir précédemment détenue avec toutes les conditions voulues par la loi. Ainsi il ne doit pas se préoccuper du point de savoir qui est ou qui n'est pas propriétaire de l'objet litigieux, et les titres dont la représentation n'aurait pas d'autre but que d'établir ce point doivent lui demeurer étrangers. Il ne doit s'arrêter qu'à ceux qui peuvent servir à établir soit le fait, soit le caractère de la possession, ou à le contester. Pour cela, trois choses principales doivent être l'objet de sa décision: 1. Y a-t-il possession annale? 2. Appartient-elle à celui qui en réclame les effets? Est-elle précaire ou non? Ces trois choses, il faut nécessairement que le juge les décide; mais tout juge a le droit de s'éclairer par tous les moyens possibles: il peut prendre les éléments de sa décision partout où il les trouve..... Or il est beaucoup de cas où les titres seuls peuvent faire connaître le caractère de la possession..... — Nous en convenons. S'il s'agissait de juger le pétitoire, c'est le même titre qu'il faudrait consulter. Mais de cela que ce titre fonde un droit, s'ensuit-il qu'il ne puisse en fonder un autre?..... En un mot, les titres de propriété sont en même temps titres de possession, et ce n'est que sous ce, dernier caractère qu'il les envisage. En résumé, le juge du possessoire consultera les titres, lorsque dans ces titres se trouveront les éclaircissements propres à apprécier soit l'existence, soit les caractères de la possession; il n'y aura point d'égard si, cette existence et ses caractères se trouvant établis d'ailleurs, les titres n'auraient de portée et de valeur que relativement à la question de propriété ».

Il Vanni, nella monografia succitata, riduce a quattro i casi nei quali si presenta la necessità dell'indagine dei titoli, e sono:

1. Quando ambedue le parti pretendono al possesso legittimo dell'immobile senza fornire la prova di fatto; e di questo mi occuperò poi più specialmente.

2. Quando l'attore nel giudizio di turbato possesso di una servitù discontinua o continua non apparente, ha bisogno di escludere dal suo possesso la presunzione del precario.

3. Quando l'attore, per compiere la prova del possesso annale, ha bisogno di congiungere il proprio col possesso del suo autore.

4. Quando il convenuto vuol provare che il possesso dell'attore è infetto dal vizio di precarietà.

Senonchè il titolo dall'una parte prodotto può essere impugnato dall'altra ed è perciò importante il sapere quale sarà l'apprezzamento che il pretore può fare del titolo, quale l'effetto che la sua decisione può avere nel giudizio petitorio.

Opinarono alcuni che il pretore debba dichiararsi incompetente allorché una parte impugna il titolo sia per la sua forma estrinseca che pel suo contenuto. Altri credono che egli debba sospendere il suo giudizio fino a che siasi provveduto in petitorio sul titolo impugnato. Altri, infine, ritengono che nonostante l'impugnazione, il giudice possa statuire sull'azione, esaminando in modo relativo al possesso, e quindi soltanto provvisorio, il merito del titolo.

Lo Scialoja, dopo aver confutato con poderosi argomenti i due primi sistemi (*Comm. Cod. Sardo* I, p. II, n. MCLXI e seg.), opina che il terzo sia il più ragionevole e quello che può avere un'applicazione più ampia e più usuale, sebbene non creda che esso abbia la generalità di assoluta teorica. « Siccome il giudice mandamentale, egli dice, può conoscere dei titoli, in quanto che servano a confortare la prova del possesso o de' suoi caratteri, così reputiamo che possa ponderare il valore delle eccezioni, in quanto che sieno, ovvero no, sufficienti a toglier loro l'efficacia di tal genere di prova. In questi casi è sempre possibile distinguere il giudizio possessorio e la controversia sorta intorno al titolo sotto il rispetto possessorio, dal giudizio petitorio e dalla controversia che in simigliante giudizio può sorgere intorno alla forza del titolo medesimo. Ma se il titolo non si esibisce solo per qualificare

certi atti che per sè medesimi non portano un'impronta rilevata e certa dell'esistenza del diritto violato, come sono quelli che costituiscono una servitù discontinua, ma che pur sono un indizio di essa, ovvero non è prodotto per provare che un oggetto della cui esistenza non si dubita, come una casa, un podere, siano stati posseduti da Caio o da Tizio, o per dimostrare che il tale o tal altro atto importino vero possesso, benchè isolatamente presi, ne facciano dubitare; bensì si presenta in giudizio, come unica prova ad un tempo e della cosa posseduta, se trattasi di un mero diritto, e del possesso come da esso diritto inseparabile, e noi sembra che non sia più possibile discernere due aspetti diversi della controversia, là dove non sono, e che perciò il giudicare valido ed efficace siffatto titolo sia il medesimo in linea possessoria ed in linea petitoria. Ma in linea possessoria non si può; sicchè avrebbersi a sospendere il giudizio del possesso sino a che in linea petitoria non fosse provveduto sulla efficacia del titolo ».

Perciò lo Scialoia formula così la sua massima: « Sempre che il titolo può esser valutato sotto il rispetto possessorio, in modo che conduca a sentenza la quale non presupponga il giudizio petitorio della sua validità ed efficacia, il giudice di mandamento non sospenderà di giudicare; egli invece avrà da sospendere fino a che l'incidente non sia risoluto in via petitoria quando quella distinzione non è possibile ».

La Corte di cassazione di Torino colla sentenza 21 dicembre 1870 (estensore Pescatore) ha così chiaramente trattato codesto argomento che io non posso astenermi dal riferirne il motivato, per completare quanto ho esposto fino a qui:

« I documenti scritti e i titoli prodotti in giudizio possessorio si hanno a considerare sotto due aspetti; o come attributivi di un diritto, o come semplici prove di fatto, dimostranti l'origine e il carattere di un possesso. Sotto il primo aspetto, quando la loro efficacia, e la pretesa attribuzione del diritto siano specificamente e senza manifesta frode alla legge contestate, non è concesso al giudice del possessorio annale di prenderli in considerazione, neppure in via provvisoria, per sostituire una qualsiasi presunzione di buon diritto a quel possesso di fatto e indipendente dal petitorio, che la legge richiede.

« Una questione di merito sulla validità, sull'interpretazione, sull'applicazione di un titolo, comunque giudicata in via provvisoria o definitiva, è pur sempre la stessa questione; e non si può ammettere che una sola e sempre identica questione di merito si discuta e si giudichi in quattro successivi giudizi, due di possessorio e due di petitorio, coll'incongruenza di un tribunale civile chiamato due volte a giudicare la controversia medesima ora in prima istanza, ora in via d'appello, e coll'aggiunta dei rispettivi giudizi in via di cassazione; ed è questo per appunto che col divieto di mescolare il petitorio col possessorio si è voluto impedire.

« Quando pertanto l'una e l'altra questione sieno talmente connesse, che la assoluta loro disgiunzione non riesca possibile, colui che è turbato nell'esercizio del suo diritto, dee senz'altro ricorrere alla giurisdizione ordinaria e generale del petitorio, investita senza dubbio per tali casi di piena potestà anche per dare in via incidentale quei provvedimenti interinali, che le circostanze, la giustizia e l'urgenza richiedono. Ma se tutto ciò è vero, non è tuttavia men certo che sotto quell'altro aspetto, e quali prove di fatto dimostranti l'origine ed il carattere di un possesso, i documenti scritti ed i titoli possono valutarsi anche nel semplice possessorio. Per quanto vizioso ed inefficace, in linea di diritto, si voglia supporre un contratto portante traslazione di proprietà o costituzione di servitù, ha potuto essere eseguito, e in materia di diritti immobiliari il fatto dell'esecuzione costituisce un possesso, anche astraendo nel modo più assoluto dalla validità o nullità del contratto, che ha dato luogo all'esecuzione. Così l'esercizio di una servitù discontinua si presume, per disposizione di legge, precario e di semplice tolleranza; ma, a fronte di un contratto di costituzione formale della servitù, e, data la prova, che il susseguito esercizio trae la sua origine dal contratto e dipende da esso, come effetto da causa, la presunzione di precarietà svanisce, il fatto dell'esercizio spiegato dal titolo qual semplice documento storico

assume il carattere di vero possesso giuridico, perchè nato e accompagnato dall'intenzione di esercitare un diritto che si pretendeva acquisito.

« Adunque impugnandosi il titolo come nullo ed inefficace, per vizio estrinseco od intrinseco, il giudice del possessorio annale lascerà pienamente in disparte la questione di validità, e non si farà neppure ad esaminare, se la data esecuzione abbia potuto sanare la nullità primitiva; ma riservando al petitorio tutte queste ed ogni altra questione di merito, dovrà pure riconoscere nel fatto stesso, storicamente spiegato dal titolo, un vero possesso, ed ammettere e giudicare in conformità l'azione possessoria.

« In senso inverso il convenuto, producendo il contratto di affitto, proverà che il suo avversario, il quale ardisce proporre contro di lui l'azione possessoria non è altro che un suo affittaiuolo; e per quante questioni di merito quest'ultimo sollevi contro il prodotto contratto di affitto, non impedirà giammai che il titolo qual fondamento probante dimostri l'origine e la qualità della detenzione puramente materiale dell'affittuario, e provi l'inalienabilità della proposta azione per difetto di vero e giuridico possesso.

« In altri casi il titolo d'acquisto, qual semplice documento probatorio, e indipendentemente da ogni eccezione di nullità da riservarsi al petitorio, varrà a congiungere, in sede possessoria, l'antico e dimostrato possesso dell'autore col più recente e men che annale possesso del successore, e sarà così buon documento anche in giudizio di possessorio annale. Onde sorge in sostanza la regola generale *che anche in sede possessoria si debbono i titoli valutare ogniquale volta la loro valutazione non tragga seco apprezzamento veruno di questioni di merito*; ciò che può avvenire per doppia cagione, o perchè nessuna eccezione specifica si propone, contro i prodotti titoli, dalla parte contraria, o perchè la considerazione dei titoli, quei documenti probativi e dimostranti l'origine e il carattere dei fatti che susseguivano, si possa completamente disgiungere da qualunque esame di eccezioni e questioni incluse nel petitorio ». Vedi anche Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche*, p. 357 e seg.

Per concludere adunque possiamo dire che pressochè tutti gli autori sono concordi nel ritenere che il giudice del possessorio può valutare i titoli di proprietà solo per la necessità di determinare la natura, la legittimità del possesso, ma non può ammettere il titolo come prova del possesso quando esso dimostri la sola proprietà; può dal medesimo, in altre parole, ritrarre una prova maggiore per l'estimazione dei fatti, ma non sentenziare in modo definitivo sui diritti nascenti dal titolo stesso. — *Conformi*: Gargiulo, *Comm.* p. 1076 - Mattei, *Annotaz.* - Saredo, *Istit.* n. 724 - Baratono, *Delle azioni possessorie*, p. 340 e seg. e Borsari, *Comm.*, p. 546, il quale pone la regola seguente: « L'esame e giudizio sui titoli di proprietà, prodotti in causa possessoria (di possesso annale), non altera l'indole della causa stessa quando non appariscono che mezzi razionali diretti a stabilire il possesso giuridico, cioè mantenibile ». Nello stesso modo si ammette che il giudice del possessorio possa prendere cognizione del titolo anche quando sia impugnato per nullità o per inefficacia perchè affetto da vizi intrinseci od estrinseci, e ciò pel motivo che egli deve esaminarlo non allo scopo di decidere sulla sua validità ed efficacia, ma per vedere relativamente al fatto del possesso, spiegato dal titolo, se vesta o non un carattere di legittimità; non per agguagliare un diritto in base al titolo stesso, ma per trarne un elemento di prova atto a spiegare la causa e la qualità degli atti possessorii: *non ut de proprietate quidquam decerneretur, sed ut de possessione bene judicetur*. — *Conforme*: Gargiulo, *loc. cit.* - Baratono, *op. cit.*, p. 379 - Chauveau in Carré *quest.* 101 bis, e Borsari, il quale nel *Comm.* I, p. 548, scrive precisamente così:

« Pel principio che il giudice dell'azione è giudice dell'eccezione, il pretore si occupa del titolo, lo esamina e ne giudica in tutto ciò che si riferisce alla questione del possesso, senza pronunciare *dispositivamente* di esso, ma discutendone, se occorre, nella parte razionale della sentenza, col l'unico indirizzo del possesso.

« Il giudice non si arresta in faccia alla questione di nullità del titolo quando gli giovi conoscerne il fondo per l'oggetto del suo giudizio. Per altro dipende dal cauto vedere del giudice, dal suo senno e criterio, l'astenersi e

rimettere la causa al giudice del petitorio ove non abbia innanzi che titoli controversi, ovvero la ragione della proprietà si presenti del tutto assorbente in quanto il giudizio del possessorio vi sia implicato in modo da non potersi, fuori dei titoli della proprietà, comprenderne gli elementi distinti ». — *Conforme*: Saredo, *Istit.* n. 725.

4. Alla stregua dei principii posti fin qui è facile risolvere l'altra questione se il pretore debba astenersi dal giudicare in possessorio quando il convenuto opponga eccezioni di merito.

Non può essere rimesso all'arbitrio del convenuto di sottrarre alla competenza mandamentale una causa introdotta in via possessoria, e perciò, di regola, il pretore deciderà sul possesso senza occuparsi dell'eccezione che non lo riguarda. — Scialoia, *Comm. Cod. Sardo* I, p. II, n. DCCLVIII - Gargiulo, *Comm.* p. 1075 - Chauveau e Carré, *quest.* 120 - Favard, t. I, p. 599 - Mattei, *Annotaz.* n. 18 - Vanni, *loc. cit.* p. 20 - Saredo, *Istit.* n. 725.

5. Passando a parlare degli effetti che può avere nel giudizio petitorio la sentenza pronunciata nel possessorio, egli è anzitutto evidente che la superficie indagine che il giudice del possessorio può fare dei titoli, o la cognizione che egli abbia preso intorno all'incidente relativo al diritto, sollevato dall'eccezione d'una parte non costituisce cosa giudicata riguardo al petitorio. Il giudice infatti non ha propriamente giudicato che sulla causa possessoria e ognuno sa che la *res judicata* si trae dal dispositivo e mai dal motivato della sentenza. — *Conformi*: Borsari, *Comm.* I, p. 548 - Gargiulo, *Comm.* p. 1086 - Saredo, *Istit.* n. 727.

Ma questione più dibattuta è quella di sapere a carico di chi la sentenza possessoria metta il peso di provare la proprietà nel giudizio petitorio.

Scialoia (*Comm. Cod. Sardo* I, p. II, n. MCCXV seg.) crede sia un errore lo ammettere che scopo precipuo del possessorio sia di assegnare le parti a coloro che vanno poi a contendere in petitorio, così che il soccombente nell'uno debba farsi attore e come tale provare il suo diritto. Sta bene che il vincitore in possessorio, chiamato in petitorio, basta che si difenda, nè è tenuto a provare il suo diritto di proprietà, ma non v'ha legge che obblighi l'uno o l'altro dei contendenti in possessorio di diventare convenuto o attore nell'altro giudizio; il possessorio è un giudizio *sui generis*, che sebbene abbia qualche relazione col petitorio, però ne è affatto distinto. — *Conforme*: Saredo, *Istit.* n. 728.

Nihil commune habet proprietas cum possessione. Perciò nel giudizio in cui si questiona sulla proprietà, il possesso annale, pacifico, pubblico, a titolo non precario è un semplice fatto su cui può fondarsi un indizio, una presunzione dell'uomo o forse anche soltanto la presunzione vaga e generica stabilita dalla legge per la quale si presume che ciascuno possieda per sé stesso, ed a titolo di proprietà, quando non si provi che siasi cominciato a possedere in nome altrui. Però il possesso sul quale si è versato nel giudizio possessorio si terrà come provato e potrà quindi opporsi all'avversario, o congiungersi a quello che vorrebbe provarsi nel giudizio possessorio.

6. L'attore in possessorio è anch'egli impedito di agire in petitorio fino a che non sia condotto a termine il giudizio da lui introdotto?

È da credersi che sì, anzitutto perchè la stessa ragione della severità verso il convenuto vale anche per l'attore; il primo, soccombendo, è ingiustamente turbato l'altrui possesso, il secondo a falsamente accusato il proprio avversario d'un fatto riprovevole. Oltre a ciò la questione è, secondo a me pare, sciolta dall'ultimo capoverso dell'articolo, ove è detto che *finchè il giudizio è pendente* l'attore in giudizio possessorio non può promuovere il giudizio petitorio. Nè può ritenersi che il giudizio non sia più pendente quando la sentenza sia pronunciata, sebbene non la si eseguisca, poichè il legislatore volendo che l'attore, recedendo dal giudizio possessorio, non possa istituire il petitorio se non dopo aver pagato al convenuto le spese conseguenti dal recesso, ha pareggiato il convenuto soccombente all'attore recedente. — *Conformi*: Scialoia, *loc. cit.* n. MCCVIII - Vanni *loc. cit.* p. 16 - Borsari, *Comm.* I, p. 552. — *Contra*: Mattei, *Annotaz.*, il quale erroneamente si riferisce a quanto insegna il Carré (*quest.* 129), poichè l'art. 27 del Codice francese non conteneva una disposizione simile e quella dell'ultimo capoverso del nostro e

perciò soltanto autorizzava l'opinione di Carré e di molti altri autori francesi che l'articolo suddetto, a differenza dell'art. 4, tit. XVIII dell'*Ordinanza* del 1667, esplicito su questo argomento, non riguardasse che il convenuto.

7. Siccome il termine, entro il quale l'attore deve far liquidare la condanna, dev'essere fissato dal tribunale del petitorio, è chiaro che questo tribunale può essere adito prima della liquidazione. Perciò il convenuto potrà intentare l'azione prima d'aver eseguito pienamente la sentenza, prima della liquidazione della condanna, e chiedere che sia proseguita spirato il termine per effettuarla. Se fosse altrimenti, osserva lo Scialoia (*loc. cit. n. MCCIV*), come potrebbe mai questo termine essere fissato dal giudice del petitorio? Per ciò fare questo giudice dev'essere adito. — *Conforme*: Saredo, *Istit. n. 729*.

8. Sebbene la responsabilità dei fatti che danno origine all'azione possessoria sia tutta personale di chi li ha eseguiti, può qualche volta accadere che il convenuto abbia diritto a chiamare un terzo in garanzia e ciò non gli è certamente vietato, come non lo è all'attore che intenda invocare, contro il rifiuto dell'avversario, il possesso annale del proprio autore. Se però il chiamato in garanzia questiona sull'obbligo di garantire, tale controversia, essendo petitoria, non potrà trattarsi davanti il giudice del possessorio, il quale, perciò pronuncierà sul possesso, salve le ragioni di garanzia da far valere in sede competente. — *Conformi*: Scialoia, *loc. cit. n. MXCIV* - Baraton, *Delle azioni possessorie*, p. 406 - Saredo, *Istit. n. 728* - Gargiulo, *Comm. p. 1086* - Mattei, *Annotaz.* - Chauveau e Carré, *quest. 121*.

9. È pure ammesso l'intervento d'un terzo nel giudizio possessorio sia allo scopo di coadiuvare, nel proprio interesse, la difesa dell'uno o dell'altro dei contendenti sia con quello di sostenere che il possesso non ispetta ad alcuno dei litiganti ma a lui solo e si deve aggiudicare a lui. — *Conformi*: Scialoia, *loc. cit. n. MCXVIII* - Baraton, *loc. cit. p. 406*.

10. Il divieto di intentare l'azione petitoria non produce la nullità della citazione fatta in pendenza del giudizio possessorio. Il tribunale dovrebbe soltanto sospendere qualunque giudizio fino all'esito del possessorio ed all'esecuzione della relativa sentenza.

Però si ritiene che il convenuto in petitorio abbia rinunciato all'eccezione delatoria derivante dalla inesecuzione della sentenza sul possessorio, quando non la proponga nella prima difesa. — *Conforme*: Vanni, *Monografia citata*, p. 19.

Ciò ha una importanza specialmente riguardo alla prescrizione, poichè la citazione sebbene non proseguibile basterà ad interromperla. È però opinione accolta da molti autori che in pendenza del giudizio possessorio il termine preserizionale non decorra per la massima: *contra non valentem agere non currit praescriptio*. — *Conformi*: Scialoia, *loc. cit. n. MCCV* - Vanni, *Mon. cit. p. 19* - Chauveau in Carré, *quest. 130 bis*.

11. Il divieto di cui in questo articolo continua anche durante il tempo in cui la causa si discute in appello. — Scialoia, *loc. cit. n. MCCVI* - Borsari, *Comm. I, p. 552* - Mattei, *Annotaz., n. 4* - Chauveau in Carré, *quest. 129 bis*. — *Contra*: Pigeau, *Comm. t. 1, p. 79*.

12. L'obbligazione di dare esecuzione alla sentenza in possessorio deve essere adempiuta col pagamento, al quale non è lecito sostituire una cauzione. — Vanni, *loc. cit. p. 19* - Carré e Chauveau, *quest. 131* - Favard, *t. 1, p. 599* - Thomine, *n. 50* - Scialoia, *Comm. Cod. Sardo, I, p. II, n. MCCX*.

13. Per l'art. 697 Codice civile, dopo esercitata l'azione di reintegrazione, può esperirsi l'azione di manutenzione. Nemmeno l'esperimento dell'azione di manutenzione preclude l'adito a disputar poi sulla reintegrazione quando, ammesso il fatto della ritenzione, si fosse nel giudizio di manutenzione giudicato che il possesso manca dei caratteri voluti dalla legge per essere manutenibile. Ciò però non può farsi allorchando fosse stato deciso che l'attore non avea possesso di sorta al momento in cui si verificò l'atto che diè luogo al giudizio.

Le due azioni adunque non sono incompatibili e possono cumularsi. E perciò opportuno, intentando un giudizio possessorio, di cumulare, potendolo, le due azioni, chiedendo in via principale la manutenzione, ed in via subordinata la reintegrazione. — *Conformi*: Scialoia, *loc. cit., n. DCCLX e seg.* -

Baratono, p. 297 - Gargiulo, *Comm.* p. 1081. — Consulta anche Milone, *Il possesso delle cose e dei diritti*, p. 114.

14. Qualora attore e convenuto domandino l'aggiudicazione del possesso, ma non arrivino a fornire la prova degli estremi dal legislatore richiesti, il pretore dovrà rigettare ambedue le domande, e le parti saranno poi costrette a rivolgersi al petitorio. Potrà frattanto ordinarsi il sequestro giudiziario dell'immobile controverso. — *Conformi*: Pescatore, *Filos. e Dottr. giur.* p. 351 e seg. - Vanni, *loc. cit.* p. 22 - Gargiulo, *Comm.* p. 1080.

SEZIONE V.

Disposizioni comuni alle sezioni precedenti.

Art. 208, 401, 434 c. p. c.

446. Quando le parti sieno rappresentate nel procedimento, a norma dell'articolo 156 capoverso secondo, il pretore può ordinare che compariscano in persona all'udienza da lui stabilita se riseggano nel comune, o nel mandamento, e, se riseggano fuori del comune o del mandamento, può richiedere che siano sentite, sopra fatti specificati, dal pretore del mandamento in cui hanno residenza.

Art. 158 seg., 338, 393 seg., 410, 414, 464 c. p. c.

447. Il procedimento davanti i pretori per tutto ciò che non è regolato espressamente da questo capo, prende norma dalle disposizioni del capo I di questo titolo, e, trattandosi di cause commerciali, dalle disposizioni altresì del capo III dello stesso titolo, in quanto le une e le altre siano applicabili.

L'istanza però non proseguita è perenta al compiersi di un anno dopo l'ultimo atto.

1. In difetto di speciali disposizioni che regolino la procedura per la prova testimoniale avanti i pretori devono seguirsi le norme in proposito tracciate per le cause avanti i tribunali civili e commerciali. — *Cass. Torino*, 9 gennaio 1867. *Scotini-Rebachi, Annali*, I, 157.

2. Il procedimento nelle cause devolute alla giurisdizione dei pretori è regolato dai medesimi; essi fissano i termini entro i quali deve eseguirsi la prova testimoniale.

Le nullità, le decadenze e le pene stabilite dalla legge pei giudizi formali non si applicano ai giudizi pretoriali (1).

Questo articolo non obbliga i pretori all'osservanza delle regole del procedimento ordinario. Il legislatore nel dettarlo altro non fece che indicare delle norme e non impose un precetto e tanto meno un precetto assoluto; le norme sono regole di direzione e però non ponno obbligare e non obbligano e tanto meno fino al punto che il deviare dalle stesse debba far luogo a nullità, decadenze o pene. — *Cass. Torino*, 27 agosto 1867. *Guzzeloni-Fava. Mon. Trib.* VIII, 870.

(1) *Tribunale di Pavia*, 6 marzo 1869. *Gambini-Gambini. Mon. Trib.*, X, 368.

3. Allorché il pretore raccoglie un esame testimoniale per delegazione di una corte o di un tribunale, deve uniformarsi alle forme proprie del magistrato delegante. — *Appello Catanzaro*, 30 settembre 1867. *Sfara-Macri. Bettini*, XIX, 585.

4. Il termine dei 30 giorni stabilito dalla legge per eseguire la prova

testimoniale è perentorio così per la prova come per la controprova. Nè giova che nel detto termine il pretore delegato sia stato richiesto di stabilire il giorno per gli esami, quando il giorno da lui destinato è al di là dei 30 giorni. — *Appello Napoli*, 27 novembre 1867. *Cornacchia—De Palma. Annali*, II, 601.

Contra: *Appello Torino*, 6 dicembre 1867. *Machij-Gratton—Noussen. Annali*, II, 281.

5. Tutto ciò che non è espressamente regolato dal Codice di procedura nei giudizi civili avanti i Pretori è rimesso al loro prudente arbitrio. L'art. 232 che stabilisce il termine di giorni 30 per eseguire la prova testimoniale avanti i tribunali non è applicabile ai giudizi pretoriali. — *Cass. Torino*, 25 gennaio 1868. *Traversi—Cazzani. Annali*, II, 59. — *Cass. Torino*, 9 febbraio 1872. *Demonticelli—Oleni U. cc. Annali*, VI, 247.

6. È legale la proroga per congrue ragioni accordatasi dal giudice pretore o vice-pretore che assume l'esame in giornata giudizialmente indetta, oltre il termine di 30 giorni. — *Appello Aquila*, 28 febbraio 1868. *Nicolini—Ciavolich. Bettini*, XX, 171.

7. Gli art. 426 e 427 Cod. proc. civ. provvedono soltanto al modo di dedurre la prova testimoniale, e di citare i testimoni nei giudizi avanti i pretori; e perciò quanto al termine per gli esami, le norme debbono trarsi dal disposto dell'art. 232.

Le ordinanze di ammissione di prova testimoniale proferite in presenza delle parti si considerano come notificate nel giorno stesso della pronuncia, e da quel giorno incomincia a decorrere il termine per appellare, e, questo decorso, comincia il termine della prova e controprova. — *Cass. Firenze*, 10 dicembre 1868. *Panichi—Minucci. Annali*, II, 275.

8. Non è efficace ad interrompere la perenzione d'una citazione innanzi al pretore l'avviso per biglietto fatto nell'anno, se la causa supera in valore le lire cento. — *Cass. Napoli*, 15 giugno 1871. *Rizzo—Marino. Bettini*, XXIII, 439.

9. I provvedimenti definitivi del pretore relativi all'esame di testimoni fatti di propria autorità e nelle cause di sua competenza non sono regolati dagli art. 183, 209 e devono quindi ritenersi appellabili. — *Cass. Napoli*, 29 febbraio 1872. *Conforti—Conforti. Legge*, XII, n. 49.

10. La disposizione dell'art. 234 sull'obbligo della notificazione dei nomi dei testi è applicabile anche ai giudizi pretoriali, perchè sebbene non rappresentate da procuratori le parti sono interessate a conoscer quei nomi per poter eccepirli. — *Cass. Firenze*, 31 maggio 1872. *Valli—Bertini. Gior. delle Leggi*, III, 377. — *Annali*, VI, 247.

11. Gli art. 229, 232, 233, 234, in quanto stabiliscono termini perentori per la prova e riprova a mezzo di testimoni, non sono applicabili nei procedimenti avanti i pretori. — *Cass. Torino*, 9 luglio 1873. *Municipio di Golese—Gianora. Mon. Trib.*, XIV, 849.

12. Il termine per la prova testimoniale è perentorio tanto nei giudizi avanti ai Tribunali e le Corti, quanto nei giudizi pretoriali. Nè s'invoca l'art. 447 Cod. proc. civ. per dedurre che il termine dei 30 giorni al compimento della prova testimoniale non è perentorio nelle cause che si trattano davanti ai pretori. Questo articolo infatti nient'altro dispone se non questo, che cioè il procedimento davanti ai pretori, per tutt'occhè che non è regolato espressamente da quel capitolo, *prende norma* dalle disposizioni che regolano il procedimento davanti i tribunali civili e le Corti d'appello in quanto sieno applicabili. Ora non sa vedersi ragione per la quale di fronte alla parte cui spetta curare la creazione della prova, le disposizioni degli art. 232 e seguenti divengano d'impossibile applicazione

davanti ai pretori. D'altronde, sanzionando il concetto contrario, verrebbe a lasciare nel pieno arbitrio il protrarre a tempo indefinito l'esecuzione di una prova che la legge ha voluto appunto circoscritta in breve giro di tempo onde evitare le possibili subornazioni di coloro che devono deporre in giudizio, e si lascierebbe per di più questo arbitrio nelle cause di competenza pretoriale, per la pronta risoluzione delle quali la legge stessa ha ristretto i termini ordinari, ed ha rinunciato a molte forme comuni. — *Cass. Firenze, 10 febbraio 1874. Zantedeschi—Rossi. Gior. dei Trib., III, n. 124.*

13. L'art. 233 C. p. c. non si applica ai giudizi pretoriali.

Non muta che la prova fosse stata ordinata dal tribunale in sede d'appello con rinvio della causa al pretore. — *Cass. Torino, 25 febbraio 1874. Alberti—Pianini. Legge, XIV, 607.*

14. Nelle cause pretoriali l'esame dei testimoni non è soggetto al rigore delle regole stabilite per gli esami innanzi i tribunali. — *Cass. Napoli, 12 maggio 1874. Cartaneis—Cartaneis. Bettini, XXVI, 610. — Cass. Palermo, 24 novembre 1874. Rieca—Ferrara e C. Legge, XV, n. 11.*

15. La pronuncia colla quale il pretore ammette la prova testimoniale è una sentenza interlocutoria quantunque non sia preceduta da alcuna motivazione, nè in fatto nè in diritto. Quindi il termine per eseguire la prova incomincia dopo la decorrenza di quello stabilito per proporre appello contra la detta sentenza.

Comunque il pretore abbia disposto la prova nelle forme delle ordinanze, tuttavia ciò non altera la essenza del pronunciato di sentenza interlocutoria, ed anche in questo caso il termine dei 30 giorni comincia dopo quello per appellare. — *Cass. Napoli, 14 novembre 1874. Acerno—Corcione. Annali, IX, 18. — Cass. Firenze, 9 giugno 1874. Federighi—Federighi. Annali, VIII, 388.*

16. Quando il pretore ha pronunciato sopra una istanza con sentenza definitiva, e la parte soccombente non abbia appellato, l'istanza non può cadere in perenzione.

Sono però soggette a perenzione le istanze sulle quali il pretore abbia emesso solamente dei provvedimenti istruttori. — *Cass. Napoli, 5 gennaio 1875. Calabrese—Gigante. Legge, XV, 369.*

17. Non può applicarsi al procedimento innanzi al pretore e per un esame testimoniale da costui ordinato l'obbligazione imposta dall'art. 233 di notificarsi al procuratore della controparte l'ordinanza che fissa il giorno dell'esame almeno 10 giorni prima del medesimo. — *Cass. Napoli, 13 aprile 1875. Bagliè—Legittimi. Annali, IX, 456.*

1. Le disposizioni degli articoli 229, 232, 233, 234 sono applicabili ai giudizi davanti ai pretori?

Sebbene questa controversia si sia specialmente dibattuta dopo l'attuazione del Codice ora vigente, non è però affatto nuova. Il Codice francese agli articoli 257 e 258 prescrive che davanti i tribunali l'esame dei testi deve cominciarsi entro otto giorni dalla notificazione della sentenza che l'ammette, e compiersi nel termine di otto giorni da quello in cui ha avuto principio; che la parte deve essere citata per presenziare all'esame tre giorni almeno prima che desso incominci, notificandole contemporaneamente la lista dei testimoni. Ed è sorta anche in Francia la questione se i termini e la decadenza di cui trattano i detti articoli, dovessero applicarsi alle prove testimoniali che si fanno davanti i giudici di pace. Oscillò la dottrina, ma finalmente la disputa venne troncata dalla Cassazione, la quale nel 13 gennaio 1836 (*Sirey, t. 36, p. 96*) si dichiarò per l'inapplicabilità del termine degli otto giorni pel compimento dell'esame dinanzi ai giudici di pace, e

cogli arresti 2 luglio 1835 (Sirey, t. 35, p. 611) e 13 gennaio 1836 sopradetto, decise non essere nemmeno obbligatoria la comunicazione della lista dei testimoni nel termine di tre giorni.

Il legislatore sardo tolse qualunque dubbio disponendo all'art. 92 che « se la sentenza ordina l'esame di testimoni, dovranno le parti nel giorno ed ora stabiliti presentare i loro rispettivi testimoni, i quali, ricusando di comparire volontariamente, saranno citati »; ed all'art. 102 che « l'esame dovrà farsi nell'udienza stessa (in cui fu ammesso) se sarà possibile; in difetto si fisserà il giorno e l'ora in cui dovrà aver luogo ». Fu ritenuto soltanto (Scialoja, *Comm. Cod. Sardo I, parte II, n. DLVIII*), che prima d'incominciare l'esame di ciascun testimonio, il giudice, e la parte interessata, abbiano diritto di conoscere l'elenco dei testimoni che si vogliono esaminare.

Il nostro legislatore non ripeté le disposizioni del Codice precedente, non fece nemmeno del procedimento pretoriale un procedimento particolare, con speciali norme relative ai diversi mezzi d'istruzione, come era nel Codice sardo, ma si limitò a parlare della prova testimoniale nei giudizi davanti i pretori in due soli articoli, cioè nell'art. 426 e nel 427. Però coll'articolo presente richiamò le disposizioni del procedimento formale.

Di qui la controversia importantissima sull'interpretazione da darsi agli art. 426 e 427 e sull'estensione del riferimento contenuto nell'art. 447.

Parlando prima dell'applicabilità ai giudizi pretoriali del termine di trenta giorni stabilito dall'art. 232 per assumere l'esame testimoniale nel procedimento formale, la combattono specialmente la Corte di cassazione di Torino nelle sue più recenti decisioni, e quelle di Palermo e di Napoli; la propugna invece la Corte di cassazione di Firenze. Con quelle stanno: Saredo (*Istit. n. 707*), Mattei (*Annotaz. art. 447*); con questa: Borsari, sebbene non troppo esplicitamente, (*Comm., I, p. 562*), Gargiulo (*Comm., p. 1053*), Ricci (*Giurisprudenza Italiana, XXVI, Diritto controverso, col. 16*) e Zanchi (*Mon. dei Trib., XVII, p. 172 seg.*). I principali argomenti che si adducono dai seguaci dell'opinione della Cassazione di Torino, sono questi:

1. Nelle cause devolute alla giurisdizione del pretore, è rimesso a lui di regolare il procedimento, di fissare i termini entro i quali le prove devono eseguirsi; ciò risulta dall'art. 420 il quale autorizza il pretore, occorrendo qualche atto di istruzione, di fissarne l'udienza. Le nullità, le decadenze proprie del procedimento formale, non possono quindi estendersi ai giudizi pretoriali del cui andamento è arbitro il pretore stesso.

2. Gli articoli 426 e 427 disciplinano la prova per testi nel procedimento dei pretori, e nulla dicono intorno al tempo entro il quale l'esame deve compiersi ed alle altre formalità. Al silenzio della legge non può supplirsi colla applicazione generale di tutte le regole adottate pel procedimento normale, poichè l'art. 447 che a queste regole farebbe richiamo non include un precetto, e tanto meno a pena di nullità, ma soltanto una norma direttiva.

3. Il rigore delle forme prescritte pei giudizi ordinari sarebbe poco consentaneo alla semplicità del procedimento davanti i pretori, e sarebbe anche pericoloso, potendo in questo le parti presentarsi ed anzi presentandosi per lo più personalmente, e non essendo esse in grado per la loro ignoranza di sottrarsi agli effetti della decadenza dalla legge comminata alla inosservanza del termine in questione.

Senonchè ben più poderose sono, a mio parere, le ragioni che suffragano la tesi contraria, quella propugnata dalla Cassazione di Firenze.

Il termine dei trenta giorni per eseguire la prova fu dalla legge stabilito sia per non prolungare indefinitamente il corso delle liti, come pel timore di subornazione che cresce tanto più quanto maggiore è l'indugio che si frappone alla assunzione dei testimoni.

In via preliminare è da osservare che la ragione della legge consiglia a ritenere applicabile il detto termine anche nei giudizi pretoriali, che devono procedere quanto più celeremente è possibile, poichè altrimenti, non essendo dal legislatore stato fissato alcun termine particolare a questi giudizi, verrebbe ad ammettersi che fosse la parte lasciata nel pieno arbitrio di far assumere la prova quando meglio creda, precisamente in quelle cause che per l'indole loro dovrebbero essere sollecitamente definite e per la trattazione delle quali furono, a questo scopo, stabilite delle norme speciali.

In secondo luogo, male si invocano le disposizioni degli art. 420, 426, 427 contro l'osservanza dell'art. 232, ed erroneamente si intende la disposizione dell'art. 447. Per quanto si voglia sofisticare sopra le parole di questo articolo è chiaro che desso è perfettamente conforme agli articoli 392, 410, 414 e 464 coi quali si chiudono i capi che trattano del procedimento sommario davanti i tribunali civili, del procedimento formale e sommario davanti i tribunali di commercio e di quello davanti i conciliatori, il significato dei quali è spiegato luminosamente dal brano seguente della *Relazione Vacca*: « Intorno a queste distinzioni dei procedimenti, motivate o dalla natura della causa o dalla qualità delle giurisdizioni davanti le quali le cause sono portate, è da notare, in generale, che tutti i procedimenti stessi *si legano tra loro*, in coerenza del concetto logico che il procedimento formale davanti i tribunali civili e le corti è il procedimento normale cui conviene ricorrere ogniquale volta manchino, negli altri procedimenti, disposizioni speciali ». È vano quindi il dire che l'art. 447 non contiene un ordine, un precetto assoluto, ma un consiglio, poichè il concetto del legislatore nel dettare questo come tutti gli articoli suaccennati, fu certamente quello di richiamare le disposizioni comuni e generali, dopo avere, nei vari procedimenti speciali, dettate alcune norme eccezionali; e di ordinare perciò che le forme ordinarie regolassero anche i giudizi più celeri, in quanto le disposizioni particolari ai medesimi non vi contrastassero.

Di qui la conseguenza che dove non provvedano gli articoli contenuti nei capi dei procedimenti speciali è d'uopo ricorrere a quelli del procedimento formale, le regole e le nullità del quale non si infliggono quindi in tale contingenza, per analogia, arbitrariamente, ma per chiara ed esplicita disposizione di legge, pel richiamo che ne fanno gli articoli che chiudono i capi II a IV.

Ciò premesso è d'uopo indagare se qualche articolo del procedimento speciale dei pretori fissi il termine per l'assunzione dei testimoni; e facilmente ci persuaderemo che non lo stabiliscono gli art. 426, 427, i quali concernono il modo di dedurre la prova nei giudizi pretoriali e quello di citare i testimoni, provvedendo al risparmio delle spese ed alla maggior celerità e brevità del procedimento. Perciò, come nonostante il silenzio del capo V, intorno al modo di prestare l'interrogatorio e il giuramento, di procedere all'esame dei testimoni, alle eccezioni ad essi opponibili ecc. ecc., si ricorre alle norme relative del procedimento formale, colle nullità e decadenze che contengono, pel richiamo che ne è fatto dall'art. 447, così per la disposizione di questo stesso articolo, si dovrà, quanto al termine entro il quale l'esame ha da compiersi, ritenere applicabile l'art. 232, colla decadenza e nullità comminata dall'art. 246 alla inosservanza del medesimo.

Certo che il pretore potrà, come il giudice delegato, prorogare il detto termine in casi speciali e fissare l'esame al di là del medesimo, prorogandolo implicitamente, ma la facoltà che è concessa al magistrato non è data alle parti, le quali, decorso il termine fissato dalla legge o quello stabilito dal pretore, decadono dal diritto di fare gli esami.

A tutto ciò non osta la disposizione dell'art. 420 poichè, senza aggiungere al medesimo o mutarne radicalmente il senso, è impossibile il sostenere che per esso il legislatore abbia voluto rimettersi quanto ai termini all'arbitrio del pretore.

Infatti, scopo della legge fu quello di provvedere alla pronta prosecuzione della causa, dopo esaurito l'atto d'istruzione, (V. commento art. 420), e quando pure si volesse che il medesimo si riferisse alla fissazione dell'udienza per l'esecuzione del mezzo istruttorio, se il termine del rinvio non è stabilito con disposizione speciale, deve intendersi disciplinato dalle regole generali, e, nel caso dell'esame testimoniale, dall'art. 232.

Si oppone ancora che mancando presso le preture il ministero di procuratore, ed essendo la difesa delle cause affidata alle parti, stesse, e spesso a persone ignoranti del diritto, non si deve usare il rigore delle forme che si può applicare ai giudizi nei quali l'istruzione è retta dagli uomini di legge, poichè si violerebbe in tal modo il principio d'ordine pubblico: che l'ignoranza di legge non iscusava, e non si dovrebbero altrimenti ammettere presso i pretori nemmeno la prescrizione e la perenzione.

Di più la stessa scusa dovrebbe valere nei giudizi davanti i tribunali di commercio presso i quali le parti possono pure difendersi in persona, senza assistenza di procuratore legale. E finalmente, siccome il presentarsi personalmente è una facoltà, non un obbligo, potrebbe anche dirsi che prevalendosi le parti di tale facoltà, segno è, o si deve presumere, che si ritengono capaci di condurre la causa da sé medesime.

Da quanto ho detto fino a qui deduco pure che l'art. 229 capoverso, è applicabile davanti i pretori. Infatti verun altro del capo V tratta del termine nel quale la prova contraria deve proporsi, e perciò, quanto al medesimo, sono interamente da seguire le norme del capoverso dell'articolo succitato. Così opina anche il Gargiulo, *Comm. p.* 1053.

Pensano diversamente invece il Borsari (*Comm. I, p.* 535) e il Ricci (*Mon. cit.*), ed il primo cita in appoggio l'opinione dello Scialoja nel *Comm. Cod. Sardo, p.* 294. La Cassazione di Torino si manifestò dell'avviso di questi illustri scrittori nella sentenza soprariferita al n. 11 per questi motivi: « Prima di supporre che il legislatore abbia voluto che nei giudizi pretoriali la prova contraria si deducesse entro i 15 giorni dall'emanazione della sentenza che ammette la prova principale, e ciò a pena di decadenza, uopo sarebbe di poter assicurare che in quei 15 giorni, stati fissati per i procedimenti avanti ai tribunali collegiali, potesse effettivamente offrirsi a chi patisce avanti al pretore pari opportunità di presentare oralmente o per iscritto, la contraria prova alla quale sarebbe stato ammesso.

« Per applicare un articolo di legge, quale l'art. 229 non può bastare il riflesso che nel decorso dei 15 giorni ivi stabiliti possa aversi uno o più giorni utili per l'adempimento di un incombente; l'ufficio del pretore non è, quale quello dei tribunali collegiali, aperto nei giorni tutti non feriali, e per le cause avanti ai pretori la proposta d'una contraria prova dovrebbe incorrere nella decadenza senza la menoma colpa o negligenza della parte interessata ».

L'unico ostacolo adunque che si trova alla applicabilità del termine dei 15 giorni per la deduzione della prova contraria indiretta sta in ciò che la parte potrebbe essere, contro sua volontà, impedita dall'adire il pretore per esercitare la facoltà che dalla legge le è accordata di proporre la prova oralmente. Come ciò sia possibile io però non so immaginare, quando penso che i pretori sono per legge (art. 103 reg. giud.) obbligati a tenere almeno due udienze alla settimana per le cause civili e che perciò non meno di quattro udienze si offrono alla parte per dedurre la prova. Di più, non è punto vero che davanti ai tribunali collegiali siavi maggior comodità e facilità di accedere ai giudici, poichè così davanti al collegio come davanti al giudice delegato, v'ha soltanto un determinato numero di udienze pubbliche, che certo non superano quelle tenute dai pretori.

Nè ciò è tutto, poichè la deduzione orale della prova contraria non avverrà certamente che nel caso in cui si faccia alla stessa udienza nella quale fu emanata l'ordinanza che sull'accordo delle parti ammette la prova principale. Infatti, siccome dopo l'ammissione della prova, la causa rimane sospesa fino allo esaurimento della prova stessa, le parti non compariscono più davanti al pretore fino al giorno da esso destinato dopo chiuso il verbale d'esame. Perciò quella parte che volesse proporre la prova contraria oralmente dinanzi al pretore dovrebbe citare l'avversario ad una udienza a quest'unico scopo. E tale necessità si verificherebbe anche nel caso che la prova fosse ammessa con sentenza, giacchè la designazione dell'udienza per l'assunzione dei testi non è da farsi in contraddittorio, e quindi le parti non avrebbero più occasione, prima dell'esame, di presentarsi davanti al giudice. La stessa celerità del procedimento che motivò la facoltà di prescindere dal dedurre in iscritto i capitoli di prova, suggerisce adunque di valersi della comparsa comunicata a mezzo d'uscieri, per avanzare la prova contraria. Perciò l'argomento addotto per escludere l'osservanza del termine sopradetto dinanzi ai pretori perde qualsiasi influenza.

Del resto anche se la facoltà di dedurre la prova verbalmente potesse in qualche modo restare pregiudicata, non per questo si dovrebbe seguire la tesi propugnata dai contraddittori, quando si pensi che lo scopo del le-

gislatore nel prescrivere il termine di 15 giorni di cui al capoverso dell'articolo 229 fu duplice: di impedire la subornazione dei testi, e di mantenere l'unità del processo probatorio; e che ambidue questi intenti non si possono, senza cadere nell'assurdo, curare nei giudizi davanti ai tribunali e obliare in quelli dinanzi ai pretori.

Passando all'art. 233, Gargiulo (*Comm. p.* 1054), Saredo (*Istit. n.* 707), Ricci (*Monogr. cit.*) e Mattei (*Annotaz.*), ritengono che non ne sia obbligatoria l'osservanza nei giudizi davanti i pretori e la loro opinione è divisa dalle Cassazioni di Torino e Napoli. È certo che allorquando l'ordinanza che fissò il giorno dell'esame fu pubblicata in presenza delle parti o dei loro procuratori, a sensi dell'art. 438, deve averosi come notificata. La questione adunque è limitata al caso che la pubblicazione dell'ordinanza sia avvenuta in assenza di chi rappresenti i contendenti, e poichè, secondo quanto dissi nel commento all'art. 233 n. 1, non è necessario il contraddittorio delle parti per far fissare il dì dell'esame, ma basta che il giudice lo stabilisca sull'istanza anche verbale d'una delle parti, e quindi mediante decreto, questo caso si verificherà quasi sempre se colla stessa ordinanza che ammette la prova non si stabilisca l'udienza per esaurirla o la prova sia stata accolta con sentenza.

Ritenuto così che nella maggior parte dei casi la fissazione della giornata per l'audizione dei testi avviene *inaudita altera parte*, non si potrà certo negare che a questa debbasi darne notizia mediante la notificazione del decreto pretoriale.

Il difficile sta nello stabilire entro qual termine tale notificazione si ha da compiere. Fu detto che quello di 10 giorni fu prescritto davanti i tribunali perchè rappresenta il termine minimo di comparizione (art. 148) ed il legislatore non ha creduto di assegnare un termine minore al procuratore per procurarsi dalla parte, spesso lontana, quelle notizie e dilucidazioni che gli potessero occorrere, o recarsi in luoghi remoti per assistere agli esami, delegati ad altre autorità giudiziarie. Perciò per gli esami davanti i pretori, si conchiuse, basterà si notifichi il provvedimento di cui all'art. 233 nel termine minimo di comparizione nelle cause di loro competenza.

A questo temperamento io non posso adattarmi, sia perchè è affatto arbitraria la modificazione che vorrebbesi fare al termine imposto dall'articolo 233, quando si riconosce in massima l'applicabilità di questo articolo, come perchè il termine di due giorni è affatto insufficiente affinché la parte provveda a premunirsi contro la prova dedotta dal suo avversario, e la ragione della lontananza che spesso si deve superare per arrivare al luogo dell'esame non è esclusa relativamente ai giudizi pretoriali.

Sostituita pertanto la *parte al procuratore* io credo pienamente osservabile anche nelle cause dinanzi ai giudici di mandamento quanto prescrive l'art. 233. Di questo avviso è anche il Borsari nella seconda edizione del suo *Commento* a pagina 536, mentre nella prima avea manifestato una opinione contraria.

Resta da ultimo che si esamini se l'art. 234 sia applicabile nei giudizi pretorii, od io mi dichiaro per l'affermativa per le ragioni addotte dalla suprema Corte di Firenze. « Se nei giudizi pretoriali, essa disse, (vedi sentenza n. 10) le parti non sono rappresentate da procuratore, non è meno interessante che le parti siano in tempo notificate del nome e delle qualità dei testimoni che si producono a formare la prova o la controprova, all'effetto di dedurre le eccezioni personali che possano competere contro i testimoni medesimi.

« Nè potrebbe obbiectarsi che nella speditezza che distingue i processi pretoriali è desiderabile che i termini siano meno prolungati, perchè l'articolo 235 permette al giudice di abbreviare i termini, sì degli esami che delle notificazioni ». — *Conforme*: Borsari, *Comm. I*, p. 536.

Contra: Gargiulo, *Comm. p.* 1054 - Saredo, *Istit. n.* 707 - Ricci, *Mon. cit.* - Mattei, *Annotaz.*

CAPO VI.

Del procedimento davanti ai Conciliatori.

SEZIONE I.

Dell'istruzione della causa.

448. Davanti i conciliatori i giudizi sono spediti senza formalità. Le domande e le difese sono esposte verbalmente.

Art. 1 seg., 120, 147, 154,
415, 572, 577, 847 c. p. c.;
172-183 reg. giud.

1. In ogni comune vi ha un conciliatore, e vi sarà pure un vice-conciliatore. Nei comuni in cui per ragione di popolazione o per altre cause, un solo conciliatore è insufficiente, può esserne stabilito un numero maggiore.

I conciliatori e vice-conciliatori sono nominati per regia delegazione ed in nome del Re, dai primi presidenti delle Corti d'appello, sulla presentazione di tre candidati fatta dai Consigli comunali e sentito l'avviso del procuratore generale. Nel caso di mancanza o d'impedimento del conciliatore e del vice-conciliatore supplisce temporaneamente il pretore od un vice-pretore del mandamento. In questo caso le sentenze del pretore sono inappellabili. — Art. 27, 29 e 31 *Ord. giud.*, secondo le modificazioni della Legge 23 dicembre 1875, n. 2839, serie 2.^a

Presso i conciliatori compiono le funzioni di cancellieri i segretari comunali o i loro sostituti. In caso di loro mancanza od impedimento, il conciliatore provvede egualmente anche senza la loro assistenza. — Art. 32 *Ord. giud.*

In caso di mancanza o d'impedimento del segretario comunale, o di chi ne faccia le veci, e in mancanza delle persone indicate nell'art. 159 della legge sull'ordinamento giudiziario, il conciliatore assume per le funzioni di cancelliere, qualunque persona maggiore di età che abbia capacità sufficiente e non sia esclusa dall'esercizio dei pubblici uffici, la quale presta giuramento a norma dell'art. 311 del reg. giud. — Art. 174 *Reg. gen. giud.*

2. Vedi gli art. 172 e 173 del reg. gen. giud., riferiti alla nota 3 dell'art. 4.

3. Tutti gli atti, provvedimenti e sentenze dei conciliatori sono esenti da ogni tassa: il processo verbale di conciliazione di cui l'art. 7 C. p. c., è scritto su carta libera, e nel caso menzionato nel capoverso dell'articolo stesso è soggetto alle leggi sul bollo e sul registro. — Sono similmente scritti su carta libera, e non soggiacciono alla tassa di registro, i provvedimenti e le sentenze del pretore relativi alla competenza dei conciliatori nei casi espressi dagli art. 108, 456 e 457 del Cod. proc. civ. — Art. 182 e 183 *Reg. gen. giud.*

4. Le procure per comparire avanti i giudici conciliatori saranno scritte in carta da bollo da centesimi 10. — *Nota ministeriale*, 8 ottobre 1866, n. 42-416 e Scamuzzi, *Manuale del Giudice conciliatore*, p. 189, nota 5.

Le procure medesime, a sensi dell'art. 156 c. p. c. possono essere generali o speciali per le cause. La procura speciale è necessaria per comparire dietro semplice avviso di conciliazione e per firmare la conciliazione stessa.

Per l'indole del procedimento dei conciliatori, non è necessario assolutamente che in caso di rifiuto di rispondere o di assenza dell'interrogando, il giudice tenga i fatti come ammessi: egli si regolerà secondo le proprie convinzioni, — Scamuzzi, *op. cit.*, p. 222.

Art. 193 seg., 422 c. p. c.

449. Chi vuol porre in causa il garante deve farlo nel termine per comparire, o in quello che il conciliatore gli accordi: altrimenti l'istanza in garanzia è separata dalla causa principale.

Anche l'intervento del terzo è ammissibile nelle cause di conciliatore fino a che il giudice abbia provveduto per la pronunziazione della sentenza. — *Conformi*: Borsari, *Comm.* I, p. 564 - Mattei, *Annotaz.* - Scamuzzi, *op. cit.* p. 219.

450. Nel giorno stabilito per la comparizione l'attore presenta i documenti su cui fonda la domanda.

Quando il convenuto ne faccia richiesta, il conciliatore può accordargli un termine per la risposta o per la presentazione di documenti.

Il conciliatore esamina i documenti, sentite le parti nelle loro osservazioni.

1. Ritengo giustissima l'opinione di Gargiulo (*Comm.* p. 1096) e di Scamuzzi (*op. cit.*, p. 212) che il conciliatore debba, dopo sentite le ragioni rispettive delle parti, tentare la conciliazione come lo deve il pretore per l'articolo 417 C. p. c.

2. Per l'art. 19 § 1 del decreto sul bollo gli atti e scritti che si presentano nei giudizi davanti i conciliatori devono scriversi sulla carta da centesimi dieci.

3. Per l'art. 143 n. 29 del decreto sul registro gli atti e le sentenze nei procedimenti di competenza dei giudici conciliatori e gli atti, scritti e documenti che si producono nei procedimenti suddetti sono esenti da registrazione in quanto non siano soggetti alla medesima a termine fisso.

Dal confronto poi dell'art. 143 n. 29 coll'art. 150 si rileva che non devono essere registrate per farne uso in giudizio, quelle tenui locazioni tanto scritte che verbali di cui i conciliatori sono competenti giusta l'articolo 70, 1.º capoverso, c. p. c.

Art. 216, 424 c. p. c.

451. Agli interrogatorj diretti da una parte all'altra si risponde immediatamente, sempre che il conciliatore li riconosca ammissibili.

Art. 225 seg., 425 c. p. c.
1367-1370 c. c.

452. Quando sia deferito il giuramento, il conciliatore ne precisa la formola, e fa risultare del giuramento prestato con processo verbale sottoscritto dal giurante, dal conciliatore, e dal cancelliere.

1. Per la risposta al giuramento è conveniente si fissi un'altra udienza anche perchè non manchi un termine congruo alla parte che deve prestarlo per riferirlo all'avversario. — *Conformi*: Borsari, *Comm.* I, p. 566 - Gargiulo, *Comm.* p. 1098.

2. Stando alla disposizione di questo articolo deve ammettersi che non si faccia processo verbale allo scopo di constatare che la parte che doveva giurare non si è presentata, o rifiuta di prestare il giuramento, ma basta che il conciliatore tenga conto di questi fatti per pronunciare la sentenza. — *Conf.*: Scamuzzi, *op. cit.*, p. 229.

453. Quando occorra di esaminare testimoni, il conciliatore stabilisce l'udienza per l'esame. I testimoni sono sentiti separatamente, previo giuramento, ancorché allegati a sospetto; salvo a tener conto dei motivi di sospetto nell'apprezzarne le deposizioni.

Se i testimoni siano necessari, e per impedimento legittimo non siano intervenuti all'udienza, il conciliatore ne può differire l'esame per pochi giorni.

454. Quando il conciliatore stimi conveniente di sentire altri testimoni, fare una verifica, od ordinare una perizia, dà le occorrenti disposizioni con ordinanza stabilendo il giorno e l'ora in cui si dovrà eseguire l'atto ordinato.

Art. 254, 4-8 c. p. c.

Nello stesso modo nomina un altro perito, se una delle parti allegghi a sospetto il primo per motivi fondati.

Da quanto si legge in questo e nell'articolo che precede deve ritenersi che il conciliatore possa ordinare l'audizione di testimoni o altre prove anche d'ufficio. — *Conformi*: Borsari, *Comm.* I, p. 566 - Gargiulo, *Comm.* p. 1100 - Saredo, *Istit.* n. 738.

455. Non si fa alcun atto o processo verbale dell'istruzione, eccettuati i casi indicati negli articoli precedenti, e quello in cui sia impugnato come falso un documento.

In quest'ultimo caso il conciliatore provvede a norma dell'articolo 406.

1. Se non si fa alcun atto o verbale d'istruzione nei giudizi davanti i conciliatori, tranne per la prestazione del giuramento o l'impugnativa di falso d'un documento, non è però tolto l'obbligo ai conciliatori di tenere il verbale d'udienza che a termini dell'art. 192 del reg. gen. giud., farà cenno dell'ora in cui l'udienza è aperta, degli affari trattati nel corso di essa, dei provvedimenti dati e dell'ora in cui l'udienza fu chiusa. Nel verbale d'udienza dovrà annotarsi anche il rinvio della causa che per qualsiasi motivo si faccia ad altra udienza. — *Conf.*: Scamuzzi, *op. cit.*, p. 213.

2. Nelle cancellerie dei conciliatori si tengono i registri seguenti: a) registro per annotarvi gli avvisi menzionati nell'art. 4, e la non seguita comparizione delle parti in senso dell'art. 5 Cod. proc. civ., e per iscrivervi le menzioni di cui è cenno nell'art. 6; b) registro dei processi verbali di conciliazioni per somme non eccedenti le lire 30; c) registro dei processi verbali di conciliazioni per somme eccedenti le lire 30; d) registro per i processi verbali, le ordinanze, i semplici atti e le dichiarazioni di cui è menzione nelle sezioni 1, 2, 3, capo 6, tit. 4, lib. I, Cod. proc. civ.; e) registro per gli originali delle sentenze e dei provvedimenti indicati nell'ultimo capoverso dell'art. 460 del medesimo Codice.

I processi verbali, le ordinanze, i semplici atti e le dichiarazioni da iscriversi nei registri menzionati alle lettere a, b, c, d, devono contenere la precisa indicazione delle parti, la sostanza dei provvedimenti dati e dei fatti stabiliti, la data, e le sottoscrizioni del conciliatore e del cancelliere. — Articoli 175 e 176 *Reg. gen. giud.*

SEZIONE II.

Dell'incompetenza.

Art. 70, 83, 458, 481 e.
p. c.

456. L'azione d'incompetenza proposta da una delle parti non sospende il corso del giudizio, se il conciliatore non la creda fondata. In questo caso il conciliatore deve spiegare i motivi del suo avviso con semplice atto, e trasmetterne copia al pretore del mandamento, il quale pronunzia sull'incidente.

La sentenza definitiva del conciliatore non può eseguirsi finchè il pretore non abbia pronunziato sull'incidente.

Quando il pretore dichiara l'incompetenza, il giudizio davanti il conciliatore si ha come non avvenuto.

1. La dizione di questo articolo non è certo delle più chiare. Oltre l'uso improprio della parola *azione* per *eccezione*, apparirebbe dalla disposizione dell'articolo che fosse soltanto nel caso in cui, ritenendo infondata l'eccezione d'incompetenza, prosegue nella trattazione della causa, che il conciliatore dovesse spedire al pretore la nota contenente i motivi del suo avviso. All'invece, dall'art. 458 rilevasi che anche quando accolga l'eccezione e sospenda il giudizio, il conciliatore produce la nota al pretore perchè giudichi sull'incidente.

La decisione che il pretore emana sulla questione di competenza a lui sottoposta dal conciliatore è, secondo Borsari (*Comm.* I, p. 569), Saredo, (*Istit.* n. 742) e Scamuzzi (*loc. cit.* p. 254) qualificata a torto come una *sentenza*, ma dovrebbe invece chiamarsi semplicemente *deliberazione*. Non v'è *sentenza*, dice il Borsari, dove non vi ha processo, nè citazione, nè parti, nè difese; non è sentenza quella che non si pubblica, ma invece è trasmessa amministrativamente da dicastero a dicastero all'uso di un dispaccio e nulla ritiene del carattere giudiziale. — Vedi art. 459 nota n. 5.

457. Le parti possono far pervenire al pretore le loro memorie e i documenti.

La sentenza del pretore è spedita d'ufficio per copia al conciliatore.

La trasmissione dell'avviso del conciliatore dev'essere notificata alle parti perchè si valgano, ove lo vogliano, della facoltà loro concessa da questo articolo. — *Cass. Torino, 28 aprile 1875. Alesiani—Ferretti. Annali, IX, 257.*

Sono scritti su carta libera e non soggiacciono alla tassa di registro i provvedimenti e le sentenze del pretore relative alla competenza dei conciliatori. — Art. 183 reg. gen. giud.

458. Quando il conciliatore creda fondata l'eccezione d'incompetenza proposta dalla parte, o senza eccezione di parte si reputi incompetente per materia o valore, esprime con semplice

atto, i motivi del suo avviso, e ne trasmette copia a norma dell'articolo 456.

Il corso del giudizio resta sospeso finchè il pretore non abbia pronunziato sull'incidente.

Al conciliatore non ispetta *dichiarare* la propria incompetenza; il giudizio sulla medesima è riservato al pretore, e perciò il conciliatore dovrà soltanto sospendere il corso del giudizio, esprimendo il proprio avviso sulla questione.

459. Quando l'incidente sulla incompetenza elevato dalle parti non sia stato sottoposto al pretore, o il conciliatore non abbia d'ufficio elevato l'incidente della incompetenza per materia o valore, le parti possono appellare dalla sentenza, e l'appello non ha effetto sospensivo.

La parte che intenda proporre l'appello, ne fa dichiarazione al cancelliere del conciliatore, nel termine di giorni tre dalla notificazione della sentenza.

Il cancelliere scrive la dichiarazione, e ne consegna copia, da notificarsi all'altra parte nel termine di giorni tre successivi.

Il tutto sotto pena di nullità.

Il cancelliere trasmette immediatamente copia della dichiarazione di appello e della sentenza al pretore, osservato nel resto il disposto dall'articolo 457.

1. Contro le sentenze dei conciliatori non si ammette ricorso in cassazione.

Se il conciliatore abbia violato le norme di competenza, il rimedio da esercitarsi è quello dell'appello e non quello della cassazione. — *Cass. Torino, 28 aprile 1875. Serafini-Tesorati. Annali, IX, 249.*

2. Dalle sentenze dei conciliatori non si dà, per regola, ricorso in cassazione. Si dà però ricorso in cassazione dalle sentenze del pretore, che in qualunque modo abbia stabilito sulla competenza del conciliatore; tanto cioè, se il pretore abbia pronunziato al seguito d'appello interposto a termini dell'art. 459 C. p. c., quanto se abbia pronunziato sull'incidente di competenza rinviatogli dallo stesso conciliatore, a termini degli art. 456 e 458.

Contro le pronunzie del pretore che abbiano riconosciuta la competenza del conciliatore, si dà ricorso in cassazione anche dopo che il conciliatore ha proferito la sentenza nel merito. E il termine dei 90 giorni decorre da quello della notificazione della sentenza del conciliatore, a meno che non si provi essere stata notificata la sentenza del pretore. — *Cass. Torino, 28 aprile 1875. Alesiani-Ferretti. Annali, IX, 257.*

1. Scrive il Pisanelli nella *Relazione*:

« Le sentenze dei giudici conciliatori sono di regola inappellabili. La istituzione dei medesimi avendo per iscopo principale di appianare le contestazioni, verrebbe meno in gran parte il beneficio che vuolsi ripromettere da una giustizia facile, non dispendiosa, ove le cause di loro competenza andassero soggette al secondo grado di giurisdizione. Tenuto conto delle qualità individuali di coloro che possono essere chiamati ad esercitarne le funzioni, non si poteva imporre assolutamente ai giudici conciliatori di pronun-

ziare sempre secondo le regole del diritto, e di dare in ogni caso con metodo scientifico i motivi della decisione. Quando rimanga incerto il diritto delle parti, il giudice conciliatore, per l'indole stessa della sua missione, potrà pronunziare come amichevole compositore; nella sentenza non è tenuto, quanto ai motivi, se non di esprimere le circostanze che egli stesso ravviserà influenti. Ammesso tale sistema, ne viene di conseguenza che la sua decisione deve essere inappellabile.

« Si potrà tuttavia proporre l'appello dalla sentenza del giudice conciliatore, quando siavi connessa una questione d'incompetenza, quando cioè non si fosse proposto dal conciliatore al tribunale (al quale venne poi dalla Commissione sostituito il pretore, secondo la *Relazione* Vacca, per non innestare nei giudizi dei conciliatori un giudizio di appello formale, solenne, dispendioso, davanti ad autorità nel più dei casi lontana) l'incidente dedotto dalle parti nella medesima, o quando egli non avesse promossa di ufficio l'incompetenza per ragione di materia o di valore. Ma il tribunale non potrà conoscere che dell'incompetenza, non mai del merito della causa. E tuttavia palese che, dichiarata l'incompetenza dal tribunale, la sentenza del giudice conciliatore resta interamente annullata ».

2. Non è necessario che si esprimano i motivi nella dichiarazione d'appello, ma è nell'interesse dell'appellante il farne risultare con una succinta esposizione, perchè talvolta il pretore non sarebbe altrimenti in grado di conoscere in che si faccia consistere la dedotta incompetenza. — Scamuzzi, *op. cit.* p. 256.

3. Borsari (*Comm. I, p. 571*) prevede il caso che il conciliatore ritenendosi incompetente non pronunci in merito, ed esposto il suo avviso mediante semplice atto, non rimetta questo al pretore perchè deliberi. Non essendovi in tale ipotesi una sentenza definitiva, come suppone l'articolo, non è concesso l'appello formale. Perciò egli suggerisce di eccitare dapprima il conciliatore a trasmettere il suo avviso al pretore in esecuzione del disposto dall'art. 458, e se il conciliatore aderisce, la difficoltà cessa. Altrimenti potrà ricorrersi al pretore con apposito ricorso perchè provvegga, come avrebbe fatto per trasmissione ufficiale.

Perchè però non potrebbe seguirsi tale sistema allorché il conciliatore si motivò incompetente d'ufficio e quindi, come avrebbe dovuto, non provocò la decisione del pretore sulla questione di competenza?

4. Il ricorso in cassazione contro le sentenze dei conciliatori è in generale inammissibile.

Tutti gli autori sono d'accordo nel ritenere che le sentenze dei conciliatori non possono di regola essere impugnate con ricorso in cassazione.

Difatti le stesse ragioni che determinarono l'inappellabilità delle sentenze dei conciliatori sulle controversie riflettenti il merito delle cause doveano precludere l'adito ad invocare contro le medesime il rimedio della cassazione, che del resto non saprebbe immaginarsi per quali motivi potesse tentarsi, non essendo davanti i conciliatori prescritte formalità di atti a pena di nullità, nè essendo il giudice obbligato a motivare in diritto le proprie sentenze. Di ciò convince anche il raffronto degli art. 495 e 506 cogli art. 517 e 521 Cod. proc. civ.

Il diritto di ricorrere in cassazione contro le sentenze dei conciliatori è esplicitamente ammesso dall'art. 495 e confermato dall'art. 506 che determina la somma che si deve depositare a titolo di multa per proporre la domanda relativa. All'invece l'art. 517 limitando il rimedio della cassazione alle sentenze pronunciate in grado d'appello escluderebbe implicitamente quelle dei conciliatori, ma, qualunque sia l'interpretazione che al detto articolo si voglia dare, l'esclusione è apertamente dichiarata dall'art. 521, il quale fissando le somme da depositarsi per i ricorsi in cassazione contro le sentenze delle varie autorità giudiziarie, omette di parlare di quelle dei conciliatori.

5. È concesso il rimedio della cassazione contro le sentenze dei pretori che decidono sulla competenza dei conciliatori?

Trattò diffusamente la questione la Corte suprema di Torino nella sentenza surriferita al n. 2; ne riassumo quindi il motivato, tanto più che ri-

guarda in genere il modo di proporre e risolvere l'eccezione d'incompetenza dinanzi ai conciliatori:

Dagli articoli 456, 457, 458, 459, 83 e 581 Codice di procedura civile si ricava che, oppostasi da una delle parti l'eccezione d'incompetenza, se il conciliatore la crede infondata, il giudizio proseguirà sino a sentenza definitiva, la cui esecuzione però dipende dalla risoluzione che darà il pretore circa il punto della competenza. In tal caso il conciliatore spiega i motivi del suo avviso con semplice atto, trasmettendone copia al pretore del mandamento, il quale pronuncia sull'incidente. Essendo dichiarato lecito alle parti di far pervenire al pretore le loro memorie e documenti, è ovvio l'inferirne che la trasmissione suddetta dev'essere notificata alle parti; che la trasmissione e la notificazione tengono luogo di rimessione della causa per la risoluzione dell'incidente avanti il pretore; che davanti il pretore si radica un giudizio *sui generis*, e che la deliberazione del pretore sul punto dell'incompetenza riveste l'indole di vera sentenza. Tale è la denominazione che le dà il capoverso dell'art. 457 C. p. c.

Può avvenire che il conciliatore creda fondata l'eccezione d'incompetenza proposta dalle parti; e può anche succedere che senza eccezione di alcuna delle parti il conciliatore dubiti della sua competenza per ragione di materia o di valore. Per questo secondo caso l'art. 458 dichiara che il giudizio rimane sospeso fino a che il pretore abbia pronunziato sulla questione che gli viene deferita. Anche in questo caso il conciliatore esprime con semplice atto i motivi del suo avviso, e ne trasmette copia al pretore a mente di quanto è prescritto pel caso precedente. L'articolo non ripete per questo secondo caso le altre disposizioni; ma militando sì per l'uno che per l'altro caso le stesse ragioni, è da ritenersi che siano anche applicabili le stesse prescrizioni, che possano dedursi le stesse giuridiche conseguenze.

Un terzo caso è contemplato dall'art. 459 del medesimo Codice. Il conciliatore, od ommise di sottoporre al pretore l'incidente sulla competenza elevata dalle parti, ovvero nel silenzio delle parti, essendosi creduto competente, pronunziò sul merito della controversia. Volendosi impugnare col mezzo dell'appello questa sentenza per incompetenza del conciliatore per ragione di materia o di valore, il menzionato articolo permette l'esercizio di tal mezzo, prefigge il termine di giorni tre dalla notificazione della stessa sentenza per fare la relativa dichiarazione al cancelliere del conciliatore, e altro termine di altri tre giorni successivi per la notificazione all'altra parte di copia della dichiarazione medesima, il tutto sotto pena di nullità. Ordina quindi al cancelliere del conciliatore di trasmettere immediatamente copia della dichiarazione di appello e della sentenza al pretore, osservato nel resto il disposto dell'art. 457.

Sono poi a ritenersi gli art. 83 e 481 di detto Codice, il primo dei quali dispone che i pretori pronunciano in grado d'appello sulle sentenze dei conciliatori, nei casi degli articoli 456, 458 e 459, ed il secondo dichiara che le sentenze dei conciliatori non sono appellabili che per i motivi indicati nell'art. 459.

Se non può dubitarsi che nella specie prevista dal citato art. 459 si tratti di vero giudizio di appello, in quanto che vi ha la sentenza del conciliatore che, pronunciando sul merito, implicitamente dichiara la propria competenza, e vi ha la sentenza del pretore, che in tal parte conferma od annulla quella del conciliatore, e così esista una vera sentenza di appello da potersi denunciare alla Corte suprema a mente dell'art. 517, col deposito a titolo di multa di una delle somme designate dall'art. 521 del Codice di procedura civile, qualche dubbio sorge però in ordine ai due casi contemplati dagli articoli 456 e 458 dello stesso Codice, dovendosi indagare se in questi due casi la sentenza del pretore si abbia a ravvisare come emanata in grado di appello, ovvero in grado di prima istanza.

Ma sia nell'uno che nell'altro caso si dovrebbe rispondere che tale sentenza sarebbe denunciabile alla suprema Corte.

Trattandosi di procedura affatto speciale non è a stupirsi se la legge, nella denominazione degli atti da seguire in essa, si servi di termini diversi da quelli usati per designare gli atti che intervengono avanti le altre auto-

rità giudiziarie. Quindi l'avviso del conciliatore esprimente i motivi per i quali si creda o non competente, sebbene sia qualificato come semplice atto, tiene però luogo di una specie di sentenza di primo grado, la quale deve essere necessariamente confermata o riparata in secondo grado dal pretore del mandamento.

Ed infatti la risoluzione del merito della causa pronunciata dal conciliatore viene poi chiamata sentenza definitiva, il che fa supporre che sia stata preceduta da altra interlocutoria; l'articolo poi 83 del citato Codice di procedura, secondo il quale i pretori pronunziano in grado d'appello sulle sentenze dei conciliatori, nei casi degli articoli 456 e 458, fa vedere che la sentenza del pretore emanata sull'avviso del conciliatore è vera sentenza d'appello.

Se diversa fosse la cosa, l'art. 83 non potrebbe più ricevere la sua applicazione, e l'appello dalle sentenze dei conciliatori non sarebbe più possibile, tranne che a senso dell'art. 481 dello stesso Codice, nel caso cioè previsto dall'art. 459. Il pretore, che già avrebbe pronunciato in primo grado, avrebbe a pronunciare in secondo grado sulla stessa questione di competenza, e ciò sarebbe contrario ad ogni regola di diritto.

Vanamente si obietta che in tal caso si potrebbe adire in appello il pretore vicinore. Ove tale fosse stata la intenzione della legge, lo avrebbe dichiarato. Ma il silenzio osservato in proposito palesa che la legge ciò non volle, perchè reputò che la sentenza del pretore fosse considerata come emanata in sede d'appello.

Anche ritenendo la sentenza del pretore come proferita in prima istanza e non soggetta ad ulteriore grado di giudizio, non però la medesima potrebbe ravvisarsi sottratta alla censura della Corte suprema.

Già si è altre volte osservato esservi sentenze che sebbene non impugnabili col mezzo dell'appello, tuttavia poteano impugnarsi col mezzo della cassazione, ripugnando alla giustizia che sentenze in opposizione alla legge non potessero venir annullate dal magistrato, che ha per missione di mantenere la unità dei principii e di ricondurre all'eseguimento delle leggi i giudici che se ne allontanassero. In tali casi si ebbe a notare che la locuzione adoperata dall'art. 517 del Codice di procedura per dichiarare che potevano denunciarsi in cassazione le sentenze pronunciate in grado d'appello, non era forse la più propria, e che per renderla applicabile anche agli altri casi sovra menzionati, avrebbe potuto essere sostituita dalle parole: *sentenze pronunciate in ultima istanza*. Tanto più poi la sentenza del pretore, anche considerata come emanata in primo grado dovrebbe essere deferibile alla Corte di cassazione in quanto che negandole questo mezzo rimarrebbe in arbitrio del conciliatore il permettere o non l'appello, secondo che sottoporrebbe o non la questione sulla sua competenza alla decisione del pretore prima di proferire la sua sentenza sul merito della causa.

Trattandosi di sentenza emanata nel caso previsto dagli art. 456 e 457 del Codice di procedura civile, la notificazione per copia della medesima non è prescritta, e basta che il pretore la spedisca d'ufficio per copia al conciliatore.

Quindi non può obiettarsi alcun difetto al ricorso in cassazione dalla sentenza emanata dal pretore, ove consti che la sentenza definitiva del conciliatore racchiude in sé anche quella pronunziata dal pretore sulla competenza; che nel ricorso sono censurati i motivi di questa, e che la somma depositata a titolo di multa è quella prescritta per denunciare in cassazione le sentenze dei pretori.

Non essendo obbligatoria la notificazione alla parte della sentenza del pretore ne segue che il termine per impugnare le sentenze in cassazione decorre dal giorno in cui la sentenza venne in altro modo legale a cognizione della parte interessata ad impugnarla.

Questo modo non può essere che quello della notificazione della sentenza definitiva del conciliatore, contenente in sé la sentenza del pretore relativa alla competenza.

A tutto ciò arresi che se le sentenze dei pretori sulla competenza dei conciliatori si ritenessero non impugnabili in cassazione non avrebbe

senso la tassazione del deposito di lire 25 da cui l'art. 521 vuole sia preceduto il ricorso per cassazione se la sentenza impugnata sia di pretore.

Stanno contro l'opinione della Cassazione di Torino: Borsari, *Comm. I*, p. 570 - Saredo, *Istit. n.* 744.

Sostengono invece la tesi della Corte suprema: Gargiulo, *Comm. p.* 1107 - Scamuzzi, *op. cit.*, p. 280.

6. Le sentenze dei conciliatori sono soggette a rinvocazione nei casi previsti dagli art. 494, 495 C. p. c., e la domanda dovrà farsi non già nel termine di tre giorni prefisso per appellare, ma in quello di trenta, termine necessario per gli appelli ordinari, in mancanza d'una espressa disposizione di legge in argomento. — *Conformi*: Borsari, *Comm. I*, p. 625 - Scamuzzi, *op. cit.* p. 278.

7. Proposto il quesito se siano dovute le tasse di bollo e registro per le sentenze dei pretori nei casi indicati dagli art. 456, 457, 458, 459 C. p. c., sulla competenza dei giudici conciliatori, il Ministero con nota 11 ottobre 1866, n. 38-115, rispose: che si vuol distinguere se la eccezione di competenza sia sollevata dalle parti in via di appello, ovvero promossa tanto dalle parti quanto d'ufficio, ma nella sede di conciliazione. Nel primo caso devesi far uso per l'originale della sentenza della carta da bollo da centesimi 50, a senso dell'art. 19, n. 3, del regio decreto 14 luglio 1866, e di quella da lire una per le copie da rilasciarsi delle medesime alle parti, giusta il successivo numero 18 dello stesso articolo; le quali copie sono inoltre soggette alla registrazione a senso dell'art. 19, n. 3. La copia però che il pretore trasmette d'ufficio al conciliatore va esente da bollo. Nel caso invece che le questioni di competenza siano state promosse nella sede di conciliazione, la sentenza e tutti gli atti relativi possono esser fatti in carta libera pel disposto dell'art. 21, n. 2, siccome riguardanti l'ordine pubblico ed il regolare andamento del servizio della giustizia; la sentenza in questo caso è anche esente da registrazione.

SEZIONE III.

Delle sentenze e della loro esecuzione.

460. La sentenza definitiva del conciliatore deve contenere l'indicazione del nome e cognome, del domicilio, o della residenza delle parti, le domande e le eccezioni, le circostanze influenti, il dispositivo.

Art. 360, 436, 540 c. p. c.;
175, 190, 183 reg. giud.

1. Gli errori materiali delle sentenze potranno essere corretti nei modi stabiliti dall'art. 473.

2. Vedi il commento all'articolo precedente.

461. La spedizione della sentenza si fa dal cancelliere colle forme esecutive stabilite per le altre sentenze.

Art. 555 c. p. c.

462. Le sentenze pronunziate nei giudizi in contraddittorio sono esecutive due giorni dopo la notificazione.

Art. 437, 554, 562 c. p. c.

1. Pel richiamo fatto dall'art. 464 non può dubitarsi che la pubblicazione delle sentenze fatta in presenza di tutte le parti in persona vale notificazione.

2. Per le stesse ragioni già indicate all'art. 385, nota n. 8, credo che non sia necessario che le sentenze contumaciali siano notificate da un usciere espressamente delegato all'uopo,

3. Le sentenze contumaciali dei conciliatori, essendo come le altre soggette ad opposizione nei casi previsti dall'art. 474, non potranno essere eseguite prima che sia decorso il termine per far opposizione; diffatti questo articolo provvede soltanto per le sentenze contraddittoriali. — *Conformi*: Borsari, *Comm.* I, p. 572 - Saredo, *Istit.* n. 746 - Gargiulo, *Comm.* p. 110 - Mattei, *Annotaz.* - Scamuzzi, *op. cit.* p. 273.

4. Coll'art. 175, capoverso quarto della legge 23 dicembre 1875, provvedendo ad un bisogno vivamente sentito, si è disposto che gli inservienti comunali addetti ai conciliatori possono, ove sieno riconosciuti idonei, essere autorizzati dai pretori, coll'annuenza del procuratore del Re, a compiere gli atti di esecuzione delle sentenze dei conciliatori ai quali sono addetti ed in questo caso non sarà loro dovuta che la metà dei diritti che sono attribuiti agli uscieri di pretura.

Art. 329 seg. c. p. c.

463. L'esecuzione è sospesa se persona solvente prometta di pagare tra giorni sei la somma e le spese del giudizio.

La cauzione è ricevuta con processo verbale dal cancelliere, ed è esecutiva scaduto il detto termine, senza necessità di notificazione o di precetto, e non può in verun caso sospendersi l'esecuzione.

SEZIONE IV.

Disposizioni comuni alle sezioni precedenti.

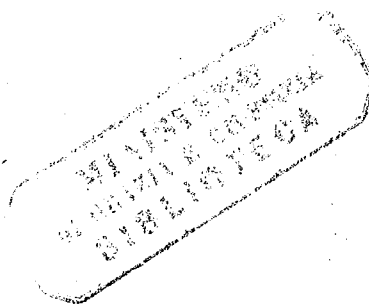
Art. 338, 392, 410, 414,
447 c. p. c.

464. Il procedimento davanti i conciliatori, per tutto ciò che non è regolato espressamente da questo capo, prende norma dalle disposizioni del capo precedente, in quanto siano applicabili.

L'istanza però non proseguita è perenta al compiersi di mesi sei dall'ultimo atto.

Il conciliatore nell'esercizio delle sue funzioni non può infliggere pena maggiore dell'ammenda di lire cinque.

FINE DEL VOLUME PRIMO.



BIBLIOTECA
CENTRALE
GIURIDICA

E
781

1

M 900000741

M 900000741

Bo-8996

3-2777

BIBLIOTECA
CENTRALE
GIURIDICA

E
781

1

M 900000741

