



Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

- + *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.
- + *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.
- + *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.
- + *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

Acerca de la Búsqueda de libros de Google

El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página <http://books.google.com>



Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guida per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

- + *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.
- + *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.
- + *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.
- + *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertarti di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da <http://books.google.com>

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 061 729 414



**HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY**



ITALY

SPOSIZIONE COMPENDIOSA
DELLA
PROCEDURA CIVILE E CRIMINALE

nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale

CON APPENDICI DI COMPLEMENTO

SUI

TEMI PRINCIPALI DI TUTTO IL DIRITTO GIUDIZIARIO

SPOSIZIONE COMPENDIOSA
DELLA
PROCEDURA CIVILE E CRIMINALE

nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale

CON

APPENDICI DI COMPLEMENTO

SUI

TEMI PRINCIPALI DI TUTTO IL DIRITTO GIUDIZIARIO

del *Commendatore*

MATTEO PESCATORE

PROF. DI LEGGI EMERITO NELLA R. UNIVERSITÀ DI TORINO
E CONSIGLIERE NELLA CORTE DI CASSAZIONE SEDENTE IN MILANO

VOL. I. — PARTE I.

PROCEDURA CIVILE

TORINO

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE

Via Carlo Alberto, n. 33, casa Pomba

1864.

For Ty
P

DIRITTI DI RIPRODUZIONE E TRADUZIONE RISERVATI

Depositato al Ministero d'Agricoltura e Commercio

4/2/50 all'epoca

INDICE

PARTE I. — **Procedura civile.**

PREFAZIONE	Pag. VII

TITOLO I.

Principi di diritto giudiziario in materia civile	3

TITOLO II.

CAPITOLO I. Della costituzione del giudizio	23
» II. Dell'istruzione del giudizio	28
» III. Delle questioni accessorie e dei relativi procedimenti sommari	51
» IV. Del recesso, della porenzione d'istanza e delle sentenze	65
» V. Dei giudizi contumaciali	77
» VI. Dell'appellazione	81
» VII. Della domanda di cassazione	97
» VIII. Della domanda di revocazione	109

TITOLO III.

Delle azioni giudiziarie civili, e delle eccezioni	121

TITOLO IV.

Della competenza	143

CAPITOLO I. Della competenza in ragione della materia . . .	ivi
» II. Della competenza per ragione di territorio o di luogo, e singolarmente dei primi due titoli che la determinano	149
» III. Della situazione della cosa qual titolo di competenza locale (<i>continuazione</i>)	154
» IV. Della competenza locale nelle azioni di carattere misto (domicilio e situazione della cosa) (<i>continuazione</i>)	159
» V. Della convenzione speciale qual titolo di competenza locale	164
» VI. Della continenza di causa	168

TITOLO V.

Maggiori sviluppi di alcune parti della procedura civile: considerazioni e trattazioni diverse	185

SEZIONE I.

Istruzione del giudizio	187

CAPITOLO I. Della citazione: delle condizioni di validità di essa in relazione al duplice suo scopo: e in generale della validità e della nullità degli atti di procedura	ivi

767508

CAPITOLO	II. Ulteriori riflessi sul giudizio contumaciale . . .	Pag. 200
»	III. Della rinuncia ai mezzi d'impugnare le sentenze: delle facoltà dei procuratori	» 206
»	IV. Schiarimenti sulla istanza di appello	» 214
»	V. Considerazioni speciali in materia di garentia . . .	» 225
»	VI. Dell'esame dei testimonii, e del sistema della le- galità nell'apprezzamento della prova testimo- niale	» 241
»	VII. Del giuramento: riflessioni speciali	» 248
»	VIII. Perenzione d'istanza	» 256
»	IX. Conclusioni del Pubblico Ministero	» 261

SEZIONE II.

<i>Sentenze</i>	» 263

CAPITOLO	I. Dell'autorità della cosa giudicata in riguardo alle persone	» ivi
»	II. Del principio (<i>res inter alios</i>) considerato ne' suoi rapporti colla procedura: dell'intervento, del- l'appellazione e dell'opposizione del terzo e dei creditori	» 272
»	III. Del criterio giuridico delle sentenze in materia di azioni reali	» 282
»	IV. Dei provvedimenti provvisionali in materia di azioni reali	» 285

SEZIONE III.

<i>Giurisdizione</i>	» 293

CAPITOLO	I. Limiti della competenza dell'Autorità giudiziaria: contenzioso amministrativo	» ivi
»	II. Declinatoria del fòro: litipendenza: regolamento di competenza: conflitti di giurisdizione . . .	» 300

SEZIONE IV.

<i>Esecuzione forzata</i> — Principio dominante nella legislazione at- tuale: cenni di alcuni problemi: rinvio . . .	» 305

PREFAZIONE

Avendo riordinato in questo libro alcune mie cosuccie universitarie, ed aggiuntovi quello, che lo spirito critico e il movimento di riforma della legislazione italiana mi suggerirono, io offro principalmente alla gioventù studiosa il mio tenue lavoro. Parmi tuttavia di poter sottoporre alcune parti anche al giudizio degli adulti in giurisprudenza: e, se non fosse soverchio ardire, vorrei pure invocare sopra parecchi punti l'attenzione dei nostri legislatori.

Il discorso del libro ora cammina per vie note, piane, ed elementari; ora parrà troppo audace o amante di novità: esso però mira in ogni sua parte ad uno scopo costante, cioè ad applicare in giurisprudenza la *deduzione*, e il *razionalismo*; intendo quel razionalismo, che non

si abbandona al criterio individuale; — che ricorre alle tradizioni, alle dottrine, alle istituzioni, *al verbo giuridico* che i secoli ci trasmisero; ma che *nel verbo giuridico* ricerca lo *spirito del diritto*, i *principii vitali*, la *genesì, costituzione naturale* dell'organismo della vita civile.

E con questo metodo mi propongo di lavorare per quanto la vita mi duri: con qual successo, nol so: ma che importa? Aggirandosi in lontana ignota regione, il pellegrino, un'ora prima che se ne parta per più non tornarvi, scrive il suo nome: io scrivo così.

Maggio, 1864.

PESCATORE.

PARTE PRIMA

—

PROCEDURA CIVILE

TITOLO PRIMO

Principii di diritto giudiziario in materia civile.

I.

Lo Stato promuove ed amministra *gli interessi generali* della Società per mezzo dei Poteri politici e governativi: rende la giustizia ai cittadini per organo dell'Autorità giudiziaria: e coll'esercizio della podestà legislativa, circondando tutti i poteri d'instituzioni stabili e tutelari, prescrive le norme direttive dell'azione giudiziaria, e dell'azione politica e governativa.

II.

L'Autorità giudiziaria rendendo la *giustizia* in nome dello Stato e del Re, che in qualità di capo lo rappresenta, è chiamata per conseguenza a riconoscere ed accertare i *diritti* e mantenerne la esatta osservanza: — però non di tutti i diritti, — ma di quelli soltanto, per cui la legge attribuisce un'*azione*. — Ora la legge attribuisce un'azione giudiziaria per tutti i diritti che hanno origine e causa dalle istituzioni naturali e civili della famiglia, della proprietà, e delle convenzioni; — le quali istituzioni svolgendosi in corollarii e temperandosi con leggi di

ben ponderato interesse comune costituiscono il diritto privato, regolatore dei privati rapporti dei cittadini tra di loro (azioni nascenti dal diritto privato; azione civile, azione privata). La legge deferisce ancora all'Autorità giudiziaria l'applicazione delle pene, ed istituisce un'apposita azione (azione penale, azione pubblica) che si esercita contro i delinquenti dal pubblico Ministero rappresentante immediato dello Stato e della Società presso i Tribunali. Per ciò che spetta alle altre innumerevoli relazioni giuridiche dei cittadini collo Stato, la legge istituisce ancora, per alcune di loro, azioni giudiziarie, onde meglio proteggere il diritto del cittadino, ma negando alla più parte l'azione, ne abbandona la tutela alle *garantie amministrative e politiche*.

III.

Le *garantie giudiziarie* (garantie proprie della giustizia che si rende dai tribunali) dipendono — 1° dalla natura stessa e dal metodo delle leggi che si deggiono applicare dai tribunali (leggi civili e penali), le quali lasciano il meno possibile all'arbitrio giudiziario; — 2° dall'*organismo* (ordinamento organico) dell'Autorità giudiziaria (complesso sistematico di tutti i tribunali concorrenti all'amministrazione della giustizia per quanto la tutela ne sia attribuita alla loro giurisdizione); — 3° dalla natura, dal sistema, dal metodo delle leggi del procedimento giudiziario, le quali nella ricerca *del vero giuridico* (determinato dai fatti, e secondo i fatti dalle leggi civili e penali) assicurano alle parti interessate il contraddittorio reciproco, l'eguaglianza di trattamento, e la libertà della discussione nei limiti dell'onesto,

IV.

L'ordinamento organico dell'Autorità giudiziaria (riguardato qual sistema di guarentie che si coordina cogli altri due testè accennati, e destinato ad assicurare ed anche a rendere più facile, semplice ed economica una buona amministrazione della giustizia) si considera principalmente 1° nella prerogativa costituzionale dei giudici; 2° nella composizione dei tribunali particolari; 3° nei gradi della giurisdizione; 4° nella distribuzione delle materie fra i diversi generi di tribunali; 5° nella ripartizione del territorio fra tribunali del medesimo ordine; 6° nei mezzi di conciliare l'indipendenza dei tribunali, colla loro subordinazione alla legge, e colla necessità di mantenere per tutto lo Stato l'unità del diritto; 7° nella istituzione del pubblico Ministero, rappresentante immediato (come si disse) dello Stato e della Società presso l'Autorità giudiziaria.

V.

La distribuzione delle materie fra i diversi generi di tribunali, e la ripartizione del territorio fra tribunali del medesimo genere danno origine alle teorie della competenza particolare dei varii tribunali per ragione di materia, e per ragione di territorio: perocchè non è ad ogni tribunale attribuita la totalità della giurisdizione appartenente all'Autorità giudiziaria in complesso: essa è sotto il rispetto degli *affari*, e dei *luoghi* variamente ripartita, e il luogo della controversia suol dipendere o dal domicilio del convenuto, o dalla situazione della cosa o dall'essere in quel luogo seguiti i fatti che danno causà alla controversia, e da diverse altre circostanze, che il legislatore

prende in considerazione siccome influenti alla più facile, più sicura e più economica amministrazione della giustizia.

VI.

Chi dunque ricorre alla giurisdizione dei tribunali dee prima esaminare se abbia *un'azione* (senza di cui l'Autorità giudiziaria non sarebbe competente a conoscere della sua domanda), ed avendola, quale sia in particolare il tribunale competente a conoscerne. — Trovata l'azione, trovato il tribunale, allora *s'instituisce* il giudizio. Il giudizio *è ordinario o sommario*. L'*ordinario* procede secondo quell'ordine e in quella forma che è stabilita dalla legge siccome più regolare: il sommario, camminando più rapidamente, si diparte dalle regole comuni. Epperchè la cognizione della regola precedendo quella delle eccezioni, lo studio del processo ordinario vuolsi premettere a quello del processo sommario.

VII.

Una domanda proposta dall'attore, capace di stare in giudizio o per se stesso o pel ministero di chi lo rappresenta od assiste :

La significazione di questa domanda con atto legale di citazione intimato al convenuto, capace anch'esso o per sè o per il ministero d'altri di rispondere in giudizio :

La deputazione dei procuratori, organi ufficiali dei litiganti dinanzi ai tribunali :

La comparsa di questi procuratori, i quali presentandosi in nome delle parti e facendosi fede reciprocamente dei poteri, di cui sono investiti, s'impegnano alla controversia che sta per aprirsi.

E finalmente la posizione del *tema giudiziario*, che nel

corso del giudizio si dovrà dibattere, e colla sentenza risolvere:

Tali sono gli elementi sostanziali onde sorge l'*istituzione* di un giudizio ordinario.

VIII.

Costituito il giudizio, bisogna *istruirlo* di tutti quei documenti che valgano a chiarire la verità controversa, e mettere il tribunale in grado di proferire la sentenza. Or se a chiarir la questione dei principii (la questione di diritto) basta una discussione scritta, od orale, a definire per contro la questione di fatto si richiedono *le prove*: e la questione di fatto, ben di spesso la più difficile, la più complicata, la controversia precipua del giudizio, è sempre in tutti i casi la prima necessaria a risolversi, perchè il diritto nasce dal fatto *determinato giuridicamente* dalle regole che gli appartengono.

IX.

Parlando di prove in relazione alla procedura, dobbiamo tosto fare un riflesso che domina tutti gli altri.

Le prove giudiziarie civili o già sono precostituite e perfette prima del giudizio (tali i documenti autentici), ovvero sono ancora da formarsi nel corso stesso del giudizio per mezzo di elementi che in vero già preesistono ma non assunsero ancora una forma e consistenza giuridica: di tal condizione è la prova testimoniale. Così se entrambe le parti si prevalgono unicamente delle prove del primo genere, precostituite e perfette (*probationes probatae*) l'istruzione del giudizio riesce semplicissima, consistendo essa allora nella *produzione* dei rispettivi documenti

e nella *discussione* sulle conseguenze che se ne debbano trarre.

Ma quando (ed è il caso più frequente) entrambe le parti o l'una di esse sia costretta a ricorrere alle prove non ancora formate, benchè già preesistenti in germe (*probationes probandae*), allora l'istruzione del giudizio si *scinde* in due parti: nella prima le prove da formarsi vengono proposte, formulate, *articolate*: indi s'inframmette l'operazione adatta a formare la prova (l'esame dei testimonii, il giudizio di esperti, la ispezione giudiziale, le risposte agli interrogatorii, il giuramento) ed ottenuti così i documenti probatorii, si ritorna all'istruzione della causa, cioè a dire, *si producono* e *si discutono* i documenti acquistati, come si sarebbero prodotti e discussi da bel principio se le parti non avessero fatto uso che di *probationes probatae*.

Così noi distinguiamo la procedura che *istruisce* il giudizio (istruttoria, istruzione) dai *procedimenti probatorii*, benchè senza dubbio anche questi appartengono all'*istruzione* del giudizio largamente intesa: i procedimenti probatorii non sono altro che operazioni *varie* necessitate e determinate dalla *varietà* delle prove di cui occorre la formazione: all'incontro la procedura d'*istruzione* (in senso ristretto) è una procedura *uniforme* destinata a produrre e a discutere i documenti precostituiti, a proporre le prove da formarsi, e a discuterne l'*ammissibilità*, e quindi ancora (esauriti i procedimenti probatorii che s'inframmettono) a produrre e discutere i documenti acquistati. Abbiamo detto, che proponendosi dalle parti *probationes probandae* l'istruzione del giudizio *scindesi* in due parti, divise dai procedimenti probatorii, che si frappongono; ma siccome il più delle volte l'*ammissibilità* delle prove proposte è contrastata e il contrasto rende necessaria una sentenza

che le ammetta o le rigetti, e la sentenza di primo grado suole dar luogo ad un giudizio e ad una sentenza d'appello, così per rappresentare il fatto e il procedimento consueto nella sua più completa forma dobbiamo soggiungere, che *scindendosi* in due parti l'istruzione del giudizio, vi si mettono per mezzo non solo le operazioni probatorie, ma una ed anche due sentenze interlocutorie di primo e secondo grado sull'ammissibilità delle prove proposte.

X.

Ragionando dell'istruttoria in senso ristretto, noi abbiamo sempre accompagnato queste due parole — *produzione e discussione* dei documenti: gli è che le due parole esprimono i due sommi uffici dell'istruttoria del giudizio, quando essa si considera fatta astrazione dai procedimenti probatorii che s'inframmettono.

XI.

Alla *produzione* dei documenti ed alla proposizione delle prove d'ogni genere vien destinato dalla legge e maggiormente conviene il *processo scritto*: la *discussione* dei documenti appartiene precipuamente al *processo orale* (dibattimento all'udienza del tribunale). L'*istruzione* del giudizio abbraccia l'uno e l'altro processo ed è così la combinazione di due metodi di cui ciascuno apporta i suoi vantaggi particolari nella ricerca del vero.

XII.

Riassumendo diciamo, che il processo giudiziale, destinato alla ricerca del vero giuridico, si compone dell'istruttoria propriamente detta, e dei procedimenti probatorii. Questi sono operazioni varie che hanno per iscopo la for-

mazione di una prova e per risultato un *processo verbale*, cioè un documento probante. L'istruttoria (procedura uniforme) è scritta ed orale. Nell'istruttoria scritta si producono i documenti, e si propone la formazione delle prove di cui si crede aver bisogno e possedere gli elementi, e si promuove all'uopo l'ammissione dei procedimenti probatorii quando l'ammissibilità ne sia contrastata. — L'istruzione orale (dibattimento all'udienza) ha e deve avere nel giudizio normale per unico ufficio la *discussione* delle conseguenze in fatto e in diritto che si possano trarre dai documenti raccolti nell'istruzione scritta. Così il giudizio ordinario incomincia colla istruzione scritta, la quale s'interrrompe all'uopo per eseguire le operazioni probatorie consentite dalle parti o decretate dal giudice. terminate le operazioni probatorie e raccoltane il risultato in un processo verbale (documento probante), si ripiglia la istruzione scritta. Chiusa questa infine, e chiusa così la via a produzione di documenti, ed a proposte di prove, ultima viene l'istruzione orale, la discussione all'udienza, sentita la quale, e preso a maturo esame il processo scritto coi documenti il tribunale pronunzierà la sentenza.

XIII.

Il procedimento contumaciale non è altro che *una modalità* del giudizio determinata da una ipotesi particolare. In vero il convenuto legalmente citato si *presume* sempre che sia, e nella massima parte dei casi è di fatto avvertito del giudizio che sta per aprirsi contro di lui. E perciò se non compare si procede tuttavia come a riguardo di chi si rimette a quanto il tribunale, esaminati i documenti e le ragioni dell'attore, sia per statuire. Ma se significatagli la sentenza, il convenuto comparisce e si oppone, e

chiede d'essere ammesso a difendersi, sorge il dubbio, se il convenuto abbia ignorato la citazione, oppure se avendola conosciuta si appigli assai tardi ad una difesa, cui prima rinunziava: e poichè dal dubbio rimane affievolita e resa incerta la presunzione che stava a fondamento del procedimento contumaciale, la legge restituisce il convenuto in intiero e riapre *ex integro* il giudizio in contraddittorio, imponendogli solo (prezzo equissimo di sì benigna condiscendenza) il carico totale delle spese del procedimento corso in contumacia.

Però la sentenza contumaciale non doveva rimanere eternamente in sospeso: la legge prestabilisce termini, trascorsi i quali senza che il contumace abbia promosso l'opposizione, si ha la sentenza come pronunciata in contraddittorio. Così l'istruzione del giudizio in contumacia produce anch'essa i documenti precostituiti, propone le prove da formarsi, e formatesi queste, produce ancora e discute i documenti che ne emersero: e si diversifica dall'istruzione in contraddittorio in ciò solo che quella è unilaterale e rivocabile, questa bilaterale ed irretrattabile.

XIV.

La questione o le questioni principali del giudizio si racchiudono nella domanda, per cui l'attore promosse il giudizio medesimo; ma nel corso di questo sogliono emergere questioni accessorie, e queste sono o preliminari, o contemporanee o consecutive alla trattazione ed alla decisione delle questioni principali. Così (ad esempio): Preliminarmente: — Il convenuto prende a sostenere: che l'attore non ha capacità di stare in giudizio o non vi è debitamente assistito o rappresentato: che straniero, debbe innanzi tratto prestar cauzione: che il tribunale innanzi cui

fu istituito il giudizio non è competente: che egli convenuto ha diritto di essere garantito da un terzo, e chiede un termine per chiamarlo in causa:

Contemporaneamente alla trattazione del merito: l'attore aggiunge nuove domande connesse colle primitive, chiedendo che ne sia ammessa la discussione nello stesso giudizio, o il convenuto propone anche a titolo di difesa domande riconvenzionali: l'una o l'altra delle parti chiedono provvedimenti interinali: un terzo interviene e chiede di essere ammesso nello stesso giudizio per vegliare a' suoi legittimi interessi che crede compromessi: Una delle stesse parti fra cui si aperse il giudizio crede necessario, e propone l'intervento di un terzo:

Dopo la decisione delle questioni principali:

Trattasi di ricevere una cauzione ordinata da una sentenza, e di accertarne l'idoneità: Di liquidare i frutti, i miglioramenti, i deterioramenti, i danni ed interessi: Di rendere e ricevere i conti:

A tutti i tempi del giudizio:

Si sollevano eccezioni di nullità contro i procedimenti anteriori: Sorgono tali incontri che diano motivo di provocare in via straordinaria un regolamento della competenza fra i giudici, o la risoluzione di un conflitto di giurisdizione: Si propongono cause di ricusazione contro uno o più giudici.

Ma basti così per ora avere accennato, a titolo di esempio, le principali questioni accessorie. Un vincolo comune le stringe, ed è vincolo di procedura.

Infatti, come per le principali, così per le secondarie questioni occorrono (elementi necessari a ben definirle) i documenti e le prove (*probationes probatae, probationes probandae*) e così oltre ai procedimenti probatorii, vi si ri-

chiede l'istruzione che produce e discute i documenti, propone le prove, e queste formate, produce ancora e discute i documenti, che ne emersero. Ma la legge sottopone l'istruttoria delle questioni secondarie al procedimento sommario, il quale si distingue dal procedimento ordinario principalmente in questo, che nelle vie sommarie abbreviato od anche tolto il procedimento scritto, non solo la discussione, ma anche la produzione dei documenti si commetta liberamente al processo orale. Adunque, salva forse qualche eccezione, questioni secondarie e procedimento sommario sono due termini correlativi nel corso degli stessi giudizi che si istruiscono in via ordinaria. Epperchè chi ami l'esattezza distingue i *procedimenti sommarii*, che s'innestano nei giudizi ordinarii da' *giudizii sommarii*: perocchè questi sussistono da sè, procedono in via sommaria dalla citazione alla sentenza e risolvono così sommariamente la stessa questione principale del giudizio. Del resto il procedimento sommario, o si applichi all'istruzione delle questioni accessorie nei giudizi normali, o diriga l'intero giudizio nelle materie dichiarate sommarie dalla legge benchè costituenti la principale domanda, serba sempre la stessa natura e quella stessa differenza caratteristica che abbiamo testè indicata in relazione al processo ordinario.

XV.

Già sappiamo qual posto occupano nell'istruzione completa dei giudizi i procedimenti probatorii. Quanto al loro oggetto essi riguardano principalmente l'esame dei testimonii, le perizie, le ispezioni giudiziali, le risposte ad interrogatorii, e la prestazione del giuramento. Rispetto alla forma ripetiamo, i procedimenti probatorii non essere

altro che una serie di operazioni regolate dalla legge conformemente allo scopo particolare di ciascuno di essi procedimenti, e accompagnate dal costante contraddittorio delle parti interessate. Però sorgendo (e moltissime ne sorgono) questioni incidenti nel corso di dette operazioni, ne risultano altrettanti giudizi, che la legge sottopone al più rigido ed al più rapido dei procedimenti sommarii. Anche le scritture private sogliono dar luogo ad un procedimento particolare: perciocchè essendo esse prove precostituite, ma imperfette, perchè non autentiche, se la firma vien negata o disconosciuta, abbisognano di verificaione, e il procedimento a ciò destinato, *probatorio* pel fine a cui mira, si assomiglia però nel suo contesto ad un giudizio sommario che s'incomincia e si compie, in ordine al fatto controverso, sotto la direzione immediata di un giudice delegato e sotto la dipendenza del tribunale.

Che più? gli stessi documenti autentici (*probationes probatae*) possono (ma raramente accade) dar luogo ad un procedimento di simil natura. Quando infatti per distruggere la presunzione di verità, che sostiene detti documenti, si muove contro di essi querela di falso in via civile (pendente il giudizio principale, in cui siansi prodotti come prove), sorge allora di necessità un giudizio straordinario, simile assai, benchè per certi riguardi più solenne e più circospetto, al procedimento della verificaione delle scritture private: diciamo simile il procedimento, non l'ufficio e l'obbligazione delle parti che procedono: perocchè l'ufficio, le obbligazioni, le veci insomma di attore e di convenuto si mutano affatto nei due giudizi: l'attore nell'uno divien convenuto nell'altro, e reciprocamente. Nel giudizio di verificaione

delle scritture private attore è quello che afferma, convenuto è quello che nega *la verità della firma*. Nel giudizio di falso incidente contro un atto autentico, attore è quello che afferma, convenuto è quello che nega *la falsità querelata*.

XVI.

Oltre alle questioni accessorie incidenti possono intervenire altri incontri di diversa natura che chiameremo accidenti estrinseci pei quali il giudizio s'interrompa o rimanga perento, o per recesso di entrambe le parti abbandonato. Il caso dell'abbandono espresso è assai semplice, non così quello della interruzione e della perenzione.

S'interrompe il giudizio quando s'incontrano tali casi da far temere che il successore delle parti ignori la vertenza del giudizio, o che continuando le parti medesime, una di esse ignori che ha cessato di essere rappresentata e difesa: la legge esige che in tali casi l'istanza giudiziale sia ripigliata con un nuovo atto di citazione formale a quella delle parti o al successore di una di esse, cui l'interruzione riguarda, senza che del resto nulla sia detratto al valore degli atti giudiziali preceduti all'interruzione, i quali tutti si conservano nella piena loro efficacia dopo la ripresa dell'istanza debitamente operata. All'incontro la perenzione del giudizio lo annulla: non si estingue per vero il diritto medesimo, il quale, perenta l'istanza giudiziale, si ha come se non fosse mai stato dedotto in giudizio, ma rimangono annientati gli atti giudiziali, comprese le prove per essi formate. La perenzione si compie per l'abbandono, in cui le parti abbiano, cessando da ogni procedimento, lasciato il giudizio durante il tempo fissato dalla legge, e sta la perenzione all'istanza giudi-

ziale, come la prescrizione all'azione. Ma codesti istituti raccomandati da ragioni di giustizia e di pubblico ordine, che a prima vista parranno anch'essi di semplicissima applicazione non dissimuliamo, che in pratica diedero origine a tali complicazioni da smarrirne l'ingegno del giureconsulto e il senno della giurisprudenza.

XVII.

Dopo la regola, le eccezioni. Conosciuto l'ordine regolare dei giudizi normali, segue opportunamente l'esame dell'ordine eccezionale di quei giudizi che hanno per oggetto una delle materie dichiarate sommarie dalla legge.

Tali sono nel contenzioso civile ordinario quelle che la legge abbia espressamente a tal uopo eccettuate dalla forma ordinaria: tali sono pure in generale tutte le materie del contenzioso commerciale, tutte le cause attribuite ai giudici di mandamento, e tali pure si possono in certo senso considerare le materie del contenzioso amministrativo. Come la giurisdizione, così la procedura nei tribunali di commercio, nelle giudicature di mandamento, e nei tribunali amministrativi sono straordinarie, cioè si dipartono qual più, qual meno dall'ordine del diritto comune. L'essenza del procedimento sommario, già l'abbiamo accennato, consiste in abbreviare od anche talvolta togliere affatto il procedimento scritto, commettendo al processo orale anche ciò che in via ordinaria sarebbe ufficio esclusivo del processo scritto: onde risulta nell'azione giudiziaria una molto maggiore rapidità. Ma l'identica essenza del genere non esclude la varietà delle specie, e la varietà nei giudicii sommarii proviene dal vario discostarsi di ciascuna specie di essi, qual più qual meno, dall'ordine del diritto comune. Così meno se ne allontanano i giudicii

sommarii dinanzi ai tribunali civili ordinarii: simili a questi ci appajono i giudicii commerciali; ma a chi ben riguarda questi ultimi per certi rispetti si dilungano ancor più dall'ordine generale. Dissimili affatto a prima giunta si mostrano i giudizii mandamentali, e in vero nel regolamento di essi la legge molto meno frequentemente si riferisce alla procedura comune di quel che faccia prescrivendo le norme agli altri giudicii sommarii. Però molta parte della diversità proviene dalla diversa composizione del tribunale anzichè dalla mutata indole della procedura.

XVIII.

Pronunciate in giudizio ordinario ovvero in giudizio sommario, in contraddittorio od in contumacia, tutte le sentenze si possono ancora impugnare, ed hannovi istanze e forme a ciò destinate.

Le sentenze s'impugnano coll'opposizione, coll'appellazione, colla domanda di cassazione per violazione di legge, colla domanda di revocazione per una di quelle cause di errore, che la legge prende a tal fine specialmente in considerazione, e in fine colla domanda di revocazione per frode fatta ai creditori, ossia coll'azione *Paulliana*. L'opposizione è un mezzo d'impugnazione particolare alle sentenze contumaciali: già di esso si è fatto bastante cenno.

L'appellazione, principalissima fra le garanzie giudiziarie, colpisce tutte le sentenze da qualunque giudice e in qualunque giudizio pronunciate, purchè in primo grado. Le sentenze dei giudici di mandamento si recano in grado di appellazione all'esame dei tribunali: se pronunziate in primo grado da questi tribunali, ne conoscono

in seconda istanza le corti d'appello: parimente alle corti d'appello si deferiscono le sentenze dei tribunali commerciali: nè manca la garanzia dell'appellazione contro le sentenze dei tribunali amministrativi ai quali sovrasta un supremo e speciale tribunale di appello.

L'istanza di appellazione è la *similare* della istanza di primo grado: ordinaria, se la prima era ordinaria, sommaria se tale era la forma della prima: ed a compiere la somiglianza si aggiunge, che nella istanza di appellazione non è disdetto produrre nuovi documenti e proporre nuove prove, e molti incidenti possono ben anche sorgere ed aggiungere alla questione principale questioni secondarie, come nella prima istanza, benchè nel secondo grado non sia più lecito ampliare la materia del primo con nuove domande. Onde avviene, che come nel primo così nel secondo grado ci si appresentano distintamente l'istruzione della causa in senso ristretto, mista di processo scritto ed orale, i procedimenti sommarii che s'innestano all'istruttoria principale, colla eventualità della interruzione o della perenzione del giudizio: non già che gli atti giudiziali di prima istanza siano annullati pel solo fatto dell'appellazione: chè anzi tutti i fatti delle parti e le prove acquistate nel primo grado sussistono, ma si procede in appello liberamente come nella prima istanza per ogni supplemento, che credasi necessario (*non producta producam, non probata probabo*).

Non più di una appellazione è concessa da qualunque sentenza. Ma dopo la sentenza del giudice di appello soccorre il mezzo della cassazione, la di cui domanda però si ammette soltanto per violazione, per erronea interpretazione, per falsa applicazione della legge e della norma di diritto, e non per falsa estimazione dei fatti. L'allega-

zione che la questione di fatto sia stata mal giudicata dalla sentenza di appello, cioè la proposta di un nuovo esame delle questioni di mero fatto è inammissibile nella istanza di cassazione.

L'erronea dichiarazione dei fatti dopo una prima appellazione non ha riparo: però succedono certi errori di fatto che escludono non solo la rettitudine del giudizio, ma ancora la volontà stessa di giudicare così, come in apparenza si è giudicato. Se il giudice, ad esempio, interpreta male un testamento, giudicherà men rettamente, ma ciò non toglie, che abbia voluto giudicare così. Che se poniamo il caso di un giudice, il quale abbia sentenziato contro un testamento non per errore di *criterio*, ma per errore *materiale* di fatto, forse perchè non pose mente, che fra i documenti della causa erasi anche prodotto quel testamento, allora anzichè il criterio, vien meno la volontà di giudicare, benchè in fatto si sia sentenziato contro il testamento non stato avvertito — *errantis nulla voluntas*. — Or dunque per errori di quest'ultimo genere la legge permette in via straordinaria d'impugnare anche dinanzi gli stessi giudici una sentenza non più soggetta all'appellazione (domanda di revocazione per errore di fatto).

E poichè l'azione *Pauliana*, come è noto, rescinde tutti gli atti consentiti dal debitore in frode dei creditori, e può ordirsi la collusione non solo per contratti, ma anche in via giudiziaria, consentendosi dal convenuto o favorendosi in frode dei creditori la propria sua condanna, ragion voleva che si aprisse per tali cause una via che abilitasse i creditori a domandare la revocazione della sentenza, benchè non stata proferita in loro contraddittorio e non più soggetta ad appellazione.

Le istanze di cassazione e di revocazione si riguardano

quai rimedii straordinarii, tanto che una pena pecuniaria è comminata a chi vi ricorre e riesce perdente.

La istanza di cassazione, non ammettendo alcuna discussione di fatto, si regge ad una procedura stabilita per esso in particolare. La istanza di revocazione per errore di fatto o per azione Pauliana è sempre quanto alla forma, la *similare* di quella, in cui si proferse la sentenza impugnata.

XIX.

Superate tutte le prove, o rinunziandovi l'interessato, resta che si metta ad esecuzione la sentenza divenuta irrevocabile.

La sentenza è proibitiva o imperativa: se proibitiva, non occorre esecuzione sintanto che una contravvenzione al divieto non abbia dato luogo ad una nuova azione giudiziaria e ad una sentenza imperativa. La sentenza imperativa comanda o di *dare o di fare*: — di dare una cosa certa e determinata, ovvero una quantità.

La cosa determinata, se esiste e non si consegna volontariamente, si prende col ministero della forza pubblica; se più non esiste, il debito si risolve nell'equivalente, ossia in un debito di quantità. Anche l'obbligazione di fare si riduce all'*id quod interest*. Adunque nella massima generalità dei casi l'esecuzione forzata delle sentenze ha per oggetto *una quantità*, la quale si ottiene sequestrando e vendendo i beni del debitore. Il sequestro (riduzione dei beni alle mani della pubblica autorità) e successivamente la vendita si fanno da pubblici agenti a ciò istituiti dal potere esecutivo, ed assistiti, ove sia d'uopo, dalla forza pubblica, seguendo le norme, che la legge a tali atti prescrive, norme dettate o per riguardi di umanità, o

per meglio assicurare il pegno del creditore contro le frodi e le violenze, o per impedire gli eccessi dell'esecuzione, o il danno dei terzi, ovvero infine per tutelare ad un tempo gli interessi del creditore, del debitore, e dei terzi avvantaggiando le condizioni e l'esito della vendita. Onde avviene che l'esecuzione forzata si assomiglia a un giudizio, in quanto che non solo procede sotto la vigilanza e la dipendenza immediata dell'autorità giudiziaria, ma suol dare origine a molte controversie giudiziali propriamente dette, che ne possono sospendere il corso finchè il tribunale abbia riconosciuta o richiamata l'osservanza della legge.

Questa somiglianza del procedimento esecutivo coi giudizi rendesi più sensibile nella esecuzione sui beni immobili: perocchè in essa il sequestro dei beni non si opera che per sentenza, la quale debbe pure regolare le condizioni della vendita. La vendita poi si promuove in contraddittorio non solo del debitore, ma di tutti i creditori ipotecarii aventi ragione sul fondo, acciocchè riducendosi la loro ipoteca sul prezzo, il fondo si trasmetta libero all'acquirente. E il deliberamento, con cui si compie la vendita, si fa ancora per sentenza la quale esclude ogni eccezione di violate forme, acciocchè la regolarità della vendita e la libertà del fondo trasmesso abbiano la certezza di un giudicato.

TITOLO SECONDO

In questo titolo, diviso in più capitoli, si discorrono partitamente i principii accennati nel precedente, e si espone più estesamente il processo dei giudizi civili nel loro ordine naturale.

CAPITOLO I.

Della costituzione del giudizio.

Le garanzie giudiziarie sono di tre generi: il primo dei quali risulta dalla natura stessa delle leggi che deggionsi applicare dai tribunali, perchè esse si studiano di prevedere tutti i casi possibili, e di sostituire per tal guisa all'arbitrio del giudice la legalità: nel che le leggi civili e le penali si distinguono dalle amministrative, perchè queste si attengono a massime generali e molto concedono alla prudenza dell'amministratore. Il secondo ordine di garanzie dipende dallo stesso *organismo* dell'autorità giudiziaria; perciocchè in esso la legge si studiò di riunire tutte le cautele che parvero atte ad assicurare una retta

amministrazione della giustizia. Infine l'ultimo ordine di garanzie giudiziarie risulta dalla natura delle leggi di procedura, avvegnachè, per iscoprire il *vero giuridico*, i tribunali procedono non già arbitrariamente, ma sì bene giusta norme prestabilite.

Ciò posto, i diritti che possono invocare le garanzie giudiziarie, si dicono *muniti d'azione*, e però l'*azione civile* altro non è che il diritto alla *garanzia giudiziaria di un altro diritto*: essa (l'*azione civile*) consiste nella facoltà d'impetrare dalla autorità giudiziaria, per mezzo di un regolare giudizio, la dichiarazione di un diritto che ci sia contrastato (*jus perseguendi in judicio quod nobis debetur aut quod nostrum est*).

Adunque, perchè un giudizio si possa istituire è necessario: 1° Che si domandi la dichiarazione e la protezione di un diritto; 2° Che il diritto di cui si domanda l'esecuzione sia munito d'*azione*; 3° Che il medesimo sia stato violato o almeno disconosciuto.

La violazione di un diritto consiste in un fatto direttamente contrario alla sua esecuzione, come sarebbe il rifiuto di pagare un debito, o di restituire il possesso di un fondo di cui altri sia proprietario. Il disconoscimento del diritto consiste in tutti quei fatti che sebbene direttamente non lo violino, lo revocano tuttavia in dubbio: il che avviene quando, per esempio, fra i mezzi di difesa in giudizio se ne adducono di quelli che vengono a intaccare un altro diritto non ancora proposto, e che appunto per questo fatto di turbativa *civile* si potrà allora proporre.

Diciamo dunque in massima generale che non solo la violazione di fatto, ma ancora il disconoscimento formale ossia la turbativa *civile* danno occasione all'esercizio giudiziale dell'*azione*.

Nel giudizio dobbiamo considerare quattro parti: la prima versa nella costituzione del medesimo: la seconda consiste nella sua *istruzione*, ed in questa parte è scopo del procedimento di provvedere il tribunale dei mezzi necessari perchè possa pronunciare: la terza è nella prola-zione della sentenza, e la quarta nella sua esecuzione. Dunque costituire il giudizio, *istruirlo*, dar la sentenza, eseguirla, ecco le quattro parti a cui si può ridurre il generale sistema della procedura.

Ragioniamo innanzi tutto della costituzione del giudizio. Esso incomincia dall'atto di citazione, il quale ha un duplice scopo.

Primieramente ha per iscopo di significare all'avversario la domanda di chi promuove il giudizio, e sotto questo aspetto la citazione è una scrittura nella quale si espongono i titoli da cui nasce il diritto, e come sia stato il medesimo violato o disconosciuto, e si conchiude che l'esistenza del diritto sia dichiarata, ed il convenuto si condanni in conformità. Così, a cagion d'esempio, trattandosi di obbligazioni personali si narreranno le cause e i modi della obbligazione assunta od incorsa dal convenuto, e come il medesimo ricusi di soddisfarvi, e si conchiuderà perchè dichiarata l'esistenza del debito, venga il debitore condannato al suo soddisfacimento: così ancora trattandosi di azione vindicatoria, si dirà come l'attore sia divenuto proprietario del fondo, come il convenuto ne ritenga indebitamente il possesso, e si conchiuderà che riconosciuta la proprietà dell'attore, venga il convenuto condannato a conformarvisi restituendo il possesso.

Il secondo ufficio della citazione si è d'intimare al convenuto e d'*imporgli l'obbligazione* di comparire in giu-

dizio davanti a quel tribunale che viene nella stessa citazione indicato secondo le norme della competenza.

La citazione vien fatta da agenti giudiziarii i quali in nome del potere esecutivo da cui sono istituiti adempiono il mandato che ricevono dall'attore.

Altre volte si credeva che non dovendosi imporre ad un cittadino nissuna obbligazione pel solo fatto arbitrario di un altro cittadino, qualunque citazione in giudizio dovesse essere preceduta da un decreto del giudice che la ordinasse, riguardando il decreto dell'autorità siccome la vera causa della obbligazione, imposta al convenuto, di comparire.

Ma questa era un'illusione: perocchè il giudice richiesto dall'attore doveva intanto credere la possibilità del diritto e concedere sempre la citazione. Meritamente adunque il decreto del giudice fu dichiarato superfluo, e si stabilì che la citazione si faccia per sola volontà dell'attore col ministero di agenti giudiziarii, i quali non possono recusarsi: ed è manifesto, come codesto diritto, riconosciuto dalla legge a qualunque cittadino, sia la conseguenza necessaria del principio sociale, il quale non potendo ammettere la guerra privata, nelle questioni insorgenti tra cittadini sostituisce all'azione individuale l'azione sociale. Il cittadino leso, e pur privato d'ogni azione individuale, debbe avere a piena e libera sua disposizione l'azione sociale sotto il governo di norme e di garantigie comuni.

Teniamo dunque per primo principio, che qualunque cittadino chiamato in giudizio nella forma legale da un altro cittadino è obbligato di comparire, e vediamo come la comparizione in giudizio si effettui.

Comparire in giudizio è un fatto che puossi compiere

od in persona propria o col ministero altrui: ora per la natura medesima delle cose è evidente che tanto l'attore quanto il convenuto hanno tutta la convenienza di valersi dell'opera altrui, giacchè promuovere in giudizio le proprie ragioni, come difenderle, esige una scienza ed una pratica particolare: quindi avvenne che la difesa in giudizio dei diritti dei cittadini, siccome quella che presuppone *lo studio e la pratica delle leggi* si devolvesse naturalmente *ad una professione speciale*, la quale ha due ufficii e cioè: l'ufficio direttivo esercitato dagli avvocati, e la parte di mera esecuzione affidata ai *procuratori*. La legge lascia in libertà dell'attore e del convenuto di ricorrere o pur nò al ministero degli avvocati: ciascuno di essi è arbitro e supremo giudice del suo privato interesse, e in molti casi può bastare o dall'interessato credersi bastante la perizia del procuratore. Ma il ministero di questi, dico del procuratore, è dalla legge reso obbligatorio. Perocchè se le parti spesso inesperte conducevano da se medesime il giudizio, ne verrebbe, pei loro frequenti errori, incagliata l'amministrazione della giustizia: ed è perciò conveniente che ciascun litigante sia rappresentato da un mandatario perito nel luogo stesso in cui siede il tribunale, massime che in questo luogo riesce più spedito di fare le molteplici significazioni ed intimazioni che occorrono nel corso di un procedimento. Essendo i procuratori soggetti a condizioni legali di capacità, a cauzione ed a regole disciplinari, ammaestrati continuamente dalla stessa loro pratica offrono alle parti guarentigie maggiori di quelle che generalmente si possano sperare dall'intervento personale dell'interessato.

Coll'atto di citazione e colla nomina dei procuratori non è ancora costituito il giudizio, perchè questo suppone

tre elementi, cioè le parti che vengono a contesa, il giudice, ed il tema della controversia. Ora abbiamo già le due prime condizioni, ma non la terza. Vero è che l'attore nell'atto di citazione propose la sua domanda, ma il tema della questione giudiziaria risulta complessivamente dalla domanda dell'attore e dalla risposta del convenuto.

Imperciocchè questi può modificare la controversia, ampliarla, restringerla, od anche toglierla affatto di mezzo.

Poniamo che il convenuto abbia disconosciuto il diritto dell'attore, perchè gli mancavano i mezzi di soddisfarvi, o che lo stesso non avendo dapprima conosciuto appieno il fondamento del diritto controverso siasene persuaso di poi, e si disponga a riconoscere siccome fondata la domanda dell'attore. Qual sarà in questa situazione la condizione giuridica delle parti?

Da un canto l'attore, i di cui diritti furono sconosciuti, avendo già promosso regolarmente l'azione non dee più arrestarsi finchè non abbia ottenuto una sentenza dichiarativa o *un titolo equivalente*. Dall'altro canto il convenuto ha pur diritto di riconoscere la domanda dell'attore, il quale appunto per questo lo chiama in giudizio.

Fu detto adunque e ritenuto in tutti i tempi, che il convenuto, confessando, impedisce il giudizio (*nullae sunt in confitentes judicis partes*), ma la confessione sarà *titolo equivalente* ad un giudicato (*in jure confessus pro judicato habetur*). La confessione giudiziale (l'adesione del convenuto alla domanda dell'attore) è più che una semplice prova: essa è una rinuncia volontaria ed irrevocabile ad ogni eccezione contraria alla domanda dell'attore: nè può altrimenti oppugnarsi che per dimostrato errore di fatto. Ond'è che a dar piena efficacia alla confessione giudiziale, la legge esige piena capacità di rinunciare ad

ogni eccezione possibile, e certezza di volontà, la quale si manifesta con un mandato speciale: il mandato generale importa l'incarico di difendere il convenuto, non di aderire alle domande dell'attore: esso dunque non potrebbe bastare.

Riconoscendo per intero la domanda dell'attore, si toglie di mezzo la controversia, riconoscendola in parte, se ne limita il tema.

Ma in senso contrario il convenuto amplierà il tema giudiziale, proponendo, come ne ha il diritto, tutte le questioni connesse colla domanda dell'attore, benchè questi le abbia omesse. Anzi potrà da convenuto farsi *vice mutua* attore proponendo in via di *riconvenzione* nello stesso giudizio una sua domanda o dipendente dai medesimi titoli dell'attore, od anche originata da titoli e da fatti diversi, purchè in *quest'ultimo supposto* concorrano i termini della compensa, perocchè in tal caso la *riconvenzione* diretta a provare in favore del convenuto un credito *compensabile* con quello dell'attore, si risolve in una vera difesa, in una eccezione di compensa equivalente all'eccezione di pagamento.

Ed ecco finalmente costituito il giudizio: Le parti già stanno in contraddittorio, rappresentate ciascuna dal suo procuratore: il tema della controversia è stabilito.

Vediamo adunque come il giudizio regolarmente costituito si debba *istruire*.

CAPITOLO II.

Dell'istruzione del giudizio.

L'*istruzione* del giudizio ha, come dicemmo, per ufficio di procacciare al tribunale i mezzi necessari a pronunciare la sentenza sulla controversia giuridica, che divide le parti. E siccome la controversia giuridica si compone di due elementi che sono la questione di fatto e la questione di diritto, così è mestieri di esaminare partitamente come il giudizio *s'istruisca* per ciascuna di dette questioni.

Incominciando pertanto dalla questione del fatto, dobbiamo rispondere ai seguenti tre quesiti: 1° quali mezzi si usino nei giudizi civili per definire la questione di fatto; 2° da chi vengano somministrati; 3° in qual forma. Primieramente i mezzi di risolvere la controversia di fatto non sono altro che le prove giudiziarie. Ora i fatti che possono essere controversi in giudizio, sono permanenti o transitorii. Per accertare un fatto permanente il mezzo più ovvio è l'esame diretto del fatto stesso: e così essendo questione sulle condizioni attuali di una data località, si procede all'esame di essa o col ministero di persone esperte (perizie) ovvero dal giudice medesimo (ispezioni giudiziali). I fatti transitorii poi o lasciarono qualche traccia fisica di sè tuttor permanente, ed allora è d'uopo innanzi tratto ricor-

rere coi mezzi indicati all'esame diretto di queste tracce medesime; o non lasciarono veruna traccia permanente, e solo se ne conservò la memoria, ed allora il mezzo di accertarli è la testimonianza di quelli che ne serbarono memoria (prova testimoniale). Ma generalmente la memoria dei fatti transitorii si affida alle scritture; indi i documenti scritti, che sono privati o pubblici. Quando poi manchino questi mezzi ve n' ha due altri, men sicuri bensì, ma che tuttavia non sono senza qualche utilità, e conducono talvolta allo scopo voluto. Uno di questi è l'interrogatorio giudiziale che ha un duplice scopo: 1° di vedere se la negativa data negli atti del procuratore della parte provenga veramente dalla volontà della persona a cui nome si nega il fatto, ovvero sia un puro fatto del procuratore che abbondi nella difesa del suo cliente; 2° di fare un appello all'onore e alla coscienza dell'avversario, dal quale si speri, che quantunque disposto forse a dissimulare la verità in private scritture, chiamato dinanzi al giudice, e interrogato solennemente a parte a parte da questi, non abbia il coraggio di categoricamente mentire. Non riuscendo infine nemmeno questo mezzo, si ricorre all'estremo rimedio, cioè al giuramento, che viene da una parte deferito all'altra, e chiamasi decisorio, perchè la sua efficacia, ove sia prestato, è di terminare il giudizio ed assolvere il convenuto.

Fra i mezzi di prova soglionsi annoverare anche le presunzioni. Ma poichè esse non sono che la conseguenza che la legge od il giudice deducono da un fatto noto ad un fatto ignoto, ne seguita che non sono prove dirette, e suppongono invece un fatto già provato, dal quale per via di raziocinio si cerca di dedurre una conseguenza a chiarimento del vero. Il più sovente la legge

commette questi raziocinii e l'estimazione del loro valore al senno del giudice; ed allora si hanno le presunzioni *hominis*. Così, per esempio, poniamo che il creditore produca una scrittura da cui è provato il suo credito: la prova diretta del pagamento dovrebbe risultare da una quitanza scritta, che però manca al convenuto. Epperò questi ricorre alle presunzioni, ed invoca innanzi tutto il lungo silenzio del creditore, onde sorge una presunzione che il debito siasi pagato; di poi produce una lettera da cui risulta che il creditore sollecitava il debitore a pagare, minacciandolo in caso contrario di convenirlo in giudizio, produce ancora un assestamento posteriore di conti fra sè ed il creditore, in cui non si fece più menzione del debito in questione; e per ultimo dimostra che il creditore essendo divenuto per altra causa suo debitore, quando fu richiesto del pagamento non oppose già la compensa, ma chiese invece una dilazione. Or è palese che dal complesso di questi fatti, benchè essi accennino solo indirettamente al fatto in questione, il raziocinio deduce di molti argomenti per inferirne essere l'antico debito già soddisfatto.

In altri casi la legge stessa dichiara che posto un determinato fatto, il giudice deve dedurne la tale o tal altra conseguenza: allora la presunzione dicesi *legale*, e questa è di due specie. Imperocchè talvolta la conseguenza che la legge trae da un fatto determinato si può oppugnare con prova contraria, ed in questo caso la presunzione legale dicesi presunzione *juris*. Così, verbigrizia, quando si controverte sulla comunione dei muri che dividono due proprietà, la legge indica certi segni, verificati i quali il giudice deve pronunciare essere il muro comune tra i due confinanti, ma quantunque esistano i segni legali della comunione, nondimeno se una parte produce

dei documenti, da cui risulti direttamente che il muro fu costruito sul suo terreno ed a sue spese, la presunzione legale rimane distrutta. E parimente producendosi una scrittura da cui risulti il pagamento del capitale, la legge dichiara doversi presumere pagati anche gli interessi, sebbene non ne sia menzione nell'atto di quitanza: ma se il creditore produce una scrittura da cui apparisca essersi riservati gl'interessi, la presunzione resta egualmente eliminata.

Altre volte per contro la presunzione legale non ammette prova contraria, ed allora dicesi presunzione *juris et de jure*, e potrebbe anche chiamarsi presunzione legale assoluta. Le presunzioni di questa specie sono in minor numero, e si conoscono a questo carattere, cioè esaminando se la legge sul fondamento della presunzione abbia negato ogni azione in giudizio; perciocchè diniegata per legge l'azione, diventa impossibile la prova che presuppone regolarmente promossa un'azione e costituito il giudizio.

Al detto genere appartengono per esempio le seguenti presunzioni: quella su cui si fonda la prescrizione trentennaria, cioè la presunzione che il debito siasi estinto o per pagamento, o per remissione volontaria, o per altra causa: quella su cui si fonda l'autorità della cosa giudicata, ossia la presunzione che il giudice abbia dichiarato la verità: quella infine per cui è annullata qualunque disposizione gratuita a favore del coniuge, dei discendenti e degli ascendenti di uno che sia legalmente incapace: perciocchè le dette persone sono sempre considerate come *interposte* per far pervenire la liberalità all'incapace medesimo. Nei due primi casi la legge *nega ogni azione*, perciocchè la prescrizione, e la cosa giudicata estinguono

l'azione primitiva contraria: nell'ultimo la legge dichiara nulla la disposizione, e così diniega ancora ogni azione in dipendenza della medesima. Si avverta che lo stesso Codice civile stabilisce esistere la presunzione *juris et de jure*, quando sul suo fondamento la legge nega l'azione, od *annulla certi atti*; i quali caratteri si riducono in definitiva ad un solo, che è il sopradetto, cioè all'essere negata l'azione: poichè quando l'atto è nullo, il diritto che ne dovrebbe risultare non puossi far valere in giudizio, e allora manca in effetto l'azione.

Ma quale delle parti ed in quale misura ciascuna di esse dovrà somministrare le prove? Ecco il secondo quesito a cui dobbiamo rispondere. Un principio tanto antico quanto sono antichi i giudizi, formolato già scientificamente e largamente applicato dai Romani Giureconsulti, stabilisce che *semper onus probandi ei incumbit, qui dicit*, che è quanto dire, doversi somministrare la prova da chi allega un fatto od un non fatto, dal quale debba risultare una *mutazione* nello stato attuale del diritto. La mutazione deve essere provata da chi l'afferma avvenuta. Così nelle azioni personali chi le promove pretende essere intervenuta tra lui ed il convenuto una *mutazione* tale che il convenuto abbia incontrato un'obbligazione ed egli acquistato un diritto: e perciò deve somministrar le prove del come la precedente libertà giuridica del convenuto sia stata vincolata. Ma stabilita l'obbligazione, se il convenuto pretende essersi di poi il diritto del creditore modificato od anche estinto, deve parimente fornir le prove della mutazione da lui allegata. Così ancora nelle azioni reali, come, ad esempio, nella vindicatoria, l'attore deve provare il suo dominio, ed il convenuto se pretende che il dominio fu poscia modificato od estinto, deve pure

addurne le prove. Onde appare che se in prima linea *actori onus probandi incumbit*, bene spesso però, quanto al carico della prova *reus in excipiendo fit actor*.

È qui ad osservare che nelle azioni reali la conclusione del convenuto può essere o puramente negativa, o negativa ed affermativa. È puramente negativa quando il convenuto si limita a negare la proprietà allegata dal suo avversario, ed allora il giudice, ove non riconosca provata la proprietà pretesa dall'attore, pronuncierà una sentenza meramente *negativa*, ossia dichiarerà non constare della proprietà, ed assolverà il convenuto, non essendo occorso alcun fatto che possa privarlo del possesso che avesse prima del giudizio: *actore non probante reus est absolvendus*. Se non che il convenuto non ottiene in tal guisa una piena sicurezza sul diritto controverso. E per verità poniamo che dopo quella sentenza, il convenuto abbia perduto il possesso della cosa, ed essa mediante il possesso annale sia venuta in potere del suo antico avversario. Chi vinse nel primo giudizio, chiamando in un nuovo giudizio il suo avversario medesimo, potrà forse invocare a suo favore la prima sentenza negativa, e dire che essa gli aggiudica il diritto controverso. No certamente: perciocchè la prima sentenza dichiarò unicamente *rem non esse actoris*, ma non dichiarò che s'appartenesse al convenuto, come in proposito insegnano i romani giureconsulti. In generale adunque il convenuto in materia reale, volendo acquistare una piena sicurezza non dee contentarsi di opporre la negativa al diritto proposto dall'attore, ma deve aggiungere l'affermativa del suo proprio, cioè concludere in forma positiva perchè sia dichiarato spettare a lui convenuto il dominio della cosa controversa. A questo modo però il convenuto si fa a sua volta attore,

e quindi dovrà somministrare le prove della sua affermazione.

La regola per cui ciascuna delle parti deve provare i fatti a cui appoggia il suo intento giuridico, subirà ella qualche eccezione pel caso d'impossibilità o di somma difficoltà di provare? Rispondiamo che generalmente non soffre alcuna eccezione: l'attore dimostrerebbe invano non essere in sua podestà di addurre le prove, poichè, come dicono i filosofi *incommodum quisque suum ferre debet, non in alium transferre*: indi quel principio del diritto romano: *Actor, quod adserverat, probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrarium non astringit*. E questa osservazione si applica particolarmente ai casi, in cui il fatto affermato da una delle parti rivesta la forma di un fatto negativo. Così, verbigratzia, si produce una scrittura in cui il convenuto si dichiarò debitore senza indicare la causa della sua obbligazione: or questa obbligazione può venir annullata se in realtà non esisteva causa giusta per assumerla; ma la non esistenza della causa dovrà essere provata dal convenuto, il quale fonda il suo intento sopra tale supposto.

Poniamo egualmente che colui il quale ha pagato un debito, che in realtà non aveva, intenda ripetere il pagato *condictione indebiti*: egli dovrà oltre il fatto del pagamento provare l'indebito e l'errore, ed in simile ipotesi è prova di negativa non pure la prova dell'indebito, ma eziandio la prova dell'errore, perchè nessuno può dire d'aver errato se non dimostra che ei non conosceva quel fatto o stato di cose qualunque da cui poteva nascere la cognizione della verità. Or bene in simili casi devesi pur sempre somministrare la prova della negativa, qualunque ne sia la difficoltà, e non riuscendo, diremo che *deficit*

probatio, benchè non *deficiat jus*, ma che *in jure idem est non esse ac non apparere*.

Se non che il principio a tenor del quale *semper onus probandi ei incumbit, qui dicit* è stato con varie istituzioni temperato. Ed un primo temperamento lo scorgiamo nel sistema stesso delle presunzioni, per cui avviene che chi dovrebbe somministrar la prova, ne rimanga almeno in parte esonerato; perciocchè si tiene per anticipatamente provato ciò che di diritto si presume. Così, quando a fondamento di una domanda si pone un contratto, questo vuol essere provato in tutti i suoi elementi costitutivi, fra cui primeggia la capacità dei contraenti ed un consenso scevro di errore, dolo e violenza, ma tale prova così particolareggiata non si mette a pieno carico dell'attore, perchè, stabilito il contratto si presume da sè che le parti fossero capaci di contrattare, e che il consenso sia stato liberamente prestato; e se il convenuto negherà la capacità di uno dei contraenti o la libertà del consenso, egli stesso dovrà provare la causa e la specie degli obbietti vizii. Così pure chi invoca una disposizione testamentaria non è punto tenuto a provare specificamente, che quello da lui prodotto sia l'ultimo testamento: già lo dicevano i romani giureconsulti, *is qui voluntatem mutatam dicit, probare debet*.

Altri rimedii a sollievo di chi dee somministrare la prova, appresta la legge. Il diritto d'interrogare l'avversario in giudizio, di obbligarlo a rispondere sopra i fatti specificati, sotto pena di tacita confessione; — il diritto di astringerlo ben anche a giurare; — la facoltà data al giudice di ammettere in certe condizioni qual supplemento di prova il giuramento di quello stesso che è tenuto a provare, ben possono considerarsi quali altrettanti

rimedii di diritto o sussidii, o temperamenti coi quali il rigoroso principio — *is qui dicit, probare debet* — fu accomodato ai bisogni della pratica civile: ai quali rimedii si aggiunge quell'altra regola, a tenor della quale — *in rebus difficilioris probationis perspicua judicia sufficiunt* — la qual regola, benchè eccezionale di sua natura, si spesso ricorre in giurisprudenza ed anche in legislazione civile.

Ma non ci diffondiamo di più sopra l'argomento delle prove giudiziarie civili che abbiamo teoricamente e con qualche ampiezza discorso in un altro libro (1), e passiamo senza più all'esame della terza questione che concerne la forma.

Ora la forma di proporre e produrre le prove si confonde, a dir vero, con quella di tutto il processo civile, al quale è assegnato questo precipuo scopo, di dare le prove.

Richiamiamo dunque innanzi tratto quello che già per noi si espose sulla istruzione scritta ed orale, e sui procedimenti probatorii (2), ed osserviamo, che il processo scritto si risolve essenzialmente in una serie di scritture o cedole che l'attore ed il convenuto si vanno reciprocamente comunicando. La prima di queste scritture è il libello stesso della domanda annesso all'atto di citazione: segue la risposta che il convenuto comunica all'attore: indi le repliche e le controrepliche indefinitamente. Nelle quali cedole le parti discorrono i fatti e le loro conseguenze giuridiche, assumendo ciascuna, quanto alla prova, il carico che crede competerle, e rigettando ogni altro peso sulla parte avversa. Or la prova più spedita e certa stà

(1) Nella logica del diritto.

(2) V. il titolo precedente.

nei documenti che ciascuna delle parti comunica all'altra unitamente ed a corredo della cedola in cui i documenti stessi sono allegati e discorsi. Che se dei fatti che si propongono non esiste prova scritta, allora è pur forza ricorrere alla prova testimoniale e agli altri mezzi o procedimenti probatorii ed affrontare così il più delle volte una *questione incidente di ammissibilità* che si risolve in favore del proponente, tuttavolta che i fatti articolati siano *concludenti*, e il mezzo o procedimento probatorio invocato sia ammesso dalla legge in relazione alla natura dei fatti stessi. E già pur sappiamo, che a questo modo si ottiene un titolo probatorio che si produce cogli altri nel processo scritto.

Ma nell'istruzione scritta ordinaria noi dobbiamo considerare due proprietà sostanziali. La prima è che il numero delle cedole è indefinito per l'una e per l'altra parte. La forma dell'istruzione scritta ordinaria e l'applicazione pratica del principio di libertà nell'esercizio delle azioni civili. La seconda proprietà, correlativa alla prima, consiste in questo, che, chiuso una volta il processo scritto per fatto libero di entrambe le parti, riman fissato e invariabile il tema della controversia, e preclusa la via ad ogni proposta di prove ed anche alla produzione di altri documenti. Il tema della controversia può essere variamente ampliato e modificato dall'attore, e specialmente dal convenuto con nuove domande connesse e con nuove eccezioni di fatto, o con domande tendenti a difesa, finchè dura aperto il processo scritto, destinato a svolgere la controversia originaria in tutti i sensi e raccogliere tutti i documenti possibili. Ma continuando la medesima facoltà anche dopo la conclusione del processo scritto, quando già stanno le parti all'udienza del tribunale, si correrebbe troppe volte

il rischio di ricominciare da capo, perciocchè quella delle parti, a cui importa trarre in lungo e *impedire* con qualsiasi mezzo l'intento dell'altra, ben potrebbe riservare all'udienza la produzione delle eccezioni e dei documenti più rilevanti: onde appare, che in questa parte la legge, anche chiudendo la via ad ogni innovazione dopochè le parti abbiano liberamente chiuso il processo scritto, non ha propriamente *limitato*, ma più veramente ha regolato l'esercizio della libertà. Anzi abbondando in senso della medesima, e solo volendo opporsi alla malizia di chi contrasta alla verità ed al buon diritto, la legge appresta qui all'istruzione del processo scritto due agevolezze rimarchevoli. Infatti, a rigor di diritto, sia pur di quello che procede dal principio di libertà, ciascuno dei litiganti dovrebbe star preparato a vedersi chiuso il processo scritto *da quell'istante* che l'altro dichiara di non voler replicare; perciocchè ognuno è libero di proporre e produrre quanto crede utile a' suoi interessi, ma non ha diritto di *tenere in sospenso* proposte e produzioni a danno dell'altro: la libertà soggiace alla legge dell'uguaglianza. E nondimeno la legge *dopo quell'istante* concede ancora a chi ultimo propose e produsse, e non ostante la dichiarazione dell'altro di non voler replicare, un termine perentorio per fare le sue ultime riflessioni e ricerche, e supplire, occorrendo, a qualche lacuna o difetto. E questa è la prima delle notate agevolezze, la quale pare che possa avere il suffragio della esperienza, sovrana maestra in tali sorta di ordinamenti, se pur le spese di questo minuto incidente si porranno a carico di chi profitta della benefica indulgenza della legge.

L'altra agevolezza consiste nella facoltà di produrre i documenti nuovamente scoperti dopo chiuso il processo

scritto alla sola condizione che il producente giuri di non averne prima avuta notizia : e la sufficienza di tal guarentigia è comprovata dall'esperienza. E poichè il giuramento decisorio è mezzo di decisione anzichè di continuata istruzione, rettamente dichiara la legge che, chiuso il processo scritto, si possa pur deferire il giuramento decisorio sul merito della causa.

In confronto all'istruzione ordinaria dobbiamo ora considerare la istruzione sommaria e sommarissima.

Nella istruzione sommaria il processo scritto non è soppresso affatto, ma ridotto a due scritture, delle quali una è il libello della domanda annesso all'atto di citazione, e l'altra è una cedola di risposta che il convenuto dee comunicare all'attore: l'una e l'altra scrittura deve corredarsi dei documenti dei quali la parte intende valersi, acciocchè la causa venga già meditata, e in qualche modo preparata all'udienza del tribunale. Ma così ristretto il processo scritto non ha virtù di fissare invariabilmente lo stato, i documenti e le prove rispettive della controversia; ondechè nella discussione orale al cospetto del tribunale le conclusioni delle parti (domande e risposte) potranno ancora modificarsi, ed aggiungersi nuovi documenti e nuove proposte di prove: e così la legge dovea avvisare ai mezzi d'impedire che alcuna delle parti riservi all'udienza, per sorprendere l'avversario, la produzione dei titoli più rilevanti. E i mezzi non sono che due: 1° che il tribunale *debba* (1), producendosi all'udienza i documenti non stati prima comunicati, rinviare la causa ad altra udienza, se l'altra parte lo richiede, acciocchè ognuno sappia riuscirgli impossibile di sorprendere con tali raggiri *il tribunale e la parte*; 2° che debba pure il tribunale

(1) La legge vigente lascia ciò in arbitrio del tribunale.

imporre le spese del rinvio a carico esclusivo del produttore; acciocchè niuno si lusinghi di poter rovesciare a carico altrui le spese del proprio dolo o della propria colpa.

Ed ecco intanto che l'istruzione sommaria si presenta come un artificio legislativo, dovechè l'istruzione ordinaria applicando interamente il principio di libertà nell'esercizio delle azioni civili si rappresenta quasi come il processo della natura: questo è una istituzione di *jus commune*, quella è una deviazione dal principio giuridico naturale, una limitazione del principio di libertà, non condannabile al certo nè sospetta d'irragionevolezza, ma tutta dipendente da un apprezzamento puramente legislativo di certe ragioni di convenienza, che consiglino di derogare in certi casi ai principii del diritto comune: insomma l'istruzione sommaria è un *jus singulare* « quod « contra tenorem rationis auctoritate constituentium propter aliquam utilitatem introductum est ». Onde consegue: 1° che l'istruzione sommaria ha luogo nei soli casi in cui sia stata dalla legge espressamente ordinata; 2° che le norme del processo ordinario stanno a quelle del sommario come la regola alle eccezioni, e che perciò dovunque taccia o sia dubbiosa la norma dell'istruzione sommaria si dovrà ricorrere alle leggi del procedimento ordinario.

Il procedimento eccezionale è sommario semplicemente, ovvero sommarissimo, come già accennammo. Il sommarissimo spinge l'eccezione all'estremo limite, lasciando sussistere del processo scritto il solo libello della domanda significato al convenuto coll'atto di citazione, e portando immediatamente la causa a udienza fissa del tribunale. Il sommarissimo si riserva ai casi d'urgenza.

Tiene una via di mezzo tra l'ordinario e il sommario quel processo scritto, nel quale un decreto speciale (dico speciale in vista delle circostanze urgenti di una causa particolare) abbia abbreviato i termini ordinarii, così per comparire come per rispondere, replicare, e controreplicare. Imperciocchè in quello stesso procedimento che noi consideriamo qual processo di *jus commune* e di ragion naturale, vi ha però una parte naturalmente *indeterminata*, e che reclama di necessità l'intervento e l'apprezzamento legislativo; e questa è il regolamento dei termini che debba avere il convenuto per comparire e rispondere, l'attore per replicare, il convenuto per controreplicare, e così di seguito. La legge li stabilisce con regole e distinzioni generali, ma concede al tribunale e a chi lo presiede e rappresenta la facoltà di abbreviare i termini legali con decreto speciale, in considerazione delle circostanze urgenti del caso. Il qual decreto non limitando e non potendo limitare il numero delle cedole non toglie al processo, benchè reso più rapido, quel più essenziale carattere che costituisce il processo ordinario.

Torniamo dunque all'istruzione sommaria, e vediamo, donde si desumano le considerazioni di utilità che consigliano in certi generi di cause la deviazione dal processo normale. Esse si desumono :

1° Dalla tenuità o modicità del valore dell'oggetto cadente in litigio, acciocchè non vada consunto nelle spese di un lungo procedimento, e per troppo cercare la verità non ne perdano entrambe le parti il profitto ;

2° Dall'urgenza di provvedere, o anche solo dal bisogno della celerità, che in certi affari anche di grande rilievo signoreggia sopra ogni altro interesse ;

3° Dalla presunta facilità di risolvere la questione ,

o semplice per se stessa, o sospetta di mala fede per parte del convenuto.

Ora per applicazione di queste generali considerazioni non è controverso in legislazione, che debbano assoggettarsi al processo sommario od anche sommarissimo, secondo i casi:

1° Le cause assegnate alla giurisdizione eccezionale dei giudici di mandamento, cause di tenuissimo valore nella più parte dei casi, ed aventi per limite massimo un valore di lire mille, oltre il quale la causa appartiene direttamente alla giurisdizione ordinaria del tribunale civile (processo sommario o sommarissimo per tenuità o modicità di valore);

2° Queste medesime cause, che giudicate in prima istanza dal giudice di mandamento siano recate in grado di appello alla cognizione del tribunale civile (tribunale di circondario). Imperocchè dura evidentemente la stessa ragione (tenuità o modicità di valore), coll'aggiunta di quest'altra, che già la causa si trova chiarita da una prima discussione e da una prima sentenza;

3° Le cause commerciali: o ne prendano cognizione i tribunali di commercio, che nei grandi centri commerciali la legge appositamente istituisce, ovvero ne conoscano gli stessi tribunali civili, come esercenti nelle piazze di minore importanza anche la giurisdizione commerciale. La celerità del disbrigo degli affari, la rapidità nel movimento e nel giro dei capitali è il bisogno supremo del commercio; la puntualità ne è la condizione indispensabile; e spesso nella esazione di crediti onde far fronte a debiti corrispondenti, urge rimuovere prontamente le opposizioni dei debitori morosi e di mala fede;

4° Tutte le questioni incidenti nel corso degli stessi

giudizii ordinarii dinanzi ai tribunali civili (tranne forse quelle che riguardano l'*ammissibilità* delle prove). Di esse trattiamo appositamente nel seguente capitolo. Diciamo intanto, che si hanno a considerare come questioni incidenti anche quelle che nelle istanze e procedure di esecuzione sui beni del debitore si sogliono sollevare da questi sulla validità o sulla interpretazione del *titolo esecutivo* o sulla *regolarità* del procedimento.

Così le cause *mandamentali*, le cause commerciali, e le *questioni incidenti* negli stessi giudizii ordinarii o nei procedimenti di esecuzione non si contende nemmeno in tesi *de jure costituendo* che si debbano assoggettare al processo sommario o sommarissimo secondo i casi.

Quanto al contenzioso ordinario e alla determinazione dei casi, in cui i relativi giudizii appartenenti alla cognizione diretta del tribunale civile si debbano sottoporre al processo sommario, noi crediamo veramente che la legislazione non abbia ancor ritrovato la sua formola definitiva: ma avvisiamo pure non essere ammissibile la tesi di coloro che eliminano in modo assoluto da detti giudizii il processo sommario sulla questione principale, forse tenendo per sufficiente l'istruzione sommaria delle questioni incidenti, e la facoltà di abbreviare i termini legali anche nell'istruzione della questione principale.

Ed appoggeremo questo duplice avviso con brevi considerazioni, nelle quali prendiamo per testo la legge di procedura civile attualmente in vigore.

Nella classe delle cause che procedono in via sommaria la legge attuale annovera le *domande di provvedimenti provvisionali*.

Ora i *provvedimenti provvisionali* sono di due generi. Gli uni s'impetrano *ex primo decreto*: tali sono nei casi di

estrema urgenza i sequestri conservatorii e le inibizioni in materia reale. Infatti, se l'autorità giudiziaria non può statuire sopra alcuna domanda, senza che la parte contro cui la domanda è proposta, sia sentita o debitamente citata, così volendo una legge fondamentale dei giudizi civili, la *legge del contraddittorio*; tuttavia anche questo principio deve pur cedere davanti al *jus necessitatis*, la quale necessità in certi casi di attentati clandestini o violenti reclama imperiosamente un provvedimento istantaneo per conservare intanto la cosa sopra cui avrà la giustizia da statuire. Così i sequestri e le inibizioni *ex primo decreto* derogano alla legge stessa del contraddittorio giudiziale, e non solamente alla qualità del processo, il quale, ordinario o sommario, esige pur sempre il contraddittorio di entrambe le parti. Epperò diciamo, che i sequestri e le inibizioni *ex primo decreto* (primo genere di provvedimenti provvisoriali) danno argomento a disposizioni speciali di legge, ma propriamente non appartengono alla nostra questione sulla qualità ordinaria o sommaria del processo contraddittorio. L'altro genere di *provvedimenti provvisoriali* suppone un giudizio già pendente, e promuove nel medesimo una questione incidente. Così in pendenza di un giudizio per alimenti o di separazione personale tra coniugi, se una delle parti chiede intanto una *provvisoria*, si provvede sulla domanda in via incidentale e sommaria, ma non avremo per questo una *causa sommaria*, che implica il concetto di una questione principale e di un relativo intero giudizio. Così pure se in pendenza di un giudizio già aperto occorresse promuovere provvedimenti conservatorii (sequestri e inibizioni contraddittoriali), ne risulterà propriamente una questione incidente da risolversi in via sommaria, ma non una *causa sommaria*. Questi riflessi ci

portano a conchiudere che un codice, il quale provveda appositamente con disposizioni speciali in materia di sequestri o di inibizioni *ex primo decreto*, e per altra parte sottometta generalmente a processo sommario tutte le questioni incidenti, dovrà cancellare l'articolo di cui ragioniamo, e non può riferire fra le cause sommarie le *domande di provvedimenti provvisoriali*.

Nella classe *delle cause sommarie* la legge attuale annovera pure le domande personali o relative a cose mobili, semprechè siano fondate su un titolo scritto. Ora i valori *mobiliari* possono avere una grandissima entità; e il titolo scritto a cui si appoggia la domanda di valori mobiliari può dar luogo a infinite questioni: 1° per la verifica della firma, o sulla interpretazione del titolo, o sulla validità in relazione alla forma, alla capacità, al consenso, ed alla causa del contratto; 2° (data la sussistenza originaria della obbligazione) sui fatti posteriori (pagamenti, compensi, conti, novazioni e simili) che hanno potuto modificarla od estinguere. — Dovremo noi dunque cancellare affatto cotesta categoria di *cause sommarie*? Noi crediamo che si debba solo restringere alle domande fondate su un titolo scritto per un valore mobiliare assai modico, il di cui limite sarebbe fissato per legge. Infatti, una causa mobiliare si reca direttamente al tribunale civile sol che superi il valore di lire mille: ora un valore così modico (verbigrazia da mille a due mila) sostiene a mala pena le spese di un doppio processo ordinario in prima istanza, e poi in seconda dinanzi alla Corte d'appello. Che se talvolta un titolo scritto può dar luogo anche sinceramente a tutte le suddivisate questioni, l'esperienza insegna che nella più parte dei casi contro un titolo scritto si sogliono promuovere opposizioni di mala fede, dirette solo a impedire o

ritardare l'effetto di domande legittime e giuste. Riteniamo dunque (dove il titolo scritto concorra colla modicità del valore), il processo sommario con questo temperamento atto a riparare a tutte le eventualità, cioè che il tribunale alla prima udienza, vista la natura delle contestazioni che si sollevano contro il titolo abbia facoltà di ordinare che sia proseguita la causa in via ordinaria.

Finalmente la legge attuale applica il processo sommario alle domande di alimenti, e crediamo con ragione, perchè le *provvisionali* in corso di causa sono incerte e scarse, e importa alla pace domestica e alla morale pubblica, che tali controversie siano prontamente finite. Quanto alle domande di pigioni di case, di fitti di beni, di annualità, o di espulsione da case o da fondi tenuti a titolo di affitto o di colonia parziaria, che pur sono tutte riferite dalla legge attuale fra le cause sommarie, pare a noi, che le medesime non presentino caratteri tali di urgenza, o di presunta facilità, o di sospetto di mala fede da dovere in genere declinare dal processo comune. Basterà che siano all'uopo abbreviati i termini legali, che si possano invocare i provvedimenti d'urgenza in via incidentale, e che si proceda in via sommaria anche per la questione principale, se le dette domande saranno fondate su un titolo scritto, e non eccederanno nel modico loro valore il limite da fissarsi per legge (1).

L'applicazione del processo sommario ai giudizi del contenzioso ordinario costituisce una delle più rilevanti

(1) Le mercedi degli operai, di cui indarno si parla nella vigente legge, sono abbastanza protette dalla giurisdizione mandamentale sino a lire mille: oltre il qual limite le domande di mercedi non risultanti da titolo scritto sollevano questioni di conti ed altre similmente intricatissime.

questioni in materia di procedura civile. Gli è per questo che abbiamo sin d'ora accennato i concetti che a nostro avviso ne possono aiutare l'apprezzamento legislativo.

Ora torniamo a considerazioni più elementari.

L'azione giudiziaria è un sillogismo, di cui la *maggiore* sta nella regola di diritto, la *minore* nel fatto che si espone e si vuol provare, la *conseguenza* nella domanda stessa, ossia nella conclusione che si propone contro il convenuto. E questi dal canto suo o nega le proposizioni del sillogismo dell'attore, ovvero ne costruisce un altro il quale abbia per conseguenza un'*eccezione* che distrugge l'azione. E così nella replica l'attore difendendo il sillogismo suo proprio, o negherà le proposizioni di quello del convenuto, ovvero ne costruirà un nuovo per combatterlo.

E noi finora abbiamo solo discorso *sulle minori* dei sillogismi giudiziarii (cioè sui fatti e sulle loro prove).

Quanto alle regole di diritto che l'attore ed il convenuto vanno invocando (le *maggiori* dei sillogismi) diremo, che le medesime si enunziano bensì nel corso dell'istruzione scritta, ma si suole, ed anzi si debbe riservarne la *dimostrazione* al processo orale, cioè al dibattimento che ha luogo all'udienza del tribunale: la discussione orale e contraddittoriale in udienza pubblica è destinata ed evidentemente più appropriata a chiarire e svolgere gli elementi del processo in tutte le conseguenze di fatto e di diritto che se ne possono trarre: e così l'istruzione orale dee rendere più succinte e brevi e meno costose le fasi del processo, dove i pregiudizii, le abitudini, e gli interessi non si oppongono a un sì benefico risultato.

Le *prove* dei fatti hanno per base l'*induzione*: le *dimostrazioni* delle regole di diritto hanno per base la *dedu-*

zione, e per punto di partenza i principii razionali i quali signoreggiano la interpretazione diretta e la interpretazione analogica dei testi della legislazione civile, e la suppliscono in quei vasti e reconditi spazii, dove la corta, imperfetta, e rigida formola della legge non sa e non può penetrare. Ma di ciò abbiamo discorso in un altro volume (1).

(1) *La logica del diritto.*

CAPITOLO III.

Delle questioni accessorie, e dei relativi procedimenti sommarii.

Un'applicazione estesissima del procedimento sommario si fa nel dibattimento delle questioni secondarie od accessorie che nello svolgimento dei giudizi civili vengono a prodursi intorno alla questione principale. Ma per comprendere questo nuovo ordine di cose, cioè l'ordine delle questioni incidenti, dobbiamo rivolgere per un istante lo sguardo al cammino percorso.

Abbiam detto che per istituire un giudizio si richiede un'azione la quale risponda al diritto che vuolsi rivendicare. La questione principale del giudizio versa sulla domanda che si promove per rivendicare il diritto controverso: e qui spieghiamo come il tema della questione proposta dall'attore possa essere limitato ed ampliato dal convenuto. Abbiamo pure spiegato, come per risolvere la questione si adoprinno le prove, da chi ed in qual forma vengano esse somministrate; dopo di che abbiamo delineato la generale istruttoria del giudizio. Ma queste cose riguardano la questione principale nel cui svolgimento sorgono necessariamente di molte questioni accessorie. Delle quali sebbene varie siano le cause, le forme, e le figure, considerate tuttavia le medesime nelle loro relazioni colla trattazione della questione principale, già ab-

biamo accennato nel titolo precedente potersi classificare in quattro categorie. Imperocchè fra le questioni accessorie alla principale alcune sono *preliminari* alla questione di merito, e tale sarebbe la questione sulla competenza del tribunale, altre sono *contemporanee*, come per esempio, la domanda di un provvedimento interinale; altre sono *consecutive* come quando essendo stata una parte condannata alla restituzione del fondo coi frutti, trattasi, per l'esecuzione della sentenza, di liquidare i frutti medesimi, altre finalmente son *comuni*, ossia tali che si possono produrre a tutti i tempi del giudizio come se si tratti di recusare un giudice.

Or gli elementi che concorrono nelle questioni accessorie, sono i due già noti, il fatto ed il diritto. Così venendo opposto l'incompetenza del tribunale, perchè il convenuto si dica domiciliato in altro circondario, avremo una questione di fatto sul domicilio del convenuto; ed egualmente venendo chiesto un provvedimento interinale, siccome può occorrere d'investigare, verbigrizia, quale sia stato il possesso anteriore, avremo un'altra questione di fatto: al fatto poi deve applicarsi la regola di diritto.

Occorrendo pertanto gli stessi due elementi, era egli conveniente di sottoporre lo svolgimento di tali questioni al procedimento normale? La risposta non poteva che essere negativa, poichè altrimenti innestandosi un giudizio ordinario ad un altro giudizio ordinario, la soluzione della questione principale rimaneva indefinitamente protratta. Onde invalse il principio generale, che le questioni accessorie debbano essere discusse e decise in via sommaria: ed ecco applicato il procedimento sommario in via incidentale allo stesso giudizio ordinario.

Dobbiamo qui ripetere un riflesso intorno alla differenza che corre fra questi due concetti: *giudizio sommario e procedimento sommario*. — Conciossiachè il giudizio sommario è quello che fin dal suo primo inizio, cioè dall'atto di citazione sino alla sentenza definitiva di tutta la causa procede sommariamente, perchè la questione stessa principale viene dalla legge annoverata fra quelle da risolversi in via sommaria. Se invece la questione principale sia tale da trattarsi in giudizio ordinario, ove sorga una questione accessoria da risolversi in via sommaria, il giudizio principale non cessa di essere ordinario o formale; solo vi s'innesta un procedimento sommario per la soluzione della questione incidente.

Del resto la modicità dell'interesse, la presunta facilità della questione e la sua urgenza, concorrevano a richiedere che le questioni accessorie si dovessero sottoporre al procedimento sommario: 1° la modicità dell'interesse; poichè lo scioglimento della questione secondaria comunque possa influire sulla questione principale, tuttavia non è mai tale da assorbirla intieramente: 2° la presunta facilità della risoluzione; perocchè la questione accessoria appunto perchè accessoria, non può generalmente presentare una complicazione tale da esigere pel suo svolgimento un giudizio ordinario: 3° infine l'urgenza; perchè applicando le forme lente della procedura ordinaria alle questioni incidenti, potendosi queste moltiplicare, ne avveniva che la soluzione della questione principale si sarebbe potuto indefinitamente protrarre. Adunque il carattere comune delle questioni incidenti quanto alla procedura consiste in ciò che in generale esse vengano con espressa disposizione di legge sottoposte al processo sommario. Ma siccome questo procedimento è eccezionale,

così onde abbia luogo non basta che si tratti di questione accessoria, ma di più è mestieri che un espresso testo di legge o speciale o comune a tutti gli incidenti sottoponga la questione medesima a simile procedimento. E però se occorra una qualche questione accessoria di cui la legge taccia, non sarà riguardo ad essa lecito di declinare dalla procedura ordinaria. Il processo ordinario è di diritto comune : spetta al legislatore di apprezzare in quali casi per considerazioni speciali *convenga* scostarsene : dove tace la legge si serba il diritto comune. Così la questione *dell'ammissibilità* delle prove è una delle più frequenti questioni incidenti, pur tacendo la legge sul procedimento di essa riman soggetta alle norme del processo ordinario, salvo i casi in cui la legge abbia espressamente ordinato il contrario : il che in generale non fa perchè la questione *sull'ammissibilità* d'una prova assorbe facilmente il merito intero della stessa question principale.

Facendoci ora a dire alcune cose nella materia delle questioni incidenti, dobbiamo prima di tutto cercare in qual senso si dicano preliminari quelle questioni, la di cui decisione si presenti quale *antecedente logico*, o, come suol dirsi, pregiudiziale alla decisione della controversia principale. Sul che ci si presenta spontanea la domanda : se opposta un'eccezione logicamente preliminare, si debba senz'altro sospendere la discussione del merito. E noi rispondiamo in generale negativamente, perchè non devesi attribuire all'arbitrio di una delle parti la facoltà di sospendere il giudizio principale. Altrimenti una parte potrebbe coll'opporre varie di queste eccezioni protrarre indefinitamente la decisione sul merito. Ma d'altra parte non si può dissimulare l'inconveniente gravissimo, che, accolta l'eccezione pregiudiziale, verbigrazia, l'eccezione

d'incompetenza, torni affatto inutile e si debba annullare la proseguita discussione sul merito.

In questa contrarietà d'interessi la legge stessa provvede in modo particolare a certi casi, e dispone, a cagion di esempio, che le questioni di competenza si debbano discutere e decidere prima di scendere alla discussione del merito: ma in generale e dove non siasi specialmente disposto, la legge commette la cosa al prudente arbitrio dei giudici, e vuole che il tribunale debba apprezzare se l'eccezione incidente abbia un'apparenza plausibile di fondamento, ovvero ne manchi affatto, ed apparisca qual mero pretesto introdotto forse dal convenuto per protrarre la trattazione del merito. Nel primo caso il tribunale riserverà la trattazione del merito, nel secondo invece deciderà ad un tempo amendue le questioni e la parte che non matura la questione di merito, e si compiace di opporre eccezioni preliminari non abbastanza plausibili, *imputet sibi*. Quella delle parti che mettendo innanzi eccezioni pregiudiziali non si cura intanto di maturare dal suo canto la questione di merito, il fa a suo rischio e pericolo. Tuttavia, salvo i casi di aperta mala fede, sogliono i tribunali lasciare aperta la via. E così noi chiamiamo *preliminari* o *pregiudiziali* le eccezioni di cui si tratta, perchè tali sono *logicamente*, e perchè se la loro *virtù giuridica* non risponde sempre alla logica loro natura, tuttavia più generalmente e di fatto, cioè eccettuati solo i casi di mala fede, sogliono sospendere per equa indulgenza del tribunale la trattazione della questione di merito.

Ma tali questioni dovranno forse opporsi tutte *in limine litis*, sicchè non opposte le medesime, se ne presuma la rinuncia e se ne incorra la decadenza? Anche qui, tranne il caso di espressa disposizione contraria, rispondiamo

che nè la rinuncia si presume, nè s'incorre la decadenza, e così dicendo non facciamo che enunciare due incontrastabili principii di diritto. Sebbene adunque sia conveniente opporre l'eccezione pregiudiziale *in limine litis*, tuttavia potrassi muovere anche in altri tempi, salvo che per una determinata eccezione pregiudiziale una espressa disposizione di legge dichiarare il contrario.

Le questioni preliminari sono varie: accenniamone alcune. Una fra queste è la questione sulla capacità delle persone che stanno in giudizio. Come nei giudicii così nei contratti, ciascuna parte può compromettere il suo diritto; ondechè tanto nei giudicii quanto nei contratti si richiedono dalla legge certe condizioni di capacità che tuttavia non sono per amendue i generi identiche. Se però una parte è incapace, succede nei giudicii ciò che nei contratti, cioè a dire, come il contratto così il giudicio sarà nullo e la sentenza potrà venire impugnata da quella parte che non aveva *legitimam personam standi in judicio*. Ma la nullità è unicamente relativa *all'interesse dell'incapace*: onde segue che la sentenza riuscendo favorevole all'incapace, avrebbe efficacia. Importa dunque sollevare innanzi tratto la questione di capacità, quando questa in una delle parti possa essere dubbia. Siccome però la legge non dichiara che le eccezioni sulla capacità debbano proporsi, sotto pena di decadenza, *in limine litis*, nè che si discutano in via sommaria, nè infine che proposte abbiano virtù di sospendere di pien diritto la trattazione del merito, noi diremo a tenore dei premessi principii:

1° Che le eccezioni d'incapacità si possono proporre in qualunque stato di causa ;

2° Che esse seguono il procedimento ordinario;

3° Che la parte, opponente eccezioni d'incapacità,

se per questo omette intanto di maturare dal suo canto il merito della causa, il fa a suo rischio e pericolo. Il tribunale rigettando l'eccezione d'incapacità sarà autorizzato a decidere il merito colla stessa sentenza, se l'altra parte ne propose tutti gli elementi dal canto suo, e ne fece apposita istanza, e se le circostanze non impetrano dal tribunale un'equa e benigna indulgenza a favore di chi non disse ancora sul merito le sue ragioni.

Un'altra specie di questione pregiudiziale è quella che riguarda gli stranieri che si facciano attori.

Qualunque attore in giudizio si espone a dover risarcire il convenuto delle spese e dei danni. Ma la legge non impone al cittadino attore l'obbligo di dare una cauzione preventiva per questo titolo. E noi conveniamo, che simile beneficio abbia ad estendersi agli stranieri in cause commerciali, ed anche in cause civili ordinarie, se lo straniero attore sia domiciliato o possidente nel nostro Stato. Ma fuori di questi casi esigere una guarentigia ci parrebbe un cauto, prudente, e non ingiusto consiglio. Forse converrà non farne una regola assoluta ed imperativa, e lasciare ai tribunali *la facoltà*, come di *determinare* così di *richiedere* allo straniero attore, non domiciliato e non possidente una guarentigia o cauzione qualunque a tutela del convenuto secondo le circostanze varie di persone e di cause. E ad ogni modo quello che non vorremmo, si è il sistema della reciprocanza da paese a paese; perciocchè se *la facoltà* di cui ragioniamo si crede consentanea ai principii universali di giustizia e di ben intesa comune utilità dobbiamo desiderare che tutti i paesi accettino la medesima regola: se poi si reputa più giusto e miglior sistema l'esenzione assoluta, noi dobbiamo darne il buono esempio, non aspettarlo da altri. Sopra questi punti aspettiamo dai

nostri legislatori una decisione che metta d'accordo il Codice civile con quello di procedura civile. E quando l'eccezione di cui si tratta si ammettesse con qualsiasi condizione, avvertiranno al certo, e il dichiareranno espressamente, che tale eccezione vuol essere proposta *in limine litis* prima di ogni altra istanza, e sottoposta al più spedito dei procedimenti sommarii.

Nè infine ometteremo una terza pur frequentissima specie di questioni pregiudiziali nascenti dalle eccezioni d'incompetenza, pel di cui mezzo i convenuti chiedono di essere rinviati dall'istanza senza decisione del merito.

Un tribunale può essere incompetente o *ratione materiae* ovvero *ratione loci*. Se per una domanda di diritto civile ordinario l'attore chiama il suo avversario dinanzi ad un tribunale di commercio, rettamente gli si oppone l'eccezione d'incompetenza *ratione materiae*. Il tribunale di commercio istituito per le sole materie commerciali manca assolutamente di giurisdizione per le materie civili ordinarie: e questo difetto di giurisdizione, indipendente dalla volontà delle parti, insanabile, si può sempre opporre in qualunque stato e grado di causa, e non opposto dalle parti dovrebbe essere dal tribunale stesso rilevato d'ufficio. Che se sia adito in materia civile il tribunale civile, questo allora, competente senza dubbio *ratione materiae*, potrebbe tuttavia essere incompetente *ratione loci* in riguardo alla persona del convenuto, che si dica domiciliato in provincia o circondario diverso (*ratione personae*), ovvero se si dica violata qualche altra simile norma di competenza locale. Essendo le regole di competenza locale introdotte per comodo e privato interesse, il convenuto vi può rinunciare, ed anzi la legge presume perentoriamente che vi abbia rinunciato se il medesimo non oppone

l'incompetenza immediatamente, prima di accettare la discussione nel merito delle proposte domande.

Così l'eccezione d'incompetenza *ratione loci* ossia *ratione personae* deve muoversi *in limine litis* sotto pena di decadenza, a differenza dell'incompetenza *ratione materiae*, che si propone validamente così in primo come in grado d'appello ed in qualunque stato di causa. Però sì l'una che l'altra questione, in qualità di questione accessoria, vien sottoposta al procedimento sommario.

Facciamo passo alle questioni accessorie che si producono contemporanee alla discussione della quistione principale del giudizio; ed accenneremo le due più rilevanti, che riguardano le domande di provvedimenti interinali, o l'intervento di un terzo in un giudizio già vertente fra altri.

Le domande dirette ad impetrare provvedimenti interinali si promuovono in via accessoria ad un giudizio già istituito o che s'instituisce contemporaneamente sulla questione di merito. E con ragione, perciocchè il criterio per decidere le istanze di provvedimenti interinali suole desumersi dall'urgenza del bisogno, e dalle considerazioni di probabilità che già appariscono a favore di una parte che già *potiora jura in petitorio ostenderit*. In allora la questione si presenta nella forma di incidente alla questione principale e si risolve con processo sommario.

Quanto alle questioni a cui dà luogo l'intervento di un terzo in giudizio, avvertiamo che un terzo può intervenire in giudizio quando abbia a proporre un diritto sulla cosa di cui già si controverte nel giudizio medesimo, ovvero un diritto connesso con quello che è oggetto del giudizio vertente. E l'intervento si distingue in due spe-

cie, che sono *ad excludendum* o *ad adjuvandum*. *Ad excludendum*: quando l'interveniente intende colla sua azione di escludere sulla cosa di cui si tratta, il diritto preteso dagli altri due fra cui verte il giudizio. *Ad adjuvandum*: quando l'interveniente mira unicamente a coadiuvare colla sua azione una delle parti nel suo intento. Alcuni esempi chiariranno la cosa. Poniamo che un tale, dicendosi erede, abbia instituito un'azione contro un debitore dell'eredità. Il vero erede, o quello che si pretende tale, ha interesse urgente d'intervenire in questo giudizio, ed ivi proporre la sua qualità d'erede, ed escludere così, coll'eccezione del convenuto anche l'intento del primo attore. Diciamo che *ha interesse urgente d'intervenire*: perchè se nel giudizio promosso dall'erede apparente venisse pronunciata una sentenza che lo dichiarasse erede e condannasse il debitore a pagare, questi, pagando in forza di una sentenza, rimarrebbe liberato, quantunque poi venisse a risultare che il vincitore non era erede. — Poniamo parimente, che fra i due che istituirono il giudizio trattisi di una questione di proprietà immobiliare: il vero proprietario, o chi si crede tale, avrà egli il diritto d'intervenire per escludere l'intento di ambidue e nello stesso giudizio far dichiarare, che la proprietà appartiene non all'attore, non al convenuto, ma a se medesimo? Parrebbe a prima giunta che no; poichè la sentenza che sia per emanare in questo giudizio non lo pregiudica, ed ei potrà rinnovare in un distinto giudizio la stessa questione, ed a chi gli opponesse la sentenza già intervenuta, potrebbe rispondere che *res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest*. Tuttavia è certissimo che il terzo ha diritto d'intervenire, poichè il fatto di due, ciascun dei quali pretende spettargli una nostra proprietà, costituisce

una turbativa civile del nostro diritto, e quindi apre in nostro favore l'azione a fine di far cessare il dubbio indebitamente promosso. *

Il diritto di agire è pertanto incontrastabile; ma dovrà forse questo terzo promuovere la sua azione in un giudizio separato? Rispondiamo di no; perchè potrebbero nei due distinti giudizi emanare giudicati contrarii, e la contrarietà possibile dei giudicati vuolsi sempre evitare: il minor male che ne deriva quello è di diminuire il rispetto dovuto all'autorità giudiziaria, e di scemare l'idea della civile sicurezza. Adunque, riassumendo, diciamo che il fatto di un giudizio vertente fra altri sopra un diritto spettante ad un terzo, attribuisce a questo terzo l'azione, e quest'azione vuolsi promuovere intervenendo nel giudizio già vertente. Tutto ciò sia detto dell'intervento *ad excludendum*.

Ad adjuvandum interviene un terzo quando esso abbia a proporre, forse sul fondamento dei medesimi titoli prodotti da una delle parti, un diritto analogo. Così poniamo che il creditore a cui favore si obbligarono il debitore principale ed un fidejussore, abbia promosso un giudizio contro il suo debitore principale. È palese che il fidejussore ha diritto ed interesse d'intervenire in giudizio: conciossiachè quand'anche vogliasi credere che la sentenza la quale sia per emanare in favore del creditore non abbia forza di cosa giudicata contro il fidejussore non chiamato in giudizio, non di manco egli è indirettamente turbato nel *pacifico possesso di sua libertà*, e la sentenza contro il debitore principale gli arreca un pregiudizio di fatto. Nella ipotesi inversa, che il creditore abbia convenuto in giudizio non il debitore principale, ma unicamente il fidejussore, forse perchè questi siasi obbligato solida-

riamente, egli è pure manifesto che il debitore principale ha diritto ed interesse d'intervenire, ed anzi vi è tenuto qual garante del suo fidejussore. Onde avviene che in tutti i casi, in cui due o più persone si siano solidalmente obbligate verso un creditore, se questi chiama in giudizio un sol debitore solidario, gli altri hanno interesse, diritto ed obbligo di prender parte allo stesso giudizio, perchè trattandosi di debitori solidali ciascun di essi viene considerato come un fidejussore per la parte degli altri e come principalmente obbligato per la sua porzione.

Anche nelle azioni reali suole il terzo, cioè l'autore del convenuto, intervenire *ad adjuvandum* in qualità di garante. Benchè forse non ancora chiamato in rilievo, il garante ha tutto l'interesse e il diritto di accorrere spontaneo e assumere la difesa del convenuto, perchè la sentenza di evizione avrebbe effetto a suo precipuo danno.

Quanto ai creditori, puossi dubitare se i medesimi abbiano diritto di prendere parte spontanea al giudizio istituito contro il loro debitore. Certo vi hanno *interesse*: perchè quando il debitore sia stato spogliato in parte od in tutto delle sue sostanze si diminuisce o cessa il pegno dei creditori. Tuttavia dobbiamo distinguere: se trattasi di creditori i quali abbiano acquistato un'ipoteca sugli immobili di cui si controverte nel giudizio intentato contro il debitore, è innegabile in essi il diritto d'intervenire, perchè in tal caso essi propongono un *diritto reale*, una vera azione vindicatoria sulla cosa controversa; chè l'azione ipotecaria, *nei limiti del proprio fine*, è una vera azione vindicatoria della cosa ipotecata; onde il detto caso si confonde col caso del terzo che interviene fra due contendenti a rivendicare la cosa propria.

Ma scorrendo di creditori meramente personali, in

generale loro si niega il diritto d'intervento: perchè sulle cose di cui si disputa nel giudizio istituito contro il debitore, essi *non hanno ancora diritto alcuno*; essi hanno unicamente diritto contro la persona del debitore, e questa loro ragione non è punto disconosciuta nella proposta ipotesi. Se non che questi creditori possono eventualmente acquistare un diritto reale sui beni secondo il contegno che il debitore tenga nel difendersi dalle domande contro di lui promosse. Ed in verità supponiamo che il debitore colludendo col suo avversario trascuri quei mezzi di difesa con cui potrebbe salvare il suo patrimonio, ed il faccia col manifesto intento di nuocere ai creditori suoi, e di favorire l'attore, il quale per avventura potrebbe anche essere una persona interposta per simulare un giudizio: allora anche i creditori personali pel fatto e nel momento stesso che si tenta la frode a loro danno acquistano azione reale sui beni, e coll'azione reale il diritto d'intervenire. Diciamo adunque che i creditori personali non hanno diritto d'intervento nel giudizio istituito contro il debitore, salvo in caso di frode che apparisca ordita fra il debitore ed il suo finto avversario a loro pregiudizio.

Relativamente alle questioni *consecutive* alla decisione del merito, per ora richiamiamo soltanto che la sentenza sulla domanda principale lascia talvolta qualche cosa a decidere, massime quanto alla sua esecuzione nella quale possono occorrere di tali atti, che valgano a dar luogo a nuove controversie. Così per esempio, condannata una parte a prestar cauzione, si può sollevare controversia sulla idoneità del fidejussore: condannato il possessore a dismettere il possesso del fondo in un coi frutti, salvi a lui i miglioramenti, si possono eccitare questioni sulla li-

liquidazione dei frutti, e per l'accertamento dei miglioramenti medesimi: condannata infine una parte a rendere i conti, sorgono le controversie sulla liquidazione dei medesimi.

E così bastino per ora le cose dette in questo capitolo sulle questioni accessorie, che sono preliminari o contemporanee, o consecutive, o comuni.

Perciocchè nelle appendici di complemento tutto ciò che procede dalla ragione universale e invariabile della procedura civile riceverà maggiore e conveniente sviluppo.

CAPITOLO IV.

Del recesso, della perenzione d'istanza, e delle sentenze.

Il giudizio, istruito che sia di tutti gli elementi che si riferiscono alla duplice questione di fatto e di diritto, riceve il suo naturale compimento dalla sentenza che si pronuncia dal giudice.

Ma il giudizio si scioglie pure in altri modi benchè ad esso non connaturali, e benchè non venga definita per sentenza del giudice la questione del merito; e questi altri modi sono il recesso della parte e la perenzione d'istanza.

Il recesso è di due specie: vi ha il recesso nel merito della questione, ed il recesso dal solo giudizio o dalla semplice istanza. Il recesso nel merito della questione s'identifica colla confessione giudiziale, o provenga dal convenuto, o si faccia il recesso dall'attore medesimo. Imperciocchè il convenuto, dal momento che compare in giudizio, ha facoltà d'impedire ogni ulteriore controversia, dichiarando di acquietarsi alle domande dell'attore; la quale facoltà gli compete a qualunque punto sia pervenuta la causa; e perciò se il medesimo dopo essersi inutilmente sforzato di combattere l'attore aderisce alle sue domande, allora tardi bensì, ma pur sempre in

tempo si verifica la convenzione giudiziale del convenuto, il quale per tal guisa recede dal merito.

Ed anche l'attore può fare la stessa cosa, giacchè potè avvenire ch'ei non conoscesse i documenti che erano in possesso del convenuto, e che dopo la produzione dei medesimi siasi persuaso essere la sua domanda infondata. E pertanto, se egli dichiara di recedere dalla proposta domanda, la sua dichiarazione si ha in conto di una confessione giudiziale sulla cosa dedotta in giudizio: alla quale confessione sono attribuiti gli effetti medesimi di quella del convenuto. Perciocchè non solo l'attore ma pur anco il convenuto ha diritto di vedere definitivamente decisa la controversia; ond'è che l'attore senza il consenso del convenuto non può dipartirsi ed impedire la decisione del giudice, se non vi sostituisce l'equivalente: e questo equivalente si ha nella sua confessione: la dichiarazione ch'ei faccia di recedere dalle proposte domande tien luogo d'una sentenza che le rigetti.

Il recesso dalla semplice istanza giudiziale (ben diverso dal recesso nel merito) è quello per cui diciamo potersi sciogliere il giudizio, senza che venga per sentenza o per confessione della parte decisa la questione di merito; e le parti recedono dal solo giudizio quando entrambe acconsentano che sia abbandonata l'istanza giudiziale salvi i rispettivi diritti nel merito da riproporsi in altro giudizio da quello dei due che stimerà di ricominciare. È dunque necessario che ambedue le parti acconsentano; conciossiacchè da un lato il convenuto, come non era in sua facoltà di non comparire in giudizio così parimente non può per sua sola determinazione abbandonarlo: d'altro lato egli è pur certo che anche l'attore istituendo il giu-

dizio si obbliga col proprio fatto a continuarlo ed a starvi fin tanto che la *turbativa civile* da lui commessa (intendendo una controversia) a carico del convenuto, sia riparata o per sentenza del giudice, o per fatto e titolo equivalente. Ripetiamolo dunque; a sciogliere l'istanza giudiziale senza che si sciolga al tempo stesso in qualche modo la questione di merito, si richiede il consenso di tutti quelli che vi hanno parte.

E talvolta intervengono veramente tali circostanze da persuadere ai contendenti l'abbandono del solo giudizio.

Così l'attore, temendo che l'azione non si potesse ancora proporre, perchè dipendente da una condizione che forse si verificherà in seguito, o temendo di aver chiamato l'avversario nanti un giudice incompetente, o di non aver formulato le prove nel modo più appropriato alla causa, crede conveniente di abbandonare il male avviato giudizio, salvo a ricominciare un altro in condizioni e tempo migliori: ed intanto il convenuto può esserne lieto, e così sperando nel tempo, e nelle contingenze future, acconsentire al recesso anche dalla semplice istanza giudiziale. Ed ecco in qual modo il recesso dalla semplice istanza giudiziale non pregiudica punto i rispettivi diritti di merito, ma rimette semplicemente le cose nello stato in cui erano prima del giudizio.

E tale pure è l'effetto della *perenzione* dell'istanza giudiziale, che si potrebbe quasi qualificare per un tacito abbandono del giudizio, poichè la legge dichiara che la *perenzione* dell'istanza si verifica quando ambedue le parti abbiano per un triennio discontinuato il procedimento, astenendosi tutte e due da ogni atto d'istruttoria: da tale stato di abbandono la legge deduce la tacita volontà nelle parti di recedere dal giudizio.

Diciamo però che la *perenzione* d'istanza si potrebbe quasi qualificare nel modo indicato; imperciocchè alla tacita volontà si aggiunge un altro elemento. E di vero, che le parti col silenzio d'un triennio abbiano dimostrato di voler abbandonare il giudizio, ella è una semplice conghiettura: eppure la legge estingue in tal caso di propria autorità ed in modo assoluto il giudizio, lo *perime*, lo scioglie, quantunque il silenzio possa per avventura essere da un'altra cagione determinato. Vi ha qui una presunzione *juris et de jure*: e come la legge *dal silenzio mantenuto per trent'anni deduce la presunzione (perentoria) del tacito abbandono del diritto di merito, cioè del credito stesso, del dominio e simili*, così nelle istanze giudiziali la legge presume *perentoriamente* da un silenzio triennale concorde il tacito abbandono delle medesime. E questo fa la legge per sollecitare le parti contendenti: onde la pace sia ristabilita al più presto, e perchè i litigii, quando sono abbandonati di fatto, non vivano eternamente e non si trasmettano di generazione in generazione.

Però, come già dicemmo, o sia abbandonata espressamente, o perenta per presunzione legale l'istanza giudiziale, le rispettive azioni ed eccezioni di merito rimangono salve in quanto tornano in quello stato in cui erano prima del giudizio, *o per dir meglio, in quello stato in cui sarebbero attualmente, se l'istanza giudiziale non fosse avvenuta*: perocchè il giudizio o abbandonato per recesso dall'istanza, o sciolto per *perenzione* si ha veramente come se non fosse giammai avvenuto.

Il recesso e la *perenzione* d'istanza mettono fine al giudizio, ma non sono che accidenti assai rari ed estrin-

seci. Il compimento naturale del giudizio è nella sentenza del tribunale.

Premettiamo la divisione delle sentenze in due sommi generi, cioè di quelle che decidono veramente una questione tuttora sussistente, e di quelle le quali riducono in forma autentica e giudiziale ed in *titolo esecutivo* una decisione già *convenuta*.

Quando il convenuto si acquieta alle domande dell'attore ovvero l'attore dichiara di abbandonarle, la questione di merito è decisa, perchè la decisione ne è *convenuta* o espressamente o per presunzione di legge. Ma se quella parte, a cui favore l'altra ha confessato, crede di provocare una sentenza del giudice, questi non vi si può rifiutare, poichè la parte ne ha interesse e diritto. Infatti perchè la confessione giudiziale decida irrevocabilmente la controversia, si esige che essa non sia la conseguenza di un errore di fatto, si richiede un mandato speciale, si richiedono soprattutto condizioni di capacità: e il concorso delle volute condizioni potrebbe per avventura essere contestato più tardi. Importa adunque alla parte, che venga preclusa ogni via ad ulteriori controversie, e che quindi il giudice, verificato prima l'adempimento di tutte le condizioni richieste, pronunci una sentenza conforme, riduca in forma autentica e giudiziale, in forma di vera sentenza la decisione convenzionale risultante dalla confessione.

A questo primo interesse se ne aggiunge un secondo. Giova innanzi tratto avvertire essere scopo dei giudizi civili che dichiarato il diritto, se ne promuova l'esecuzione: alla quale si procede col ministero di agenti appositi a ciò destinati dal potere esecutivo, che però non possono prestare il loro ufficio, salvo in forza di un

titolo esecutivo, quale si è un atto pubblico od una sentenza. L'atto pubblico è un titolo *esecutivo* quando per pubblico istrumento una parte siasi dichiarata debitrice di una cosa certa e liquida; quindi i notai esercitano una specie di giurisdizione volontaria, perchè sono chiamati a dichiarare i rapporti giuridici convenuti fra le parti, per guisa che la loro dichiarazione abbia forza di titolo esecutivo. Mancando un atto pubblico portante obbligazione esigibile attualmente di cosa certa o di somma liquida, è necessaria una sentenza. La legge non riconosce altra forma di titoli esecutorii. Ciò posto, indarno quella delle parti a cui favore l'avversario confessa in giudizio, presenterebbe all'agente giudiziario il documento contenente simile confessione, perchè nessuno, fuori del giudice, può essere competente a riconoscere se esista veramente una confessione giudiziale accompagnata dalle condizioni richieste. E pertanto onde precludere la via ad ulteriori controversie, ed anche per acquistare un titolo *esecutivo*, se la parte che ottenne la confessione richiederà una sentenza, non le può essere diniegata; benchè in verità la sentenza allora non decida una questione, e riduca semplicemente in forma autentica ed esecutiva una decisione già convenuta. Ripetiamo: essere questa la suprema divisione delle sentenze: le une riducono in forma giudiziale e in titolo esecutivo una decisione già convenuta: le altre risolvono veramente una questione tuttora sussistente fra le parti.

Le sentenze che decidono una questione sono o *definitive* od *interlocutorie*, secondo che pongono fine al giudizio, ovvero non vi pongono fine e si pronunciano mentre il giudizio procede ancora verso il naturale suo compimento. E queste ultime chiamansi *interlocutorie*, come

per dire, che *judex loquitur inter*, cioè in mezzo ai procedimenti che dopo l'interlocutoria si continuano ancora. Dobbiamo tuttavia avvertire che quando dividiamo le sentenze in *definitive* ed *interlocutorie*, prendiamo la parola *interlocutorie* nel suo amplissimo significato: poichè scendendo alle varie specie la stessa parola si prende in significato più ristretto. Ed infatti le sentenze interlocutorie *latissimo sensu* si distinguono in tre specie. Alcune, se non sciolgono definitivamente la questione di merito, la toccano però in qualche modo, e queste diciamo *interlocutorie in specie (stricto sensu)*; altre non toccano in nessun punto la questione di merito e decidono un semplice punto di procedura, e furono dette sentenze preparatorie; altre infine statuiscano sopra una questione che ha un interesse reale (non un interesse di semplice procedura) senza toccare tuttavia la questione di merito, e queste sentenze si possono chiamare *incidenti*.

Le sentenze interlocutorie *stricto sensu*, cioè quelle che feriscono in qualche modo la questione di merito, si suddividono a loro volta in tre altre specie: ed infatti toccano primieramente il merito della questione le sentenze che statuiscano sopra domande di provvedimenti interinali, poichè tali sentenze o concedano o dinieghino il chiesto provvedimento interinale, debbono, benchè solo in via di probabilità, esaminare come altrove accennammo la questione di merito. Toccano in secondo luogo la questione del merito anche le sentenze che statuiscano sull'ammissibilità od inammissibilità delle prove offerte; giacchè per riconoscere se l'accertamento del tale o tal altro fatto colla tale o tale altra prova sia rilevante al merito della questione, e per ogni altro rispetto ammissibile, è mestieri esaminare la questione medesima nei suoi rapporti colle

prove offerte. Finalmente avviene talvolta che una delle parti non abbia dato, secondo il sentimento del giudice, una piena prova del suo assunto, e neppure una di quelle prove imperfette che si possono compiere con alcuni dei mezzi altrove accennati, come per esempio, col giuramento suppletivo: se non che risulta dagli atti ed il giudice si convince che la parte, la quale non ha pienamente provato, è tuttavia in grado di provare, o producendo documenti che trovansi in suo potere, o meglio formulando i fatti e il tenor delle prove, o altrimenti riparando agli errori, alle omissioni, alle inavvertenze incorse nello svolgimento delle sue ragioni. Parrebbe a prima giunta che il giudice debba pronunciare contro chi non ha adempiuto al debito suo; e veramente suona in tal senso quel principio per cui *actore non probante reus est absolvendus*, principio che si applica pure contro il convenuto quando egli *in excipiendo fit actor*. Ma non dobbiamo dimenticare che, se il giudice nella questione del fatto pronuncia *juxta allegata et probata*, non può tuttavia nell'esame degli atti dipartirsi dai dettami della sua coscienza. Or posto che il giudice sia convinto dall'esame stesso degli atti, potersi rinvenire la verità purchè una delle parti corregga gli errori, supplisca alle omissioni, è palese ch'ei pronunciarebbe contro la sua coscienza (quella stessa coscienza che si forma *juxta allegata et probata*) ove decidesse definitivamente in senso contrario a quello che pur crede potere agevolmente accertarsi. In questa ipotesi pertanto debbe il giudice proferire una sentenza interlocutoria, indicando nella parte ragionativa (*nei motivi*) di essa il dubbio tuttora sussistente e gli elementi con cui si può risolvere, ed ordinando poi nella parte dispositiva della sentenza medesima che si

proceda più ampiamente in causa secondo le indicate considerazioni: di tal forma è la terza specie delle sentenze interlocutorie (*stricto sensu*) che feriscono il merito senza deciderlo.

Torniamo a dire che le interlocutorie *latissimo sensu*, in quanto si contrappongono a tutte le sentenze definitive del giudizio, si suddividono in tre specie. La prima è di quelle che in uno dei tre modi testè divisati pregiudicano la questione di merito senza deciderla, e sono le interlocutorie *stricto sensu*. La seconda specie è quella delle preparatorie; la terza delle sentenze incidenti.

Le preparatorie statuiscono sopra un semplice punto di forma e di procedura e non fanno che spianare una difficoltà e preparare la via a provvedimenti d'interesse reale. Ed infinite sono le forme di simili questioni e delle relative sentenze: nè solo nella forma ma soprattutto nella importanza le sentenze preparatorie possono tra di loro variar grandemente. Se una sentenza ordina una nuova comunicazione dei documenti, è sentenza preparatoria, e per chi fa deve eseguire di peso poco sensibile. Se invece il tribunale decide sulla specie del procedimento a seguirsi, prescrivendo il processo ordinario ovvero il sommario, profferisce ancora una sentenza preparatoria, ma di ben altra importanza, potendo gravare una parte di ritardi e di spese, e togliere all'altra il tempo ed i mezzi di corredare opportunamente la sua difesa. E questo riflesso influisce particolarmente sul diritto di appellazione come vedremo tra breve.

Diciamo per ultimo delle sentenze *incidenti* (terza specie delle interlocutorie *latissimo sensu*).

Esse statuiscono sopra una questione d'interesse reale (non di semplice procedura) senza però toccare la que-

stione di merito. Tali sono le sentenze che emanano sulle questioni relative alla cauzione da prestarsi dagli stranieri, poichè il convenuto, mirando a guarentirsi pel caso che venga l'attore condannato nelle spese e nel risarcimento dei danni, vi ha un interesse diretto, un interesse più reale, maggiore che un interesse di semplice forma. Tali sono pure le sentenze che dichiarano la competenza o l'incompetenza del tribunale controversa fra le parti, perchè l'interesse di essere giudicato dal tribunale competente è intimamente connesso colla giustizia della futura sentenza sul merito.

Le sentenze, che chiamiamo *incidenti*, si avvicinano d'assai alle *definitive*. Esse in verità non pongono fine al giudizio, ma decidono in modo definitivo una controversia affatto distinta e per sè sussistente; quali sono le due specie di questioni testè accennate. Intanto le definitive sono anch'esse di doppio genere, poichè alcune statuiscono definitivamente sulle domande proposte in giudizio, mentre altre *pongono fine al giudizio* senza punto sciogliere la questione di merito: ed a questa classe si riferiscono le sentenze le quali, come si suol dire, assolvono il convenuto dall'osservanza del giudizio, o per parlare più scientificamente, dichiarano non sussistente il giudizio, o perchè esso non fu sin dalla sua origine validamente istituito, o perchè validamente istituito si sciolse di poi per alcuna delle cause altrove accennate. Così da quanto abbiamo altrove detto già sappiamo, che, ove non siasi commesso alcun fatto di violazione o riconoscimento del diritto altrui, l'esercizio dell'azione non è aperto: e chi adunque fosse, senza occasione di turbativa alcuna, chiamato in giudizio, giustamente chiederebbe di essere assolto da una istanza che non sussiste, non

essendo aperta l'azione per entrare nella discussione del merito. Così pure, se mancassero le condizioni di capacità, di autorizzazione, di assistenza, di precedente cauzione e simili richieste nei varii casi dalla legge perchè l'attore possa stare legittimamente in giudizio, il convenuto dovrebbe assolversi dall'osservare un'istanza giudiziale non sussistente, perchè illegalmente iniziata. Così infine, dopo il recesso consentito da entrambe le parti ovvero dopo la perenzione d'istanza, se una parte volesse ripigliare il giudizio supponendo mancare le condizioni legali del recesso o della perenzione, il giudice ove riconosca valido il recesso o la perenzione assolve il convenuto dall'osservanza del giudizio. E in tutti questi casi la sentenza è definitiva in quanto mette fine alla istanza giudiziale, la dichiara insussistente, la scioglie e rinvia le parti; benchè poi ciascuna di esse conservando tutte le sue azioni abbia facoltà di riproporle in un nuovo regolare giudizio.

Riepilogando, classifichiamo le sentenze come segue:

A. Definitive (mettono fine al giudizio); B. Interlocutorie *lato sensu*, e sono: 1° Preparatorie (provvedimenti d'istruttoria). 2° Incidenti (decidono controversie incidenti, d'interesse reale, senza por fine al giudizio, nè toccare le questioni di merito). 3° Interlocutorie *stricto sensu*: non decidono ma pregiudicano la questione di merito, e sono: a) quelle che statuiscano sopra domande di provvedimenti interinali; b) quelle che pronunciano sull'ammissibilità o no di prove contestate e influenti sul merito; c) quelle che mandano procedersi più ampiamente in causa secondo determinate considerazioni.

Nella classificazione delle sentenze, dottrina, legislazioni, e giurisprudenza discordano. Il vigente Codice di

procedura civile segue la classificazione, che noi indichiamo come la più razionale, colle seguenti modificazioni, cioè: 1° Omette la denominazione puramente dottrinale delle interlocutorie *lato sensu*. 2° Classifica fra le definitive le sentenze B, N° 2 della nostra classificazione. 3° Chiama provvedimenti d'istruttoria le sentenze preparatorie. 4° Chiama sentenze provvisionali la specie B, N° 3, a). 5° Riserva la denominazione d'interlocutorie in senso assoluto alla specie B, N° 3, b), c).

CAPITOLO V.

Dei giudizi contumaciali.

Abbiamo sinora supposto che il chiamato in giudizio vi sia legalmente comparso, ed in tale ipotesi abbiamo esaminato come il giudizio medesimo si svolga in via ordinaria ed in via sommaria nelle questioni principali, nelle questioni accessorie, e come finalmente esso riceva il suo compimento. Dobbiamo ora esaminare la contraria ipotesi che il convenuto legalmente citato non comparisca e non presti quel contraddittorio che pure costituisce la condizione essenziale di qualunque giudizio.

In simile caso parve ad alcune legislazioni che il giudizio ne rimanesse necessariamente impedito; ed esse usarono bensì i mezzi creduti più efficaci per costringere il citato a comparire, come per esempio, il sequestro de' suoi beni sino a tanto che comparisse (*inmissio in possessionem bonorum* dei Romani); ma quando il citato si tenesse ostinatamente celato od assente, non ammettevano, che avesse corso il giudizio, eccettochè già fosse eseguita in *contraddittorio* quella prima parte del processo, che compievasi *in jure*. Nelle leggi moderne si accoglie generalmente il contrario sistema; e con ragione: perocchè nessuno dee poter impedire l'effettuazione del diritto altrui: epperchè invalse il principio giuridico che quando il citato non comparisca e nieghi così il suo contraddit-

torio, questo si abbia come prestato e si proceda contro l'assente come se fosse presente. Onde avviene che il procedimento in contraddittorio s'identifica col procedimento in contumacia, con questa unica differenza che nel procedimento in contraddittorio il giudizio è *bilaterale* in quanto ambedue le parti producono i proprii documenti e li discutono, dove che nel procedimento in contumacia il giudizio è *unilaterale* essendo i documenti prodotti e discussi dal solo attore.

Posto il principio che il contumace si considera come presente, ne deriva che le interpellazioni fatte dall'attore al convenuto debbonsi avere per tacitamente confessate: imperocchè se il convenuto fosse realmente presente e non rispondesse alla interpellanza ne risulterebbe a suo carico una tacita confessione: onde lo stesso deve avvenire se il difetto di rispondere sia una conseguenza della contumacia.

Ma dovremo noi da ciò conchiudere, che il contumace non comparendo debba pure tenersi per acquiescente al merito stesso della domanda dell'attore? Dovremo forse dire, che pel solo fatto di non essere comparso a contrastarla debbasi ritenere per ammessa la domanda medesima e come affatto inutile la proposta di prove all'appoggio, siccome succede nel caso in cui il convenuto comparso abbia dichiarato espressamente la sua adesione? Osserviamo che in tal modo sarebbesi spinta troppo oltre la presunzione e senza bastevole fondamento. E di vero il contumace rinuncia solo a produrre le sue prove e a discutere i documenti dell'avversario, forse perchè crede che il tribunale coll'esame dei documenti stessi prodotti dall'attore si potrà convincere essere le domande di costui prive di fondamento, e se anche *in parte* siano

fondato, il convenuto, tacendo, si rimette fiducioso a quel giudizio che il tribunale, esaminati i titoli e le ragioni dell'attore sia per pronunciare. Ma da questi fatti non deriva per certo a carico del contumace una presunzione di pienissima adesione all'intera domanda.

Arrogli che quanto dicemmo del doversi il contumace considerare come presente, colle conseguenze che ne abbiamo tratte, riposa sul presupposto che l'atto di citazione sia realmente pervenuto a notizia di lui. Ora questo fatto non è in tutti i casi certo ed incontrastabile, ed anzi in generale non è che una presunzione fallibile: perocchè la testimonianza dell'uffiziale referente di aver consegnato l'atto di citazione, legalmente e per necessità di diritto credibile, può essere di fatto *erronea* ed anche *falsa* (1). Si aggiunga che l'atto di citazione non s'intima sempre alla persona stessa direttamente, nè la legge doveva imporre una tal condizione praticamente impossibile a compiersi riguardo ai debitori latitanti od assenti: onde dovette accettarsi come bastevole la citazione al domicilio in persona dei famigliari, dei congiunti, o dei vicini, i quali debbono bensì per legale incarico trasmettere l'atto al convenuto, ma potrebbero trascurare o dimenticare questo loro dovere. In vista adunque di tali dubbii, e delle possibili contingenze, non solo non s'interpreta la contumacia come adesione assoluta alle domande dell'attore, ma s'introdusse ben anche il *diritto di opposizione* alle sentenze contumaciali. E così il giudizio pro-

(1) *Erronea*: se l'uscieri, valendosi dell'opera di un terzo (ciò che per altro la legge gli vieta) è ingannato da costui, che non abbia, o abbia male adempiuto l'incarico, creda in buona fede, che l'atto di citazione sia pervenuto alla sua destinazione. *Falsa*: se l'uscieri, omessa volontariamente la consegna dell'atto di citazione, mentisca scientemente e riferisca falsamente di averlo consegnato.

cede in contumacia; chiuso il processo scritto ed orale, il tribunale pronuncia la sentenza sulle conclusioni dell'attore e sui documenti da esso prodotti come se fosse avvenuto il contraddittorio reciproco delle parti; ma profferita la sentenza e notificata la medesima al convenuto od al suo domicilio, la legge concede ancora al contumace il diritto di rinnovare il giudizio, di opporsi, di rivocare *le tacite confessioni* incorse per solo effetto di contumacia, d'impugnare la sentenza, la quale pel solo fatto dell'opposizione promossa dal già contumace, dichiarante di voler produrre le sue difese, rimane annullata.

Nè per questo avremo a temere le contumacie abusive: la legge impone le spese contumaciali senza ripetizione a carico del contumace, anche di poi vincente in contraddittorio, e ne esige il pagamento prima di ammetterlo a rinnovare il giudizio. La necessità di dare efficacia alla citazione e di prevenire gli abusi giustifica il rigore di tale disposizione: del resto rarissimamente avviene o non mai, che il contumace sia affatto immune da colpa.

Il vigente Codice di procedura civile regola variamente il diritto di opposizione secondo una distinzione che ci pare assai ragionevole.

Se l'atto di citazione, e quindi la sentenza contumaciale furono entrambi notificati in persona domestica, il diritto di opposizione dura indefinitamente sin tanto che, intrapresa l'esecuzione della sentenza col ministero della giustizia, neppure allora il condannato in contumacia abbia mosso reclamo. Che se l'atto di citazione ovvero la sentenza contumaciale fu intimata direttamente alla persona stessa del convenuto, la legge non gli toglie ancora per questo il diritto di opposizione, ma lo limita a breve termine.

CAPITOLO VI.

Dell'appellazione.

I mezzi d'impugnare le sentenze, altri sono ordinarii, ed altri straordinarii. Sono mezzi ordinarii l'opposizione e l'appellazione: straordinarii, le domande di cassazione, e di revocazione.

L'opposizione è particolare alle sentenze contumaciali, e si promove nanti allo stesso tribunale che pronunciò la sentenza. Di essa abbiamo detto nel precedente capitolo. L'appellazione è comune a tutte le sentenze profferite in contraddittorio ed a quelle profferite in contumacia: imperocchè, trascorso il termine che la legge concede al diritto di opposizione, le sentenze in contumacia acquistano la forza di sentenze in contraddittorio, e come tali vanno soggette all'appellazione ed a tutti quei mezzi con cui si possono impugnare le sentenze contraddittoriali. Discorrendo pertanto del diritto d'appello, noi dobbiamo fissare la nostra attenzione su quattro punti: 1° Da quali sentenze sia dato introdurre appello; 2° Quale sia l'effetto dell'appello legalmente introdotto; 3° Come si proceda nel giudizio d'appello; 4° Quali siano i poteri, quale l'ufficio del tribunale d'appello.

Quanto al primo punto dobbiamo esaminare distintamente le varie sorta di sentenze che abbiamo divise

nel capitolo precedente. E facendo capo da quelle, le quali non fanno che sanzionare le cose e le dichiarazioni convenute fra le parti per confessione ed acquiescenza giudiziale, diremo che da taluni si tengono per inappellabili: il che preso in senso assoluto sarebbe un errore evidente. Il diritto di appello anche nella ipotesi di cui si tratta è una conseguenza necessaria della sentenza proferita dal tribunale di primo grado, non già nel senso che pel fatto dell'appello la confessione giudiziale, avente efficacia di convenzione, perde il suo valore; giacchè come nella prima, così anche nella seconda istanza *in jure confessus pro judicato habetur*: ma sì in quest'altro senso, che il *confitente* potrà in seconda istanza promuovere quelle stesse opposizioni che poteva sollevare nella prima, *verbigratia* sollevare questioni sui termini e sulla intelligenza della confessione, sostenere che il tribunale estese la sua sentenza oltre i limiti convenuti, o che mancassero le condizioni di validità della confessione stessa, o per incapacità o per errore di fatto, o per vizio di simulazione e simili. Così circoscritto il diritto di appellare dalla specie di sentenze di cui si tratta, lo crediamo innegabile.

In ordine alle sentenze che risolvono una vera questione, niun dubbio vi ha quanto alle definitive, per le quali specialmente fu introdotto il diritto di appellazione. Se non che, siccome la base di questo diritto si è di grave che la sentenza possa aver recato alla parte appellante, così si potrebbe a prima giunta dubitare dell'appellabilità di quelle sentenze che diciamo definitive quantunque non statuiscano sul merito della causa, e solo perchè assolvono il convenuto dall'osservanza del giudizio. Egli è tuttavia incontestabile che tali sentenze recano

un pregiudizio all'attore, perocchè per effetto delle medesime l'attore perde le spese del giudizio, il tempo impiegatovi, ogni sperato frutto dei patiti disagi, tutti i beneficii che forse aveva acquistati nel procedimento da lui sostenuto, e massime le prove a cui già si fosse proceduto, e potrebbe in ultimo ben anche succedere che perdesse la stessa azione di merito, la quale tolto di mezzo come non avvenuto il giudizio che aveva interrotto la prescrizione, potrebbe risultare prescritta. Si hanno dunque per appellabili anche le dette sentenze.

Scendendo alle sentenze interlocutorie, e ragionando prima delle *incidenti* diciamo che, siccome le medesime definiscono una questione, accessoria bensì alle questioni di merito, ma contenente tuttavia un interesse reale e diretto, così possono arrecare un reale pregiudizio a una delle parti a cui per conseguenza dee competere il diritto di appellazione. Le sentenze interlocutorie *stricto sensu* toccano il merito della questione quale in un modo, quale in un altro, o statuiscano sopra domande di provvedimenti interinali, o pronuncino sull'ammissione di prove contrastate ed influenti al merito, o mandino procedersi più ampiamente in causa. Tutte adunque possono inferire un pregiudizio reale, e quindi la loro appellabilità non saprebbe essere rievocata in dubbio.

Rimane a dire delle sentenze preparatorie. E confessiamo che tali sentenze non recano il più delle volte un gravame sensibile. Poniamo che il tribunale abbia senza sufficiente ragione ordinato una seconda comunicazione dei documenti. L'appello, e massime con effetto sospensivo di tutta la discussione del merito, non sarebbe egli un rimedio assai peggiore del male?

Poniamo, che il giudice abbia ordinato ad una delle

parti di dare l'intervento in causa di un terzo, mentre essa pretende, che questa lieve incombenza si dovesse imporre al suo avversario: il gravame riuscirà ancora nella più parte dei casi di poco interesse. Poniamo, che una delle parti pretenda, che non fosse il caso di chiamare il terzo nella causa, e così ritardarne la spedizione. Il pregiudizio possibile già s'accresce d'alquanto.

Se non che hannovi tali sentenze che quantunque meramente preparatorie potrebbero non di meno riescir funeste alla questione di merito, e tale sarebbe quella la quale, essendosi iniziato un giudizio *sommario*, come lo permette la legge in dipendenza di un titolo scritto, ordinasse di continuarlo così, non ostante che sul titolo scritto si sollevino gravissime questioni da richiedere il procedimento ordinario. L'istruzione sommaria potrebbe per avventura togliere al convenuto i mezzi di svolgere compiutamente le sue ragioni ed il tempo necessario per cercare e produrre i voluti documenti.

In tanta varietà di possibili contingenze la legislazione tenne e tener deve una via di mezzo, concedendo bensì il diritto di appellazione, ma sospendendone l'esercizio finchè procedutosi più oltre in causa, sopraggiunga la sentenza definitiva sul merito, od una interlocutoria propriamente detta. Epperò finchè esiste la sola preparatoria è d'uopo procedere ancora in prima istanza; si tiene in riserva il sospeso diritto di appello: La sentenza preparatoria, benchè ancor rinvocabile, ottiene intanto la sua esecuzione: ma intervenendo una sentenza per sua natura e per se sola appellabile, quali sono le definitive e le interlocutorie *stricto sensu*, la parte gravata avrà facoltà di appellare non pure dalla definitiva o dalla interlocutoria ma eziandio dalla preparatoria qualunque sia il

tempo trascorso, e benchè essa abbia di già ricevuto la sua esecuzione. Allora la parte produrrà nel giudizio di appello i documenti non ancora prodotti, e potrà dimostrare per avventura che il tribunale fu condotto ad una sentenza ingiusta per errore di procedura, perchè, ad esempio, ordinando male a proposito di procedere in via sommaria tolse il mezzo di corredare e svolgere convenientemente la causa: ond'è che all'effetto di riparare tutti i pregiudizii incorsi nella rapidità del processo, la parte pregiudicata dovrà essere rimessa in quello stato, in cui sarebbe, se il tribunale non avesse statuito sull'istruttoria della causa in contravvenzione alla legge.

Tale si è, quale lo esponemmo, in ordine all'appello dalle preparatorie il sistema del Codice di procedura civile francese; tale pur quello che si era espressamente accolto presso di noi nel Codice preceduto al vigente; ed il vigente allude ancora allo stesso sistema, ma con formula troppo imperfetta, e forse con qualche variazione di significato, là dove, cangiato il nome di sentenze preparatorie con quello di provvedimenti d'istruttoria, ci viene a dichiarare, che « la esecuzione anche volontaria dei « provvedimenti di mera istruttoria non reca pregiudizio « al diritto ed alle ragioni di chi voglia appellare *da una « sentenza posteriore!* (1) E chi infatti potrebbe dubitarne? Ma appellando contro una sentenza posteriore avrò io il diritto di chiedere il risarcimento del danno inferitomi dal provvedimento d'istruttoria anteriore?

Passiamo all'esame degli altri tre punti sovra proposti, e premettiamo alcune considerazioni che dominano la materia.

(1) Art. 533.

Lo scopo ultimo del processo giudiziario si è quello di giungere ad un giudicato, che nella massima parte dei casi sia la verità, e che *in tutti i casi ha* da tenerne il luogo (*res judicata pro veritate habetur*). Ora la legislazione non ha creduto, che questo scopo si potesse con sufficiente sicurezza raggiungere mediante un solo esame ed una sola sentenza: indi introdusse il principio del *doppio grado di giurisdizione*, che dà all'autorità giudiziaria una costituzione gerarchica, ed è uno dei più essenziali e fermi istituti del diritto giudiziario; il qual principio importa, che ogni questione giuridica subisca un doppio esame, sempre completo e libero, in due successive istanze (istanza di primo grado, istanza di appello). Certamente la parte che soccombe in prima istanza, può *accettare* la sentenza che condanna le sue pretese, la quale in tal caso, confermata (quasi diremmo) da chi avrebbe interesse d'impugnarla e se ne astiene, passa in giudicato, come se fosse confermata in appello; ma se l'interessato che rimase soccombente nel primo esperimento, chiede il secondo esame, come la legge gliene dà il diritto assoluto, la sentenza di prima istanza si ha *intanto* come annullata, « *et lis redigitur* (come dicevano i vecchi pratici) *ad terminos litis contestatae* » cioè in quello stato in cui era, quando prima fu proposta l'azione e costituito il tema del giudizio, e in vecchio linguaggio, quando *fu contestata la lite*. Perciocchè la questione si ha da esaminare di nuovo, liberamente e compiutamente, e la *verità legale*, quella decisione giudiziaria, che per propria e sola virtù *pro veritate habetur*, è posta in cima a questo ripetuto esame e al giudizio che in secondo grado sarà pronunciato dal tribunale di appello.

Posto il principio, vediamone le conseguenze relativa-

mente ai tre punti suddetti — qual sia l'effetto dell'appellazione legalmente introdotta — quale la forma di procedere nella seconda istanza — quali i poteri del tribunale di appello.

L'effetto della appellazione è, come suol dirsi, *devolutivo* e *sospensivo*, cioè *devolve* la causa intiera al secondo esame, e intanto *sospende* pienamente ogni effetto della prima sentenza. Perciocchè di fronte ad un secondo esame, libero e compiuto come il primo, svanisce necessariamente ogni vincolo di sentenza: potrà bensì rivivere quella già profferita, se verrà confermata in grado di appello, e la conferma potrà avere una forza retroattiva, massimamente per l'effetto della ipoteca giudiziale, la quale, in caso di conferma prenderà data e grado dal giorno della prima sentenza, e perciò, a titolo di provvedimento conservatorio concesso anche ai diritti semplicemente sperati e condizionali, si potrà iscrivere anche pendente l'istanza di appello; ma posta la questione se, pendente l'istanza di appello, la sentenza di primo grado produca un *diritto od un effetto attuale*, rispondiamo, che per la virtù chiamata *sospensiva* dell'appellazione, la sentenza di prima istanza si ha intanto come se non fosse avvenuta.

Nè a questi concetti si oppone il principio, certissimo in legislazione, a tenor del quale il tribunale di prima istanza nei casi di urgenza, o di pericolo nel ritardo ha facoltà di ordinare la provvisoria esecuzione della sentenza benchè ancora soggetta ad appello. Perciocchè se anche pendente il primo giudizio, quando la questione è affatto immatura a decidersi, tuttavia l'urgenza impetra talvolta *provvedimenti provvisionali*, qual meraviglia, che, già chiuso il primo esame, e profferita una prima sentenza, la presunzione di verità che l'assiste, e l'urgenza

e il pericolo valgano ad ottenere un provvedimento consimile?

Quando si procede all'esecuzione di un giudicato, se si sollevano questioni sulla intelligenza del medesimo, o sopra eccezioni di pagamento, od altri fatti posteriori, da cui l'effetto del giudicato si dica modificato od estinto, gli è ben mestieri che il giudice ne prenda cognizione, e sospenda gli atti di esecuzione; ma quando abbia dichiarato insussistenti le opposizioni, se l'appello (sempre concesso anche da tali sentenze) avesse effetto sospensivo, egli è palese, che la esecuzione dei giudicati diventerebbe impossibile; perciocchè anche sul giudicato di appellati potrebbero eccitare nuove questioni, *immaginando* nuovi fatti e nuove eccezioni anche in onta alla più manifesta evidenza in contrario, e così di sospensione in sospensione, dalla prima passando alla seconda istanza, e poi tornando ancora alla prima, la esecuzione sarebbe (torniamo a dirlo) resa impossibile. Gli è dunque strettamente necessario, lo esigono la logica e il rispetto dovuto al diritto e all'autorità, che il tribunale, anche di prima istanza, abbia facoltà di dare provvisoriamente immediata esecuzione non ostante appello a quelle sentenze che abbiano per base e per oggetto l'esecuzione di un giudicato anteriore. E questo è pure in legislazione principio certo ed incontrastabile.

Si può dubitare delle sentenze di primo grado fondate sopra un atto autentico, od una scrittura privata già riconosciuta nella firma, che tra le parti ha la stessa forza di un atto pubblico.

Dove si supponga, che l'atto pubblico sia rivestito della *forma esecutiva*; — che il medesimo riunisca tutte le condizioni intrinseche di un *titolo esecutorio*; — e che di fatto il creditore sia già proceduto *in via di esecuzione*, e

il tribunale sia stato investito della cognizione di un'eccezione in via di opposizione incidente al procedimento esecutivo, ben si può ammettere per considerazioni consimili a quelle testè accennate, che il tribunale abbia facoltà di ordinare l'esecuzione provvisoria, non ostante appello, della sentenza che risolve l'opposizione incidente. Perciòchè il *titolo esecutivo contrattuale*, quando concorrono tutte le forme e condizioni richieste, è pareggiato a quello che emana dal giudice.

Ma se all'incontro il creditore stesso procedette in via di semplice azione, ed iniziando una causa vi produce un atto autentico, od una scrittura di firma riconosciuta, qual semplice *documento probante*, sono tante e sì varie le contestazioni plausibili, ragionevoli, complicate, e di mala-gevole soluzione, che ad onta di quel documento possono intralciare la causa (o perchè s'impugni la validità del contratto per vizi intrinseci, o si tratti d'interpretarlo, ovvero di liquidazione di somme, o infine appariscano fatti posteriori che immutino lo stato giuridico già costituito da quel titolo primitivo), che la facoltà *assoluta* data al tribunale di prima istanza di sottrarre anche solo provvisoriamente la sua sentenza *alla legge del doppio grado*, ci pare un sistema ripugnante ai principii fondamentali della materia. Gli è vero che in pratica ai titoli autentici e alle scritture private di firma riconosciuta più spesso si oppongono eccezioni di mala fede, destinate solo a ritardare l'attuazione dei diritti altrui, e che talvolta il creditore potrebbe grandemente soffrirne; epperò ammaestrati dalla esperienza noi ammettiamo con pienissima convinzione, che il tribunale debba ricevere dalla legge qualche potere in proposito. Ma crediamo che la legge debba comporre e *limitare* la sua formola in modo da esprimere chiaramente:

1° Che il tribunale debbe usare del suo potere con prudente riserva, pensando che non si tratta già di tutelare in modo assoluto l'autorità di un precedente giudicato, respingendo le rinascenti opposizioni, come nel caso superiormente discorso, ma piuttosto si tratta di dare un provvedimento straordinario e di eccezione onde prevenire un danno, che seguendo l'ordine comune di cui una delle parti abusa, si teme ne derivi all'altra.

2° Che perciò il tribunale nel concedere l'esecuzione provvisoria solo perchè la domanda si fonda ad un atto autentico, debba prendere in considerazione la natura delle questioni insorte, la buona o la mala fede, la condizione delle persone e i danni del ritardo lamentati dal possessore del titolo, e possa, trattandosi di valori considerevoli, ordinare l'esecuzione interinale anche *solo per una parte*, cioè in corrispondenza al presunto bisogno, a cui vuolsi provvedere.

La legge francese parificando casi che dipendono da principii diversi, e non prevedendo che nella ipotesi stessa di un giudicato in via di esecuzione possono sorgere gravi e ragionevoli contestazioni o per l'oscurità delle disposizioni del giudicato o per fatti posteriori, prescrive con formola imperativa, che i tribunali *debbano* ordinare l'esecuzione provvisoria, tuttavia che la domanda sia fondata ad un atto autentico, ad una scrittura riconosciuta, o ad una sentenza passata in giudicato. Eletti ingegni ricamarono: ma sopraffatti forse (come suole avvenire) dalla imponente autorità della legge, circoscrissero il richiamo a termini moderatissimi, sol domandando, che la esecuzione provvisoria nei detti casi fosse *una facoltà* dei tribunali, non un ordine categorico, assoluto, indistinto della legge medesima. Nelle antiche provincie del regno, gli autori

del Codice di procedura civile preceduto al vigente, avevano copiato il testo della legge francese: gli autori del vigente Codice già fecero molto sostituendo il *potranno* al *dovranno*. Pare a noi, che sia ancora da fare un passo innanzi, separando i casi secondo i principii, e le facoltà regolari da quelle straordinarie ed eccezionali, e che sia in sostanza da dichiarare:

1° Che si *potrà* ordinare la esecuzione provvisoria di una sentenza, la quale si appoggi ad una precedente sentenza passata in giudicato, ovvero ad altro titolo pubblico rivestito di tutte le forme e condizioni di un titolo esecutivo, sul fondamento del quale siasi proceduto in via di esecuzione:

2° Che in *vista* di *circostanze* e *bisogni speciali* il tribunale, usando di questa facoltà con molta riserva, potrà ancora ordinare la esecuzione provvisoria della sentenza *in parte ed anche in tutto*, se la domanda sarà appoggiata ad atto autentico o a scrittura privata riconosciuta.

Riflettiamo, che se la legge attuale non scende a tali distinzioni, e se anche le medesime fossero omesse nel futuro Codice, come soggetto di dottrina anzichè di legge, tuttavia i tribunali dovrebbero a nostro avviso usare in pratica del loro potere discrezionale secondo lo spirito delle distinzioni suddette.

E intanto torniamo al nostro tema, da cui ci dipartimmo un istante per tener dietro ad una traccia legislativa.

In qual forma si debbe procedere nell'istanza di appello?

Il concetto, che l'istanza di appello sia destinata solo a correggere l'errore del primo giudice, è un errore di

qualche scrittore e di qualche legislazione. Il vero è, che la detta istanza dee servire anche a svolgere più compiutamente tutti gli elementi della questione, sulla quale si avrà finalmente a pronunziare un giudicato irrevocabile. Il *preavviso* (sentenza appellabile) dei primi giudici serve ai difensori delle parti come di esperimento *dell'impressione*, e *dell'effetto* che la causa, quale si è potuto svolgere nel primo esame, farà sul criterio del giudice: e da questo esperimento sorgono bene spesso nuovi punti di vista, nuovi aspetti della controversia, idee prima non avvertite, il bisogno di maggiori spiegazioni, dove si sia scoperta una pietra d'inciampo, l'opportunità di produzioni e di deduzioni suppletive. Oltrechè nuovi documenti possono trovarsi, che in prima istanza non si avevano ancora, e se il giudicato irrevocabile precluderà la via anche alle carte nuovamente trovate per la suprema necessità di porre un termine alle controversie, il rigore della necessità vuol essere compensato da ogni agevolezza finchè dura l'esame e l'ultima parola non si è ancora profferta. Per la qual cosa, ritenuti i documenti, le prove, e tutti gli elementi già acquistati in prima istanza, l'istruzione del processo, la ricerca, lo svolgimento degli elementi della causa saranno con pienissima libertà continuati nel secondo esame (*non producta producam, non probata probabo*), e qualunque difesa pria non avvertita ed omessa, *verbigrazia* l'eccezione di prescrizione, e qualunque altra eccezione o difesa perentoria, di cui in prima istanza non siasi fatta parola, sarà ancora ammissibile: perocchè tutto questo appartiene *alla causa* che dal primo si è devoluta al secondo esame, e se sopraggiungono nuovi mezzi di più giustamente risolverla, lungi dal doversi respingere, vi si debbono anzi accogliere con premura, siccome quelli che

appunto adempiono il voto del procedimento che si continua.

Che se tale è la natura e lo scopo della seconda istanza, la questione della forma va risolta in due parole. La forma processuale della seconda istanza è quella medesima che regge la prima: perocchè nella seconda occorrono egualmente la questione principale, e le questioni incidenti, e per tutte occorrono gli elementi di fatto, e di diritto, e per gli elementi di fatto occorrono i documenti, le proposte di prove, e i procedimenti probatorii colla istruttoria scritta, e col dibattimento orale, e infine colla diversa natura di processo ordinario o sommario, o sommarissimo secondo la qualità delle materie, e delle questioni principali o incidentali. Così, come abbiamo altrove accennato, il secondo giudizio è il *similare* del primo, certamente più breve se il primo fu meglio maturato, ed anche talvolta più lungo e nelle singole sue parti più sviluppato del primo, che per qualunque motivo od accidente sia riuscito imperfetto.

Ma scendiamo finalmente all'esame dell'ultimo punto: quali sono i poteri del tribunale di appello?

La formola di taluni, che i poteri del tribunale di appello siano limitati a conoscere delle questioni risolte nella sentenza dei primi giudici è una formola affatto erronea. Perocchè se il secondo esame è destinato a trovare, a produrre e svolgere nuovi mezzi, e nuove eccezioni, necessariamente i poteri del giudice di appello si deggiono estendere alle nuove questioni che ne emergono, quantunque su tali mezzi e su tali questioni non state proposte in prima istanza i primi giudici non abbiano potuto statuire. Così poniamo, che sia recata in appello una interlocu-

toria: se una delle parti propone d'un tratto un'eccezione perentoria (prescrizione, cosa giudicata e simili), che risolva ad un tempo colla questione incidentale la causa intera, il tribunale di appello dovrà conoscerne, ed accogliendola; deciderà il merito con sentenza definitiva. A più forte ragione diremo, che il giudice di seconda istanza risolverà tutte le questioni, che già quello di prima istanza allo stato degli atti avrebbe dovuto risolvere, e tuttavia non abbia risoluto. Poniamo: si ammette una prova in primo grado, in appello si rigetta la prova, e decidendosi sulla eccezione perentoria già opposta in prima istanza, si fa quello che il primo giudice doveva fare e si statuisce sul merito. Così pure se in prima istanza il convenuto è *assolto dall'osservanza del giudizio*, il tribunale di appello tenendo il giudizio per sussistente, e ritenendovi il convenuto, farà nel medesimo tempo quello che i primi giudici dovevano fare, e statuirà sul merito se lo trova maturo ad essere definito.

Tuttavia negli incidenti sulla competenza avviene il contrario. Posto, che il tribunale si dichiari incompetente senza ragione, la corte di appello ristabilisce la competenza e deve rinviargli la causa per la decisione del merito. Ciò accade per la natura strettamente pregiudiziale delle questioni di competenza: non essendo le parti tenute a *maturare la questione di merito*, mentre pende la questione pregiudiziale sulla competenza, propriamente il giudice di appello statuendo sulla competenza, non trova la questione di merito matura a decidersi, o almeno non ha diritto di crederla tale.

Infatti ed in generale la legge del doppio esame non permette, che il tribunale di appello ritenga *l'istruzione processuale* sopra una questione che abbisogni di essere

istrutta e non lo sia stata in prima istanza. Così il tribunale di appello chiamato a riparare una sentenza di prima istanza che assolve indebitamente il convenuto dall'osservanza del giudizio, abbiamo detto che decide contemporaneamente il merito *se lo trova maturo*: ma in caso diverso nè lo decide, nè ritiene la causa per essere ulteriormente *istrutta*, ma la rinvia alla sede del primo esame. Così pure (invertendo una delle ipotesi sovraposte) il tribunale d'appello giudicando necessario un procedimento probatorio ed una ulteriore istruzione dove il primo giudice aveva creduto poter decidere definitivamente allo stato delle cose, oppure aveva ordinato *un'altra specie di prova*, *l'ulteriore istruzione processuale* dovrà rinviarsi ancora alla sede del primo esame. Che se il giudice di appello conferma semplicemente e in ogni sua parte la interlocutoria o altra incidentale qualunque del primo giudice, egli è manifestissimo, che la ulteriore istruzione processuale in esecuzione della confermata sentenza dovrà ancora rimettersi al primo giudice: perciocchè la conferma pura e semplice della interlocutoria dimostra, che il processo del primo esame fu coll'appellazione indebitamente interrotto: esso dunque deve riprendersi nel medesimo stato e nella medesima sede.

Tali sono le norme di ragione che governano i poteri del tribunale di appello: esse si osservano in tutti i casi, in cui non consti positivamente che vi sia derogato per legge.

Concludiamo con un riflesso risultante dai principii che abbiamo posti, e dalle applicazioni che ne abbiamo fatte.

Il primo esame della questione giuridica concluso con una sentenza di primo grado ora si chiama *giudizio*, ed

ora si considera qual semplice istanza in primo grado, cioè a dire qual parte dello stesso giudizio che si prosegue dinanzi al giudice superiore. Infatti se la parte soccombente *accetta* la sentenza, ne risulta che il processo del primo esame fu un vero e compiuto giudizio, terminato qual è da un giudicato dell'autorità giudiziaria, nulla rilevando che la sentenza sia passata in giudicato per l'aggiuntasi accettazione dell'interessato. Ma se l'interessato non accetta la sentenza, se questa intanto svanisce, e si prosegue l'esame della stessa questione giuridica, evidentemente il giudizio passa dal primo al secondo stadio, e continua: l'istanza di appello è la continuazione della causa che passò e doveva passare in un primo stadio. Epperchè se vi si ammettono ed anzi vi si desiderano tutti i mezzi anche nuovi, atti a svolgere, a chiarire, a meglio decidere *la medesima causa*, non è permesso giammai introdurre una *nuova causa*, una *nuova domanda*: la stessa legge del doppio esame lo vieta.

CAPITOLO VII.

Della domanda di Cassazione.

Il giudizio iniziato in prima istanza si prosegue nella istanza di appello e si termina col *giudicato* che ne emana. La domanda di cassazione, che pur la legge riserva contro il *giudicato* del tribunale di appello, non prosegue un giudizio già terminato: essa è un rimedio straordinario, contraddistinto dai seguenti caratteri:

1° A reprimere la temerità o la troppa facilità dei ricorsi la legge prestabilisce una multa a cui dee necessariamente essere condannato l'attore, il quale soccomba nel nuovo e straordinario giudizio di cassazione;

2° Non ostante il ricorso e la pendenza del giudizio di cassazione, il *giudicato* conserva intanto la sua piena efficacia: non ne è sospesa l'esecuzione: il ricorso non ha effetto *sospensivo*;

3° Il *giudicato* s'impugna per violazione e falsa applicazione della legge, non per allegazione di errori di mero fatto. Nelle pure questioni di fatto il tribunale di appello decide sovranamente la controversia, *se vi è controversia*;

4° La Corte di Cassazione o rigetta la domanda, se riconosce la sentenza conforme *alle regole di diritto*: ovvero annulla la sentenza, in cui la legge ossia la regola giuridica sia stata violata o falsamente applicata. Ma an-

che in quest'ultimo caso si astiene *dal giudicare la causa*, la quale è rinviata ancora ad un altro tribunale della medesima qualità e dello stesso grado, ed è rinviata in quello stato in cui era la causa stessa prima che si proferrisse l'annullata sentenza: così il tribunale di rinvio tiene dalla legge nel decidere la causa rinviatagli quella piena libertà di giudizio, che aveva il primo tribunale del quale fu cassata la decisione. Diremo fra un istante la ragione e le conseguenze di una tal libertà: intanto avvertiamo, che l'instituzione del giudizio di cassazione contro un giudicato, già priva di effetto *sospensivo*, propriamente non ha nemmeno l'effetto *devolutivo*.

La formola della legge sulla competenza della Corte di Cassazione, cioè sui titoli di ricorso alla sua giurisdizione esprime testualmente la *violazione e la falsa applicazione della legge*. Però la violazione e la falsa applicazione della legge si *compenetrano*, e sopra entrambe primeggia la falsa interpretazione: onde avviene, che l'interpretazione della legge, e l'ufficio di correggere qualunque errore, di rettificare qualunque deviazione dalla norma legale si appartengono in tutta la loro pienezza alla giurisdizione della Corte Suprema: e poichè l'interpretazione delle leggi civili presuppone i principii generali di ragione, dai quali come la legislazione civile emanò, così la interpretazione dee sempre pigliare le mosse, ne emerge ancora, che i principii generali di diritto rientrano anch'essi in quella cerchia in cui si esercita il giudizio della Corte di Cassazione.

La violazione della legge è *diretta* o *indiretta*: e la violazione *indiretta* assume ancora due forme: essa è o *analogica* o *conseguenziale*: denominazioni queste, che noi ci permettiamo per brevità di linguaggio e per meglio

segnare le idee, che in questo tema si sono singolarmente confuse.

Se la legge dichiara di pieno proposito ed espressamente un principio, ovvero fa testualmente un comando o divieto determinato, quel giudice che tenga un principio contrario, o disponga contro l'espresso divieto o comando, commette una *violazione diretta* della legge.

Spessissimo accade nella legislazione civile, che un principio di diritto, non dichiarato dalla legge nella sua propria formola espressa ed universale, si trovi tuttavia tacitamente presupposto, applicato ad un caso particolare, accennato per analogia. Quella sentenza, che tenga un principio contrario a quello risultante per indiretto, per induzione, per analogia dalle disposizioni della legge, commette una violazione non già espressa, diretta, testuale della legge, ma sì indiretta (che noi chiamiamo *analogica* per distinguerla da un'altra specie di violazione indiretta, che chiameremo *conseguenziale*).

Poniamo un esempio, che si riproduce frequentissimo negli annali della giurisprudenza della Corte Suprema, e per cui si rivela quanto largamente si estenda la cerchia di quel titolo di cassazione che si desume dalla violazione indiretta, analogica.

Un testo del Codice civile (1) dispone così « quegli
« che domanda l'esecuzione di una obbligazione dee
« provarla : colui che pretende di essere stato liberato
« dee dal suo canto giustificare il pagamento o il fatto
« che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione ». Ora questa dichiarazione non è che l'applicazione ad una specie di casi di un principio superiore e molto più ge-

(1) Art. 1408.

nerale, la di cui formola dottrinale è la seguente. « Que-
« gli che allega un fatto *od un non fatto*, onde nascerebbe
« una mutazione nello stato giuridico attuale, dee darne
« la prova ». Armata di questo principio la dottrina di-
scorre le varie forme dei casi civili, e ne deduce i rela-
tivi canoni di diritto probatorio, ratterrandoli con
regole subordinate di pratica applicazione, imposte dalla
necessità: onde sorge un sistema compiuto di principii e
di regole risolvienti la questione generale, *a chi incumba
nelle varie situazioni delle controversie giuridiche il carico
della prova* (1). Ora una sentenza che contravvenga in
qualche modo ai principii di ragione relativi all'obbligo
della prova in tutt'altra forma e situazione che non sia
quella dell'articolo 1408 del Codice, sarà dessa soggetta
a cassazione? La giurisprudenza risponde affermativa-
mente. E qual sarà la legge violata? La giurisprudenza
se ne appella sempre all'articolo 1408: e chi biasimasse
questa giurisprudenza mostrerebbe di non comprendere,
che i canoni di diritto probatorio, benchè solo accennati
con imperfetta analogia dal citato articolo, sono i princi-
pali regolatori delle controversie giuridiche, e una fra le
prime guarentigie della vita civile.

La violazione della legge indiretta, che noi chiamiamo
conseguenziale ha luogo quando la sentenza non contrad-
dice a un testo espresso di legge, nè ad un principio
che si possa dedurre da una legge per argomento di ana-
logia, ma partendo da falsi principii che la ragion civile
condanna sia stata condotta nelle sue ultime *conseguenze*
ad applicare una legge, che, *giudicando meglio a tenore dei
principii la questione in litigio*, non avrebbe dovuto applicare

(1) *Logica del diritto*, P. I, cap. 15.

e a trasgredire la vera legge applicabile. Indichiamo le principali forme di questa specie di violazione indiretta:

1° Nelle questioni transitorie, poniamo: non cade in controversia nè il senso della legge anteriore, nè quello della legge sopravvenuta, e solo si disputa nel conflitto da quale delle due leggi si debba intendere regolato l'affare o il caso di cui si tratta. Una sentenza sbagliando i principii generali della materia o male applicandoli decide doversi regolare il caso a norma della legge attuale, dove, poniamo, bene intendendo e bene applicando i veri principii della materia l'affare doveva ritenersi come pienamente soggetto alla legge anteriore. Contro questa sentenza parrebbe a prima giunta inammissibile la cassazione, perchè la controversia cadeva tutta sui principii e sulla loro applicazione, non sulle disposizioni nè sulle induzioni dell'una o dell'altra legge. E il medesimo dubbio ritorna nei conflitti di diverse legislazioni in ragione di luogo. Non si disputa (poniamo) sulle disposizioni di una legge francese o di una legge italiana relative alla stessa materia, ma si controverte sul punto, se l'affare di cui si tratta soggiaccia, *a tenore dei principii del diritto internazionale privato*, all'impero dell'una anzichè dell'altra legislazione. La sentenza che sbaglia i principii e sia condotta nella sua ultima conseguenza ad applicare la legge non applicabile *a tenore dei principii*, e a trasgredire quella che le regole di ragion giuridica internazionale segnavano siccome la sola applicabile, sarà dessa soggetta a cassazione? In questo caso, identico nella sostanza col precedente, la giurisprudenza risponde affermativamente. In consimili casi sarà dunque cassata la sentenza *per error di diritto* e per violazione di legge, indiretta *conseguenziale*;

2° La legislazione distingue e soddistingue i generi, le specie, e le varietà dei diritti, e soprattutto degli atti contrattuali, o testamentarii, quasi-contrattuali, delittuosi, quasi-delittuosi, segnando norme diverse ai generi, alle specie, alle varietà. Ma la vita pratica non sempre si accomoda esattamente alle definizioni legali, ed emergono molti atti d'incerta classificazione, o di carattere misto, di tal natura insomma, che sulla disputa nulla possano i testi della legge, e tutto dipenda dai principii generali della ragion civile. Una sentenza che in simili controversie abbia mal risolta a tenore dei principii la questione di classificazione, e del carattere semplice o misto di un atto, che abbia insomma sbagliato i principii di ragione nella ricerca della legge applicabile al caso, e siasi condotta *consequentemente* ad applicare una legge non applicabile, dovrà essa soggiacere alla giurisdizione e alla censura della Corte Suprema? Sì di certo a norma di una costante giurisprudenza, quantunque nelle figurate condizioni il caso dipenda interamente dai principii generali, e nulla sarebbe a ridire sul senso e sull'applicabilità della legge, qualora fosse inattaccabile la risoluzione della questione di principio. Ella è dunque la questione di principio, che propriamente si deferisce alla cognizione della Corte Suprema, e la violazione della legge non è che indiretta *consequenziale*. E questo titolo di cassazione, il quale non è altro in sostanza che *un errore di diritto*, ebbe un nome dalla giurisprudenza: fu detto *travisamento del contratto, del testamento, del quasi-contratto*;

3° La parola dell'uomo (nei contratti e nei testamenti) talvolta suona chiara e precisa; tal altra volta riesce ambigua o indeterminata. Nel primo caso, — *cum in verbis nulla ambiguitas est, non est admittenda voluntatis*

quaestio — così vuole una regola di diritto. Tuttavia per la infermità dell'umano pensiero, e la imperfezione dell'umano discorso talora accade, anche nei discorsi *materialmente* chiari e rigorosamente determinati, si sia *plus scriptum*, ovvero *minus scriptum quam cogitatum*: ondechè la interpretazione *estensiva* o *restrittiva* non venne assolutamente respinta, ma sì sottoposta a condizioni, e particolarmente a questa, che non per semplice *probabilità* si possa conghietturare la volontà contraria ad un testo chiaro, ma per prove certissime e pienissima convinzione del giudice sia dimostrato, che la parola, quantunque in se stessa chiarissima, non risponde alla vera intenzione (1). In simili condizioni una sentenza può sbagliare in più modi: discorriamo alcune ipotesi: A — Il giudice riconosce i principii, ed esaminando il fatto si dichiara *pienamente convinto dell'intenzione contraria alla lettera*, ovvero dichiara in senso inverso, che gli argomenti dell'*intenzione* non dileguano ogni dubbio nell'animo suo, e che quindi in virtù appunto dei suddetti principii il testo chiaro e preciso dell'atto dee prevalere sulle contrarie probabilità. Questa sentenza ridotta così all'estimazione del puro fatto, e risolvendo la questione del fatto *secondo i termini*, in cui viene formulata dai principii di ragion civile, non cade sotto la giurisdizione della Corte di cassazione. B — Il giudice tenendo un principio falso si fa a giudicare la questione di fatto secondo una falsa formola di diritto, e credendo, che una disposizione testamentaria o contrattuale, testualmente chiara e precisa debba cedere anche di fronte a semplici conghietture *secondo il prudente arbitrio di chi giudica* senza punto inquietarsi di piena prova

(1) *Logica del diritto*, P. II, cap. ult.

e di certezza morale, sostituisce una sua disposizione arbitraria a quella che sta letteralmente scritta nel contratto o nel testamento. Qual sarà la sorte di tali sentenze? A tenore di una costante giurisprudenza, saranno annullate, e l'annullamento avviene evidentemente per *errore di principio* conducente nella sua ultima conseguenza alla violazione di quella legge generalissima la quale impone l'osservanza delle convenzioni e dei testamenti. In verità gli antichissimi — *pacta servabo — uti legassit ita jus esto* — non cadono per se stessi in questione: ma la giurisprudenza non cessa di appellarsene al testo moderno che sanziona siffatte regole elementari; e così ancora in questa specie di casi annulla le sentenze *direttamente per un vero errore di principio*, e indirettamente per una violazione di legge puramente *conseguenziale*. Questo novello titolo di cassazione fu pur detto *travisamento*: onde risulta (congiungendo le due specie) (1) che il travisamento qual titolo di cassazione non è sostanzialmente che un *errore di principio*, per cui l'atto viene falsamente qualificato (tradotto da specie a specie), ovvero pregiudicato nella sua disposizione senza la prova giuridica di contraria intenzione. C — Il giudice crede doversi attribuire un valore assoluto e perentorio alla regola — *cum in verbis* — e rigetta siccome inammissibile qualunque esame, qualunque prova della volontà contraria. Sarà un nuovo errore di principio in senso inverso del primo: uno conduce a *violare*, l'altro a falsamente applicare la legge del contratto. Adunque come l'uno, così l'altro debbono costituire un titolo di cassazione. D — Accenniamo per ultima ipotesi il caso in pratica più frequente. Il giudice trovandosi

(1) V. il n° precedente.

a fronte di una disposizione testualmente chiara e precisa di un contratto o di un testamento, *rigetta* od *ammette*, secondo che gli pare, gli argomenti di contraria volontà, *senza dichiarare nè indicare i principii che abbiano guidato il suo criterio*: e allora si presumerà che il giudice abbia conosciuto i principii di ragione, ed abbia giudicato la questione di fatto *sulla formola dei medesimi*, amenochè abbia anteposto le presunzioni alla disposizione testuale, e nella specie la *manifesta insufficienza* delle presunzioni renda *manifesto*, che il criterio del giudice fu guidato da un falso principio: nei quali casi sottentra di nuovo l'aperta violazione della legge contrattuale;

4° Che se la parola dell'uomo (nei contratti e nei testamenti) suona ambigua o indeterminata, la decisione risolutiva del dubbio, sarà ella mai censurabile in cassazione? Nella risoluzione dei dubbii il giudice dee sempre pigliar le mosse da una norma giuridica certa, dovunque ciò sia possibile. Ora noi sappiamo, che ogni specie di contratti ha la *sua natura legale*, cioè un complesso di condizioni normali (*naturalia contractus*) le quali non abbisognano di una stipulazione espressa, e *sussistono di diritto finchè non sia provata la deroga per patto speciale*. Se il giudice riconoscendo le condizioni normali e la necessità di una prova certa per derogarvi, apprezza il fatto, e dichiara in uno od altro senso la sua intima convinzione, ovvero se senza dichiarare nè indicare i principii, che si presumono conosciuti dal giudice risolva comunque la questione di apprezzamento, dove le circostanze non dimostrino manifestamente un errore di principio, la decisione della questione di mero fatto non cade sotto la giurisdizione della Corte di Cassazione. Ma se il giudice disconosce le condizioni normali, e segue senza regola *una probabilità arbi-*

traria avrà violato quel testo di legge che definisce la natura del contratto sul punto controverso, *ovvero i canoni di diritto probatorio appagandosi di conghietture dove si richiede una prova certa*; e la sentenza cadrà sotto la giurisdizione anzidetta.

Ma di minuti particolari abbiamo detto abbastanza: e rechiamoci piuttosto ad un punto di vista superiore, che domina tutto il sistema.

Nel primo entusiasmo della *codificazione* si è creduto, che tutto il diritto si sarebbe potuto formulare e racchiudere in leggi *semplici e chiare* (1). Ma una lunga esperienza, e un saggio apprezzamento delle opposizioni della scuola storica ci devono aver convinti, che la *codificazione* non reca questo impossibile risultato. La *codificazione* *rivede e riordina le leggi positive, che hanno per fondamento diretto l'UTILITAS, ovvero il bisogno della certezza legale: proclama nel rimanente il libero esame delle tradizioni e dottrine del passato, e l'indipendenza della ragion civile, indirizzandola nel nuovo e lungo cammino colle principali e più ovvie regole giuridico-razionali tradotte in formole legislative.* Così rimane qual più copioso e puro fonte del diritto privato la giurisprudenza e non solo quella, che interpreta i testi di legge, ma quella ancora, che interpreta ed applica i principii di ragion civile, e come l'una, così l'altra vuol essere *unificata*, acciocchè tutti i cittadini siano eguali davanti alla legge e *avanti il diritto*. E poichè la Corte di Cassazione è per l'appunto quella istituzione centrale, in cui la giurisprudenza si unifica, ne concludiamo, che la vera formola della sua competenza, quella che meglio risponde alla pratica sorta dalla necessità, dalla forza

(1) Decreto della Costituente dell'89, del 16-24 agosto 1790, art. 19.

irresistibile delle cose, quella che colla sua franca verità torrebbe di mezzo molti arbitrii e molte oscillazioni, sarebbe una formola che assoggettasse alla giurisdizione regolatrice tutte le sentenze civili *per violazione di legge e per errore di diritto*.

Sta nell'essenza delle Autorità giudiziarie, che esse non rendano conto delle loro decisioni fuorchè alla loro coscienza. Eppure la legge vuol essere tutelata contro l'errore e contro l'arbitrio. Ora una Corte Suprema, giudice del diritto, che non rende conto delle sue decisioni a verun potere del mondo, non potrebbe ella inclinare al dispotismo, anteporre talvolta il suo arbitrio alla legge? Nel grado elevato, in cui è collocata, nella piena coscienza dell'alta sua missione sociale la Corte Suprema merita la fiducia del legislatore; ma la dignità stessa della legge, e la sicurezza civile domandavano *una garanzia reale*, indipendente dalla coscienza e dal buon volere delle persone.

Le garanzie legali e costituzionali non negano, ma promuovono la fiducia: così il sistema rappresentativo è una *garanzia*, ma non reca ⁱⁿingiuria alla monarchia, e promuove la fiducia reciproca. Adunque a similitudine dell'ordinamento costituzionale, nel quale un potere politico è contrapposto ad un altro potere della stessa natura, si pensò nell'ordinamento giudiziario che per garanzia reciproca e per mantenere illesa per ogni rispetto la supremazia della legge si dovesse contrapporre giurisdizione a giurisdizione, cioè le Corti di Appello alla stessa Corte di Cassazione. Indi trasse origine il principio menzionato più sopra, principio fondamentale nel sistema della cassazione, a tenor del quale la Corte Suprema, annullando la sentenza non *giudica* ma *rinvia* la causa ad un'altra Corte di Appello, che conserva pienissima libertà di giudizio, e potrà

decidere anche contro l'opinione spiegata dalla Corte di Cassazione, e sollevare un vero conflitto. Ma di tale conflitto dove trovare il sovrano giudice? La legislazione francese tentò tutte le prove e lo cercò nel potere legislativo, indi nel potere esecutivo, e persino nelle stesse Corti di Appello, quando stabilì e tenne per un tempo, che nel dissenso tra la Corte di Cassazione e due Corti locali una terza Corte di Appello decidesse sovraneamente: infine la legislazione si ridusse a chiamare giudice sovrano del conflitto le *sezioni riunite* della stessa Corte Suprema, cioè un collegio composto *solo in parte* di giudici nuovi, e tutti appartenenti al medesimo Corpo. E quest'ultimo sistema tenne anche la nostra legge: sistema imperfetto da un lato, benchè sott'altro aspetto la preponderanza della Corte Suprema possa essere un bene. E pur bisogna appagarsi del possibile negli umani istituti, e rassegnarsi alle imperfezioni, conseguenza necessaria dei limiti che circoscrivono d'ogni intorno l'umanità.

•

CAPITOLO VIII.

Della domanda di revocazione.

Ad ogni controversia giuridica è prestabilito un solo giudizio, e questo riceve il suo compimento, e trova un *termine assoluto* nel giudicato, dopo il quale ogni discussione, ogni prova in contrario per qualsiasi documento diventa impossibile:

« Singulis controversiis singulas actiones, unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inextricabilem faciat difficultatem » così i Romani giureconsulti.

Un tempo la legislazione ammetteva, che per documenti *nuovamente scoperti* fosse luogo a un nuovo giudizio di *revisione*. Ne avveniva spesso, che la parte soccombente cercasse *nuove carte*, poco od anche nulla influenti, ed allegando di averle *nuovamente trovate* riaprisse una controversia già terminata e tentasse ancora una volta la fortuna giudiziaria. Nelle quali emergenze si faceva più assegnamento sulla mutabilità delle opinioni, sul favore e diverso parere di nuovi giudici, e talvolta sopra un estremo sforzo d'intrighi anzichè sulle *carte nuovamente trovate*, le quali servivano di pretesto. Bene adunque e saviamente provvede alla stabilità dei giudicati la legislazione attuale, che non ammette alcuna domanda di revisione per

nuovi documenti, quantunque si allegasse, e si offrisse anche provarne la scoperta posteriore alla prolazione del giudicato. Dover bastare la garanzia del doppio esame e la libera facoltà di provare e produrre anche nella istanza di appello, *probabili ratione placuit*.

Tuttavia hannovi certi casi, in cui è d'uopo rescindere anche un giudicato, così richiedendo la ragione e la giustizia senza che ne scapiti in generale l'autorità delle cose giudicate e la sicurezza civile.

Il giudizio si considera *quasi* come un contratto (quasi contratto giudiziale), col quale le parti *formolando* una questione e *sottomettendola* al giudice, si *sottomettono* preventivamente e nel modo il più assoluto (*però nei limiti della questione proposta*), a quella decisione che sarà dal giudice profferita, con rinunzia ad ogni controversia ulteriore. Ora anche nei contratti i più solenni si sottintende la clausola — *dolum malum abesse, abfuturumque esse* — e per causa di dolo e di frode i medesimi si rescindono. Se dunque avverrà, per una di quelle arti infinite di cui l'umana malizia è sì feconda inventrice, che la sentenza sia *l'effetto del dolo di una delle parti a danno dell'altra*; se in particolare accadrà, che dopo la sentenza siensi ricuperati documenti decisivi, i quali non si fossero potuti produrre prima *per fatto della parte contraria*; il giudicato stesso si dovrà rescindere, e la legge appresta e doveva apprestare in detti due casi un'apposita azione (prima causa di domanda di revoca).

L'azione e la sentenza civile non pregiudicano di regola l'*azione pubblica*. Nulla dunque vieta al Pubblico Ministero di promuover accusa di falso contro il reo di fal-

sità, benchè il titolo da lui fabbricato abbia già servito di base ad un'azione e ad una sentenza conforme in via civile. Che se in effetto nel giudizio criminale il documento sarà dichiarato falso, e il reo sottoposto alla meritata pena, la verità di questa sentenza ha un carattere assoluto e *sociale*, da non potersi lasciar sussistere verun'altra sentenza della stessa autorità giudiziaria, che vi contraddica. Si dovrà dunque rescindere la sentenza civile fondata sopra documenti, che in giudizio criminale furono poscia dichiarati falsi (altro titolo di domanda di revoca dei giudicati). E poniamo, che il giudizio e la sentenza criminale di dichiarazione di falso siano preceduti; e *già il reo stia scontando la pena: la coscienza della Società non può tollerare che sotto verun pretesto, per qualsiasi privato interesse sia di nuovo rievocata in dubbio la verità della condanna penale: la falsità del documento sussiste *adversus omnes*; la relativa dichiarazione è una verità acquisita alla Società: qualunque domanda civile di qualsiasi interessato, che presupponesse *vero* il documento falso resta *inibita*, ogni cognizione giudiziaria interdetta. Se adunque per errore e per ignoranza avverrà che si promuova un'azione, se una sentenza civile intervenga, questa, benchè profferita in ultimo grado, si dovrà rescindere, quando si presenti la sentenza criminale dichiarante la *falsità* del titolo (terza causa di domanda di revoca).*

È ovvio il comprendere, che la domanda di rescissione o di revoca per una delle tre mentovate cause suppone l'esistenza di un *giudicato* irrevocabile in via ordinaria: perocchè dove sia ancora aperta l'istanza dell'opposizione (trattandosi di sentenze contumaciali) ovvero l'in-

stanza di appello, quando si scopre il dolo e la falsità, basterà dedurre i relativi mezzi nel giudizio che ancora si prosegue. Che se adunque si tratta di sentenza di appello, e contraddittoriale, od equivalente per essere scaduti i termini dell'opposizione, l'azione di rescissione per dolo e falsità che allora si scuoprano, a qual giurisdizione dovrà recarsi? Evidentemente dovrà recarsi al giudizio di quel medesimo tribunale di appello, che profferse la sentenza; perocchè si tratta di questioni connesse, e non s'impugna la sua decisione per ingiustizia, per ignoranza, errore od innavvertenza: egli è dunque il più competente a conoscere dei nuovi fatti, e a giudicarne come ne avrebbe giudicato se si fossero scoperti sin dal tempo della prima sentenza.

Una simile competenza non si può sempre riconoscere in caso di giudicati contrarii. Poniamo, che essendosi già terminata una controversia con un giudicato definitivo, *gli eredi non informati di ciò* la rinnovino, ed emani un giudicato *contrario al primo*, che di poi venga a scoprirsi. Non essendo possibile eseguirli entrambi, sussisterà il primo, e si annullerà il secondo: ma quanto alla giurisdizione distingueremo: se i due giudicati emanano da tribunali di appello diversi, *par in parem non habet imperium*, e la dichiarazione di nullità del secondo giudicato dovrà necessariamente profferirsi dalla giurisdizione superiore, dalla Corte di Cassazione (mezzo o titolo di annullamento in via di cassazione *per contrarietà di giudicati*): che se i giudicati contrarii emanano dal medesimo tribunale, nulla si oppone, che il medesimo tribunale dichiari a tenor di legge, quale dei due giudicati si debba eseguire: egli stesso adunque dichiarerà a tenore di

ragione e di legge che si debba eseguire il primo in data (in ragione del *diritto di acquisto*) e *rivocherà il secondo* (quarta causa di domandare la revoca di un giudicato dinanzi al medesimo tribunale). E può ben avvenire, che la stessa Corte abbia ignorato il primo giudicato quando ne portava un secondo in senso contrario, perciocchè rimanendo sempre la stessa Corte, i giudici si mutano, ovvero *sezioni diverse* della medesima Corte avranno statuito due volte nella medesima controversia.

Parlando di giudicati contrarii e della revoca del posteriore in data, abbiamo supposto, che il primo sia stato ignorato. Che se il primo si conobbe e si produsse nel nuovo giudizio e si oppose in base al medesimo l'eccezione *rei judicatae*, egli è manifesto, che, anche respinta *ingiustamente* l'eccezione, la contrarietà dei giudicati *legalmente* scompare, poichè il tribunale nel nuovo giudizio non altrimenti potrà rigettare la difesa desunta dal primo giudicato, salvo dichiarando *una diversità* nella cosa, nelle persone, o nella questione. Tuttavia l'*auctoritas rerum judicatarum* è sì grande e tanto importa alla cosa pubblica e alla sicurezza civile, che una costante giurisprudenza la pose sotto la salvaguardia della Corte Suprema, ponendo per principio che ogni sentenza la quale statuisca sopra un *giudicato anteriore anche in via di mera interpretazione e di criterio e di giudizio di fatto*, possa deferirsi alla giurisdizione suprema ed annullarsi *per violazione della cosa giudicata*.

Se il tribunale di appello nell'atto stesso di giudicare abbia violato una *delle forme essenziali*, se, ad esempio, intervenga alla votazione un giudice, il quale non abbia assistito alla discussione orale della causa, o la sentenza

manchi affatto di *motivi*, o non sia sottoscritta da tutti i giudici, nessuno dubita che per tali cause si ha da ricorrere in Cassazione. Ora l'obbligo di udire il preavviso del Pubblico Ministero *nelle cause privilegiate* è pur una *delle forme essenziali*: e perchè dunque in caso di omissione la legge vigente non ne fece del pari un titolo di annullamento? Essa vuole, per questa sola forma, che in caso di omissione si abbia a proporre la domanda di revoca dinanzi allo stesso tribunale di Appello: disposizione illogica! poichè le altre forme anche neglette *per inavvertenza* danno pur luogo a cassazione: e il tribunale adempirà la formalità; sentirà il Pubblico Ministero, ma che voglia ricredersi pei ragionamenti di questo non è da sperare. Crediamo dunque, in tesi legislativa, che violata una volta la guarentigia legale, la sentenza si debba annullare in via di cassazione, e rinviare il giudizio ad un'altra Corte (1).

Ora scendiamo all'esame di uno dei più gravi problemi di diritto giudiziario.

La legge vigente di procedura civile si fa a considerare le sentenze fondate sopra un manifesto errore di fatto, quando il giudice abbia supposto un fatto contrario incontestabilmente allo stato degli atti. La legge ancora nello stesso ordine d'idee considera in particolare le sentenze che abbiano pronunciato *sopra cose non domandate*; — ovvero abbiano aggiudicato *più di quello che era domandato*; — ovvero abbiano *omesso di provvedere* sopra qualcheduno dei capi della domanda o della eccezione, benchè tutti fossero dedotti a forma di specifica conclusione;

(1) V. Cod. pr. civ., art. 557, n° 1°.

— e attribuendo questi singolari fenomeni a sbadataggine, a inavvertenza, a materiale errore di fatto come di chi non vegga un testamento, un documento, che pur esiste negli atti, la legge vuole con benigna supposizione (benigna pel giudice ma spesso funesta alle parti) che si domandi la riparazione di tali errori allo stesso tribunale *in via di revoca*.

Noi crediamo, che la *supposizione*, da cui partirono gli autori del precedente e del vigente Codice di procedura civile sia essenzialmente sbagliata, in quanto non esprime la vera e *più generale* causa dei notati singolari fenomeni. Ma arrestandoci pur un istante sulla detta *supposizione* diremo, che sbadataggini, disattenzioni, e trascuranze tali pur non sarebbero lievi colpe: e rifletteremo, essere consentaneo all'ordine naturale (*che dappertutto si mostra essenzialmente gerarchico*) che un giudice superiore emendi gli errori di qualunque natura dei giudici inferiori: ma che si abbia a portare una grave accusa di poco perdonabile negligenza contro un tribunale, e volere, che il medesimo abbia ad ascoltarla *pazientemente*, e a giudicarla *imparzialmente*, questo ci pare che sia umiliare il magistrato, comprometterne la dignità ed il credito, e troppo pretendere dall'umana natura.

Ma veniamo al sodo della questione, e poichè per trovare il vero rimedio di un male bisogna prima conoscerne le cause e la natura, vediamo, quale sia la più vera, la più generale causa dei sovraementovati fenomeni, che realmente e non tanto di rado si verificano nella pratica dei giudizi civili.

Come la domanda, così la sentenza deve essere un sillogismo in cui domina la *questione di principio*: ma i casi della vita civile non si accomodano *sempre* alla

semplicità teorica, e bene spesso riesce assai malagevole discernere tutti i principii applicabili, separarli dagli inapplicabili dissipando le fallaci apparenze, dedurre le conseguenze di regola in regola, segnare le eccezioni, fare insomma un'esatta analisi logica e giuridica di tutte le circostanze componenti o complicanti il fatto; e allora o per la soverchia moltitudine degli affari, o per la prevalenza del così detto spirito pratico pigliano facilmente il posto dell'analisi logico-giuridica il *prudente arbitrio*, e non so quale intuizione od ispirazione. Ma l'arbitrio confina col beneplacito, e sulle ali leggiere della ispirazione trasvola nelle regioni del *sentimento*, in cui regnano in gran confusione gli affetti, le parzialità, gli interessi, le equità cerebrine, l'amor proprio, le ambizioni di giurisdizione ed altri molti elementi anti-giuridici; onde avviene che il *prudente arbitrio* e l'*ispirazione pratica* si trasformino qualche volta in uno spirito dispotico, assai più fiero dello spirito di sistema, del quale è nota la strana potenza di *travisare* in buona fede i fatti più incontrastabili e di negare i veri più manifesti. Gli è questo adunque lo *spirito* che qualche volta *travisa* gli atti giudiziarii; — che suppone per veri fatti incontrastabilmente falsi; — che suppone per non esistenti i fatti stabiliti e convenuti senza controversia fra le parti medesime; — che aggiudicando cose non domandate, o più di quello che siasi domandato da una parte, omette poi di provvedere sulle domande o sulle eccezioni dell'altra. E indarno si chiede allo stesso *spirito* che corregga l'opera sua, deliberata e voluta, senza ombra di ragione sì, ma realmente voluta e deliberata. Egli è troppo palese, che qui conviene o negare ogni rimedio, o concedere il ricorso ad una giurisdizione superiore.

Gli è un principio tanto antico quanto è antica l'autorità giudiziaria, che la medesima non ha giurisdizione se non *sopra le controversie* che le vengono sottoposte: eccedendo i limiti delle questioni proposte, l'autorità giudiziaria commette un vero eccesso di potere, e viola quelle primitive leggi, da cui trae origine e forza giuridica la di lei stessa giurisdizione. Quando dunque un tribunale pronunzia sopra un fatto che non è controverso, e ne altera (comunque ciò avvenga) quelle condizioni che pur sono convenute fra le parti, stabilite incontestabilmente senza controversia negli atti, come potrà negarsi una sì flagrante violazione della legge, della più essenziale, della più vitale, della più intima tra le forme del processo civile? Si vuol forse rifiutare alla giurisdizione suprema anche la facoltà di riconoscere se *nel fatto* siano state violate le forme, sotto pretesto che non debba prendere cognizione di nessun fatto? E perchè dunque la legge prescrive sotto pena di nullità, che al ricorso si uniscano gli atti e i documenti se non per riconoscere, massime nelle forme, il fatto della loro violazione, quando apparisca dagli atti?

Quali erano i punti di controversia? Eccovi il fatto fondamentale, che apparisce sempre incontestabilmente dagli atti: ogni decisione che non abbia per appoggio uno dei detti punti per qualunque causa sia avvenuta, lo ripetiamo, è più che una violazione di forme, essa è un eccesso di autorità.

Aggiungiamo quest'altro riflesso: il *travisamento* del fatto è una violazione indiretta di quella legge che si sarebbe dovuto e non si volle, *travisando* il fatto, applicare. Ora la legge vuol essere garentita contro l'errore, e *contro l'arbitrio*: e già abbiamo detto nel precedente capitolo, come a garanzia della legge contro il *possibile arbitrio* della

stessa Corte Suprema siasi stabilito anche di fronte a questa il controllo delle Corti locali; e come dunque si vorrà consacrare, di fronte alla Corte tutrice suprema della legalità, il dispotismo assoluto delle Corti locali anche sulla legalità sol che *travisino* il fatto? E perchè le Corti locali dovranno avere un mezzo *infallibile* di eludere ad un tempo la garanzia legale, e la giurisdizione a cui vanno soggette?

Crediamo dunque, che il problema fin qui discorso si debba risolvere stabilendo una triplice garanzia legale dirimpetto alle parti, dirimpetto alle Corti locali, e rimpetto alla Corte di Cassazione:

Dirimpetto alle parti: ogni temuto abuso sarà efficacemente represso, se il *travisamento* o il manifesto *errore* di fatto (diciamo *errore*, *detracta doli mentione*) non altrimenti possa dedursi qual motivo di annullamento fuorchè in via di speciale domanda, sottoposta, in caso di soccombenza, ad una severa multa *sua propria e speciale*, oltre quella dipendente dagli altri titoli:

Dirimpetto alle Corti locali: accertata la competenza della Corte di Cassazione, e limitata senza ambagi la *sovranità* delle Corti locali *ai punti di fatto controversi*, e tolto alle medesime il sovrano arbitrio di supporre un fatto incontestabilmente escluso dagli atti, e di negare un fatto incontestabilmente stabilito ed ammesso, svaniranno, o poco meno, i travisamenti e i manifesti errori di fatto:

Dirimpetto alla Corte di Cassazione: la quale annullando la sentenza *senza giudicare la causa*, non fia giammai che qualifichi ed accusi di *manifesto travisamento* una interpretazione plausibile di un dubbio di mero fatto, e dovrà pur rispettare il potente *controllo delle Corti di rinvio*, le quali chiamate a giudicare ancora libera-

mente la medesima causa avrebbero facoltà di rimproverarle bellamente un eccesso di potere in questioni di fatto: *le pouvoir arrête le pouvoir*. Ma ci si obietta ancora, che nelle *questioni d'interpretazione di un fatto* possono i tribunali commettere talvolta una *manifesta ingiustizia*, e la Corte Suprema investita dei *travisamenti* potrebbe talvolta, ponendo il piede nella sfera delle interpretazioni (a guisa di ehi si avanza *per pochi passi* in territorio straniero per raggiungere il nemico), correggere indirettamente anche un *manifesto gravame*:

A fronte delle già premesse considerazioni non crediamo che l'obiezione sia meritevole di risposta (1).

Ora congiungendo le cose dette nel presente e nei due

(1) Non sarà inopportuno riferire le parole di una decisione, in cui la Corte di Cassazione definì una volta il *travisamento* del fatto: « esso è « (dice la decisione) l'effetto della *volontà deliberata* del giudice: è l'impulso dell'*equità subbiettiva*, che si sostituisce alla legge; è il sentimento potente di un'intima convinzione, che si studia di sottrarre una verità creduta inconcussa ai dispendii e ai rischi di un nuovo esame: è l'istinto del potere che non sempre si arresta dinanzi ad un altro potere; esso è insomma la *violazione della legge che si commette coll'alterazione di quel fatto a cui la legge si dovrebbe applicare*. Ed allora quale altra giurisdizione interverrà se non è quella, a cui, coll'incessante e possente concorso di tutto l'ordine giudiziario, è delegato l'ufficio di tutelare la legge contro l'errore, contro le suggestioni di una equità arbitraria, contro le esigenze di qualunque potere, o che non potrebbe, senza fallire alla sua missione, lasciarsi in balia di coloro, sopra i quali si esercita? Nè fia, che si confonda giammai l'interpretazione di un caso dubbio coll'aperto snaturamento, colla manifesta alterazione di un fatto certo. A distinguere l'una dall'altra, la ragione ci porge nei casi particolari un criterio sicuro, il criterio dell'evidenza; suprema regola (*), unica fonte della cognizione umana tutta derivata dai primi veri, i quali non altrimenti si conoscono o provano che per la evidenza intuitiva e immediata di se medesimi ». Collezione ufficiale delle decisioni della Corte di Cassazione. Anno 1862, P. I, pag. 123.

(*) V. *Logica del diritto*. P. I, capo 12.

precedenti capitoli crediamo di poter disegnare in brevissime parole il vero *ideale* del sistema giudiziario in materia civile:

La prima istanza è un esame preparatorio e di esperimento:

La seconda approfitta dell'esperimento, raccoglie e svolge tutti gli elementi ed esaurisce la controversia sotto tutti gli aspetti, e allora emana il *giudicato*: •

Sui punti controversi di mero fatto il giudicato è un *verdetto* che emana sovranamente dall'*intima convinzione*: contro di esso è inammissibile qualunque proposta di errore, *impossibile a riconoscersi*: perciocchè un secondo verdetto contrario non avrebbe alcuna prerogativa sul primo, e forse sarebbe peggiore:

Ma la questione di principio, la regola e l'unità del diritto son poste sotto la salvaguardia diretta dello Stato e per esso di una giurisdizione suprema. Se adunque un error di principio influisce sulla decisione del fatto, se si oltrepassano i limiti della questione sottoposta al verdetto, se a violare la regola di diritto si altera il fatto, dinanzi alla giurisdizione regolatrice svanisce il verdetto.

TITOLO TERZO

Delle azioni giudiziarie civili, e delle eccezioni

Secondo i principii di ragion civile, l'*azione* è la garanzia giudiziaria, cioè la facoltà d'impetrare dall'autorità giudiziaria la ricognizione e l'esecuzione di un diritto; onde già i romani giureconsulti la dicevano: *jus persequendi in judicio quod nobis debetur* — e si potrebbe aggiungere — *aut quod nostrum est*. Così l'*azione* è un diritto accessorio ad un altro che sostiene le veci di principale.

Dicendo che l'*azione* è la guarentigia giudiziaria di un altro diritto, evidentemente presupponiamo che esistano diritti senza azione, e questi sono tutti quelli a cui viene diniegata la guarentigia giudiziaria, o perchè dalle leggi dello Stato siano lasciati privi di ogni garanzia, o perchè dalle medesime vengano loro concesse soltanto le garanzie amministrative e politiche, escluso l'intervento dell'autorità giudiziaria.

In questa materia teniamo per primo principio, che non può competere azione giudiziaria, se non in forza della

legge. E questo principio il dobbiamo tenere anche nella sfera dei diritti civili.

Certamente i Codici moderni sono lungi dall'aver dichiarato positivamente tutti i principii di ragione civile, ed essi medesimi lo confessano quando dichiarano che venendo meno ogni testo positivo di legge ed anche ogni analogia che si possa trarre da altre disposizioni, così l'interprete come il giudice debbano ricorrere ai principii generali del diritto. Però questo ricorso già suppone un'azione prestabilita: egli è per definire rettamente le questioni dipendenti da una determinata azione, che si ricorre ai principii generali in mancanza di un testo positivo. Ma sta sempre la regola superiore che innanzi tutto vuol essere dimostrata in giudizio l'esistenza dell'azione; e questa deriva dall'autorità della legge, dalla tradizione o consuetudine universale che è la più fedele espressione del diritto e tien luogo di legge, e dalle conseguenze logiche dell'una e dall'altra.

Tale si era il principio fondamentale della romana giurisprudenza: esso venne conservato nel diritto consuetudinario vigente prima dei moderni Codici ed in particolare venne mantenuto dalle antiche Costituzioni Sarde del 1770, le quali evidentemente presupponevano che per l'istituzione di un giudizio fosse necessaria un'azione quando dichiaravano non essere mestieri esprimere nel giudizio il nome *speciale* dell'azione che s'intentava. Lo stesso principio, che in sostanza vuol essere considerato come una delle prime guarentigie civili, protettrici dei cittadini contro l'arbitrio giudiziario, noi lo troviamo presupposto ad ogni passo anche dai Codici moderni che prendendo a distribuire fra i tribunali il contenzioso giudiziario, parlano costantemente di azioni. E infine vediamo

il linguaggio universale giuridico improntato della medesima idea : essa è quasi un *substratum* generale della dottrina e della giurisprudenza.

Essendo le azioni le garanzie dei diritti, la principale loro classificazione si desume giustamente dalla classificazione dei diritti medesimi, cui le azioni sono destinate a proteggere. Ora questi diritti civili sono *reali* o *personali*.

I diritti reali si riassumono tutti nel diritto della proprietà. Il dominio è il diritto di godere pienamente d'una cosa, e di disporne alienandola. Esso è perciò un complesso che si decompone in più diritti parziali. Dapprima si distingue il godimento dalla proprietà, e ne risulta il diritto di nuda proprietà e il diritto di godimento. Il godimento poi della cosa può essere pieno ed a tutti i fini possibili che piaccia al possessore di proporsi, o può essere limitato ad un fine determinato, e mentre nel primo caso abbiamo l'*usufrutto*, nel secondo si produce la *servitù delle cose* che consiste appunto nel diritto di godere della cosa altrui *nei limiti e per il fine* della servitù convenuta. Così pure il diritto di disporre della cosa, alienandola, può essere assoluto, cioè per tutti i fini possibili, ed allora è inseparabile dal dominio : ma può anche stabilirsi in modo relativo ad un solo fine come, ad esempio, al fine di conseguire il soddisfacimento di un credito, ed in tale ipotesi il *diritto di vendere* la cosa altrui per il solo caso in cui il debitore non soddisfaccia alla sua obbligazione nel tempo stabilito, e per il determinato fine che il creditore possa sul prezzo della cosa venduta conseguire il suo avere, costituisce l'*ipoteca*. Ed ecco come tutti i diritti reali si

riassumono nel diritto di proprietà, onde diremo che le azioni reali sono quelle che guarentiscono la proprietà.

La forma più spiccata in cui si mostra l'esercizio delle azioni reali si è senza dubbio la forma della rivendicazione: nella quale forma noi vediamo spiegarsi l'esercizio dell'azione reale quando il proprietario, che non possiede la cosa sua, la rivendica da chi la ritiene senza averne il diritto; non che quando l'usufruttuario rivendica il possesso e il godimento della cosa contro il proprietario stesso o contro un terzo detentore; come pure se colui che abbia un diritto di servitù, il di cui esercizio gli venga impedito, lo rivendica contro il proprietario, o contro quel terzo che frappone indebiti ostacoli all'esercizio del suo diritto. Ma non bisogna credere che solo nella forma *della rivendicazione* si eserciti l'azione reale, perciocchè avviene spesso che il diritto reale per sè non sia conteso, e solo cada in controversia il modo di esercitarlo, e da taluno si pretenda che altri commetta qualche abuso nell'esercizio della sua proprietà, dell'usufrutto o della servitù oltrepassandone i limiti legali, o convenzionali. In tali contestazioni, l'azione che le parti muovono in giudizio per garantire il loro diritto nella creduta pienezza è pur sempre azione reale, quantunque impropriamente si direbbe azione vindicatoria.

Di rincontro ai diritti reali stanno i personali, a cui corrisponde l'obbligazione. I diritti personali, a ben considerarne gli effetti, si riassumono tutti nel diritto di conseguire *un valore in astratto* di cui sia debitrice una determinata persona; ed essendo i valori in astratto rappresentati dal danaro, noi diremo che i diritti personali si riassumono tutti in una ragione di credito. E di vero l'oggetto delle obbligazioni, discendano esse da una con-

venzione esplicita o da un quasi contratto, delitto o quasi delitto, ovvero dalla legge, può essere, o direttamente un valore in astratto (*quantitas*) ovvero un *genus*, cioè una cosa indeterminata, oppure una cosa determinata, o infine il fatto stesso dell'uomo. Tal sono i capi in cui si distingue l'obbligazione generica di dare o di fare. Ora eliminiamo innanzi tratto l'obbligazione avente per oggetto *una cosa determinata* (perchè allora ne nasce, come tra breve diremo, un diritto misto di realtà, non puramente personale): in tutti gli altri casi è palese che l'oggetto del diritto personale o sarà direttamente una *quantitas*, o vi si risolve. Esso è una *quantitas*, se fu direttamente stipulata la prestazione di un valore in astratto: esso si risolve in una *quantitas*, cioè nel pagamento dell'equivalente, se nella obbligazione cade un *genus*, una cosa indeterminata, e il debitore non s'induca volontariamente a consegnarla in effetto: e se infine l'oggetto diretto della obbligazione sarà il fatto o non il fatto dell'uomo, siccome il fatto dipendente dall'attività dell'obbligato non è che *in facultate solutionis* (a considerarne il risultato pratico), poichè *ad factum nemo compelli potest*; ove l'obbligazione non si voglia eseguire o venga trasgredita si risolverà sempre per via di equivalenti o di risarcimento di danni, nella prestazione di un valore in astratto, di una *quantitas*.

Qualunque diritto personale contiene il germe di un diritto reale che si svolge e produce i suoi effetti giuridici in due casi. E dapprima quando il debitore che conserva l'amministrazione assoluta e la piena disposizione delle cose sue ne abusi in frode del creditore, la ragione di credito personale che a questi appartiene si trasforma in diritto reale, quasi che si fosse sin da principio stipulato che, pur contraendo il debito, il debitore conservasse la

piena disponibilità delle cose sue, a condizione però che di tale facoltà non usasse fraudolentemente, senza di che il diritto ricadesse immediatamente sui beni. Indi nasce quel genere di azione reale, per cui le alienazioni fatte in frode dei creditori si rescindono sull'istanza e nell'interesse di questi.

Il secondo caso nel quale il diritto personale si trasforma in reale si è quello in cui il debitore manca alla fede data e pone così il creditore nella necessità di ricorrere alla autorità giudiziaria e di ottenere una condanna contro di lui. A rigor di diritto questa condanna dovrebbe essere immediatamente eseguita. Si concede una dilazione di grazia o di necessità, ma questa dilazione non doveva pregiudicare il diritto del creditore che per l'ottenuta condanna acquista veramente la facoltà immediata di vendere le cose del debitore. Ora il diritto di vendere pel soddisfacimento di un credito (già lo sappiamo) è un diritto reale, un diritto d'*ipoteca*.

Accade non raramente che due diritti, uno reale, l'altro personale, si congiungono in un medesimo scopo e sopra un medesimo oggetto: in allora la riunione dei due diritti prende la forma di diritto unico di carattere misto. Ciò avviene per effetto delle obbligazioni che siano destinate a trasferire il dominio e che abbiano per oggetto una cosa certa e determinata. Così il venditore di un immobile assume certamente in virtù del contratto una obbligazione personale a cui corrisponde il *jus in personam* competente al compratore. Ma per effetto immediato del contratto di vendita il dominio della cosa venduta è trasferito di pien diritto nel compratore, ed al compratore che diviene immediatamente proprietario della cosa competerà senza dubbio l'azione vindicatoria contro il vendi-

tore che ne ritenga ancora il possesso. In questa ed altre analoghe ipotesi il diritto è in verità duplice, l'uno reale, l'altro personale, ma entrambi si congiungono in un medesimo scopo e versano su di un medesimo oggetto; onde nella pratica vengono a confondersi, e si dirà che spetta al compratore un'azione di carattere misto per conseguire il possesso della cosa comprata.

Accade talora che l'azione mista si distingua di bel nuovo in due. Così se il venditore dopo un primo contratto di vendita abbia alienato la stessa cosa (non ancora da lui consegnata al primo compratore) a favore di un terzo, e gliene abbia eziandio fatto la consegna reale, in allora l'azione di carattere misto acquistatasi dal primo compratore torna a distinguersi in due: e contro il venditore ei proporrà l'azione meramente personale per costringerlo alla consegna della cosa, o in difetto alla prestazione di una indennità, mentre contro il secondo compratore che tiene in suo potere la cosa, ma che non può vantare su di essa un titolo valido di proprietà, si proporrà l'azione vindicatoria. Infatti il venditore per effetto della prima vendita già aveva perduto il dominio, e non potè trasferirlo nel secondo compratore benchè gliene abbia dato il possesso.

Dallo stesso principio, che le obbligazioni di cedere il dominio di cosa certa lo trasferiscono di pien diritto, ne discende, che le azioni rescissorie e risolutive dei contratti di alienazione di cose determinate, si hanno pure a classificare fra le azioni miste.

Così quando siasi stipulato che la vendita si dovesse risolvere avvenendo un determinato caso, oppure in forza del riscatto che si riservi, verificandosi il caso o deliberando il venditore di riscattare la cosa, gli competerà l'a-

zione risolutiva nascente dal contratto, il che significa che al verificarsi della condizione il compratore rimane obbligato di retrocedere il dominio, e che per effetto civile di questa obbligazione il dominio stesso ritorna senz'altro fatto nel medesimo istante di ragione, e di pien diritto a chi lo dee recuperare: ed ecco in qual modo l'azione risolutiva, destinata a recuperare la cosa venduta, sia da un lato personale, poichè nasce *ex contractu*, e dall'altro lato sia *reale* perchè la proprietà ritornando di pien diritto a chi la dee recuperare reca con sè l'azione vindicatoria.

Lo stesso si dica delle azioni rescissorie che sogliono competere per causa di dolo, di violenza, o di altri vizi da cui originariamente sia affetto il contratto di alienazione. Esse pure da una parte sono personali, perchè nascono dal contratto medesimo, anzi dal delitto di una delle parti, e come tali impongono al contraente, il quale partecipò al vizio che annulla la convenzione, l'obbligazione di riconsegnar la cosa, e non potendolo risarcire il danno: ma d'altra parte dichiarato nullo o rescisso il contratto, rimane contemporaneamente dichiarato che il primo possessore non ha mai perduto il dominio della cosa sua, e che perciò gli compete l'azione vindicatoria.

Ed anche in caso di risoluzione e di rescissione, l'azione mista può disgiungersi in due, sempre che la cosa già sia passata a mani terze: in allora si promuoverà contro l'autore del dolo e della violenza o contro il compratore sotto condizione risolutiva l'azione personale, e contro il terzo possessore l'azione prettamente vindicatoria.

Le azioni miste (nel senso che abbiamo discusso) appartengono al diritto moderno, perciocchè questo si fu, che introdusse il principio, in forza del quale la obbligazione destinata a trasferire il dominio basta per se

medesima a trasferirlo di pien diritto. Nella legislazione romana qualunque obbligazione; benchè avesse per oggetto una cosa individualmente determinata non attribuiva mai altro diritto che un *jus in personam*. Ma in un altro senso quella giurisprudenza chiamava *mixtæ* (*quæ mixtam causam habere videntur*) le azioni dirette a conseguire la divisione di una cosa o di universalità di cose possedute in comune, e la rispettiva *delimitazione*. Tre erano queste azioni: la *familiæ herciscundæ* per la divisione dell'eredità, la *communi dividundo* per la divisione di cose singole possedute da due o da più in comune, e la *finium regundorum* per la delimitazione di proprietà *confinanti*.

Lungamente si disputò e ancora si disputa sul perchè queste azioni si chiamassero *mixtæ*. La ragione più verosimile emerge dalla considerazione che per fondare la dimanda di una divisione si richiede necessariamente il concorso di un duplice diritto cioè la proprietà ed un diritto personale corrispondente alla obbligazione imposta dalla legge. E dapprima si richiede il dominio perchè i soli comproprietarii possono chiedere la divisione. Ma siccome il diritto di proprietà per se solo non impone agli altri che una obbligazione meramente negativa, così interviene la legge prescrivendo in caso di comunione la obbligazione di consentire la divisione anche domandata da un solo.

Così veramente per le azioni divisorie si esercita il diritto di proprietà e si adempie un'obbligazione nascente per legge dal fatto della comunione. Similmente dalla confusione dei confini nasce un'obbligazione legale, la quale si traduce nell'*actio finium regundorum*, e questa nel medesimo tempo pur riveste il carattere di azione vindi-

catoria — *pro vindicatione rei est* — siccome già lo avvertivano i romani giureconsulti.

Quando diciamo, che le azioni sono reali o personali, noi le consideriamo in astratto, in *potentia*, cioè come garanzie generali di un diritto. In questo senso esistono azioni puramente reali. Ma se noi le consideriamo nel loro esercizio, cioè in *actu*, cioè nelle condizioni che assumono quando già intervenne il fatto di *turbativa*, allora le azioni si accompagnano con una azione personale che assume l'aspetto di una azione accessoria. Per vero il perturbatore della proprietà altrui ha col suo fatto incontrato obbligazione di risarcire, occorrendo, il danno: e quando il proprietario rivendicando la cosa sua chiede che il detentore ingiusto gli restituisca la cosa coi frutti e col risarcimento dei danni, allora esso promuove una duplice azione, cioè la reale, per la rivendicazione della cosa, e la personale per la restituzione dei frutti ed il risarcimento dei danni.

Oltre la distinzione delle azioni desunta dalla differenza dei diritti, ve ne ha un'altra presa dalla qualità dell'oggetto del diritto: e come l'oggetto di un diritto civile è una cosa mobile od immobile, così le azioni per questo rispetto si dividono in *mobiliarie* od *immobiliarie*, secondo che sono dirette a conseguire una cosa mobile od immobile.

Quale è la relazione che corre tra le azioni reali, personali, e miste, e quelle mobiliarie od immobiliarie?

E in primo luogo l'azione immobiliare è dessa reale, personale, o mista?

Rispondiamo che, considerata in astratto, essa può assumere ciascuna di queste tre qualità; l'azione immobiliare è puramente reale, quando per astringere l'avver-

sario a dimettere il possesso, l'attore non ha altro titolo che il diritto di proprietà: essa è mista, se l'attore per ottenere il suo intento si fonda sopra un diritto di carattere misto, ad esempio, sopra un contratto di compra: finalmente l'azione immobiliare può essere puramente personale quando l'attore abbia diritto non già ad un immobile certo e determinato, ma sì a conseguire un immobile indeterminato a scelta dell'obbligato, come può avvenire in forza di una disposizione testamentaria che imponga all'erede di procurare al legatario un fondo, *determinato solo per qualità*. Siccome però le obbligazioni di consegnare un immobile indeterminato sono rarissime, e il più delle volte l'azione immobiliare ha per oggetto una cosa certa e determinata, ne avvenne che la legislazione assomiglia le azioni immobiliari alle reali sottoponendole a norme comuni.

L'azione mobiliaria può anch'essa essere puramente reale se si rivendica la cosa mobile a mero titolo di proprietà; mista, ove se ne chiegga la consegna in virtù di un diritto di carattere misto: e puramente personale, quando l'obbligazione abbia per oggetto una cosa indeterminata. Ora succede più frequentemente che le obbligazioni mobiliari abbiano per oggetto un valore in astratto ovvero un *genus*, anzichè una cosa mobile certa e determinata; ed a questo fenomeno essendosi dal diritto moderno aggiunta la regola che in fatto di mobili il possesso tien luogo di titolo rispetto ai terzi, la qual regola esclude generalmente l'azione vindicatoria di cose mobili, ne avvenne che il diritto moderno suole parificare negli effetti alle personali l'azione mobiliaria, siccome quella che già è di sua natura personale quando abbia per oggetto una cosa mobile indeterminata, e che anche in caso

contrario è ridotta comunemente agli effetti di azione personale, poichè non giova a rivendicare la cosa passata a mano dei terzi a cui quel possesso tien luogo di titolo tranne pochissime eccezioni. Eppertanto le azioni mobiliarie ed immobiliarie, considerate in astratto, possono essere personali, reali, o miste, ma quanto agli effetti in pratica le immobiliarie sono pareggiate alle reali, le mobiliarie alle personali.

Le azioni reali immobiliarie si suddividono in *petitorie* e *possessorie*, secondo che mirano a rivendicare la proprietà, o soltanto il possesso. L'importanza delle azioni possessorie apparirà manifesta a chi consideri che quando uno abbia posseduto la cosa per il tempo determinato dalla legge, cioè per un anno, ed il possesso riunisca tutte le condizioni per cui continuato per trent'anni opererebbe la prescrizione, in allora si acquista il diritto di essere intanto mantenuto nel possesso, anche a fronte del vero proprietario, e mantenuto provvisoriamente nel suo possesso ne ottiene questi due beneficii: in prima, che pendente la lite sulla proprietà il possessore avrà intanto il godimento e l'amministrazione della cosa, e inoltre nel giudizio petitorio ossia definitivo il carico della prova ricade su quello dei contendenti che non possiede, dovendo il convenuto, in difetto di prove che stanno a carico dell'attore, essere mantenuto nello *statu quo*, cioè nel suo possesso attuale. — L'azione petitoria è quella che rivendica in modo definitivo la proprietà od altro diritto reale. Questa azione è distinta dalla possessoria, ed a questa sopravvive, e chi nel possessorio sia rimasto perdente avrà facoltà ancora di agire nel petitorio, assu-

mendo, come testè accennammo, il carico della piena prova di sua proprietà.

Riepilogando concludiamo, che le azioni civili, dal lato dei diritti, sono personali, reali, o miste; dal lato dell'oggetto, mobiliarie od immobiliarie, e le immobiliarie reali sono petitorie o possessorie.

Gli altri insegnamenti della romana giurisprudenza intorno alle azioni, benchè non possano in diritto moderno ricevere una completa applicazione, tuttavia non sono per esso affatto perduti. E di vero nel diritto romano le azioni civili erano variamente denominate secondo le varie individualità o la diversa categoria dei diritti che erano destinate a sanzionare. Questa particolareggiata distinzione delle diverse azioni giovò grandemente al regolare e logico svolgimento della romana giurisprudenza, classificando i principii e riferendo le particolarità infinitamente varianti del diritto civile ai principii proprii di ciascheduna. Nella legislazione moderna i nomi particolari delle azioni civili perdettero ogni pratica applicazione: resta la loro utilità dottrinale, perocchè le azioni particolari, quali le distinguevano i romani giureconsulti, non cessarono al certo: rimangono nel diritto moderno le azioni *empti et venditi*, *locati conducti*, *mandati*, ecc.: e le loro denominazioni restano nella scienza non solo come espressione necessaria delle corrispondenti idee, ma come strumenti potentissimi della logica del diritto.

Nella legislazione e giurisprudenza moderna talora vediamo prevalere l'equità naturale, mentre in altre parti primeggia lo stretto diritto: il che avviene dove il legislatore creda necessario di provvedere innanzi tutto

alla certezza e stabilità del diritto, o prenda in considerazione speciali interessi economici, civili, e politici. Anzi la stessa equità talvolta esige che l'interpretazione sia condotta secondo le regole del diritto più rigoroso. In effetto l'*æquitas* (*æqualitas*) non esprime altro che eguaglianza di trattamento. Se quindi si appresenta alla nostra interpretazione una convenzione, in esecuzione della quale ciascuno abbia a dare ed a ricevere qualche cosa, una convenzione bilaterale, l'equità certamente dovrà esercitare una più larga influenza, perocchè interpretandosi un po' liberalmente uno dei patti in favore di uno dei contraenti, potrà questo fatto trovare il suo naturale compenso, interpretandosi con eguale larghezza un altro patto in favore dell'altra parte. Ma nelle convenzioni unilaterali, in cui uno ha tutto a ricevere e l'altro tutto a dare, la ragione stessa dell'eguaglianza inibisce ogni larghezza d'interpretare, che favoreggiando una parte non avrebbe compenso per l'altra.

Così anche la teoria del diritto moderno in questo senso riconosce, e non potrebbe a meno di riconoscere una certa distinzione fra gli atti *bonæ fidei* che ammettono una interpretazione più libera, e gli atti *stricti juris*, soggetti a un modo più rigoroso d'interpretare.

Ma così formulata in diritto moderno la differenza delle azioni *bonæ fidei* e *stricti juris* non coinciderebbe che in parte con quella introdottasi nella romana giurisprudenza. Diciamo però, che in parte coinciderebbe: perocchè i canoni diversi di interpretazione che derivano dalla natura dei diversi contratti in quanto possano essere unilaterali o bilaterali, essendo canoni fondati sopra una verità immutabile, dovevano essere ed erano di fatto incorporati nella romana giurisprudenza. Solo errerebbe

chi credesse che questa sola considerazione costituisse presso i Romani tutto il sistema delle *actiones bonæ fidei* e delle *scripti juris*: a determinare la differenza concorrevano altri elementi i quali per la scuola moderna non hanno più che un valore storico. — Indi la conseguenza che la parte del diritto romano che definisce le azioni *bonæ fidei* e le *scripti juris* e ne determina le differenze giuridiche non si deve nè ripudiare affatto nè affatto applicare al diritto moderno: l'interprete studiandone l'intima natura, saprà discernere gli elementi ai quali resta solo un valore storico da quelli che si fondano sulla natura immutabile delle cose, dei quali dobbiamo far uso anche nella dottrina e nella pratica odierna.

Nella giurisprudenza romana si manifestava un conflitto continuo e reale fra due legislazioni, la civile e la pretoria, onde avveniva che molti atti fossero validi secondo una legislazione (*jure civile*) e dovessero annullarsi per applicazione di un'altra legislazione (*jure prætorio*). Questo conflitto sparisce nel diritto moderno, e *parrebbe* in conseguenza che fosse, nel medesimo, privo d'ogni uso l'antica differenza tra gli atti che sono *ipso jure* nulli e quelli, che *ipso jure valent*, e si rescindono poi per sentenza del giudice pronunciata sopra un'apposita azione od eccezione.

Infatti nella semplicità del diritto moderno è da tenersi la seguente regola; o concorrono tutte le condizioni di validità, e allora l'atto è valido pienamente, o non concorrono tutte e l'atto sarà intrinsecamente nullo: il sistema della validità provvisoria e dell'*annullabilità* che sarebbe come una nullità *in potentia* non ha una ragione d'essere nella natura medesima delle cose. Nè distingue-

remo le nullità apparenti da quelle, a cui abbisogna una prova: perciocchè la necessità della prova non affievolisce nè muta la condizione intrinseca della cosa quando la verità sia provata e dichiarata dal giudice.— Neppure distingueremo le condizioni di validità naturali da quelle legali. Se il consenso non è dichiarato nella forma prescritta dalla legge, se, ad esempio, uno abbia consentito un'ipoteca, una donazione, un contratto di matrimonio per semplice scrittura privata, l'atto di consenso è nullo civilmente, come se naturalmente ed in realtà mancasse il consenso.

Tuttavia la dottrina comune c'insegna, che in certi casi la *validità* e la *nullità* si presentano siffattamente *combinare insieme*, che l'atto non ostante il difetto di una qualche condizione di validità sia valido *in actu* e nullo *in potentia*, cioè non realmente nullo, ma solo *annullabile* e così valido provvisoriamente e imperfettamente.

Non è questo il luogo di discutere la *verità* e il *significato* di tale dottrina, le speciali ragioni che possono occasionare ed anche giustificare in certi casi cotesto sistema. Basterà ritenere, non essere ammissibile come regola generale, e doversene dare la prova in tutti quei casi speciali in cui si pretenda introdotto per legge. Sta in luogo di regola il principio assai più semplice e razionale, e non bisognevole di una particolare dimostrazione, distinto in tre canoni, come segue:

1° L'atto è valido *con tutte le conseguenze normali della validità*, se tutte le condizioni di validità naturali e legali sono in esso adempiute;

2° L'atto è nullo *con tutte le conseguenze normali della nullità*, se manca pur una sola di quelle condizioni di validità che sono prescritte nell'interesse di tutti;

3° Che se mancano condizioni di validità prescritte solo nell'interesse di certe persone, allora, *in riguardo a queste persone è nullo l'atto con tutte le conseguenze normali della nullità*, mentre *in riguardo a tutti gli altri l'atto è valido con tutte le conseguenze normali della validità* (nullità relativa, validità relativa).

Così la validità relativa non è la validità provvisoria, nè la nullità relativa è per se stessa la semplice annullabilità, una semplice nullità *in potentia*.

Le dottrine odierne sulla validità provvisoria in confronto dell'*annullabilità* richiamano l'antico concetto degli atti *ipso jure* validi ma rescindibili *jurisdictione prætoris*: anzi quell'antico concetto si rappresenta intero *nelle azioni rescissorie* del diritto moderno, quando la legge a fronte di un atto legalmente valido pur ne abbandona la sorte al potere discrezionale del giudice concedendogli di restituire in intero la parte lesa, secondo circostanze indeterminate e da apprezzarsi liberamente dall'equità e dal senno del giudice. In questi casi di permessa restituzione in intero, il legislatore stesso introduce un dualismo tra le *condizioni legali* e l'*equità discrezionale* del giudice che richiama l'antico contrasto tra il *jus civile*, e la giurisdizione pretoria. — Non fia però che si attenti di trasferire nei nuovi sistemi gli antichi commenti chi non sappia per bene discernere in questa materia le vere dalle false analogie; nè il saprà chi non conosca appieno lo *spirito* e le condizioni *razionali* del diritto moderno in relazione al *verbo giuridico* e alle condizioni *logiche* e *storiche* del diritto romano.

Alle azioni nei giudizi civili rispondono le *eccezioni*: su di esse perciò noi dobbiamo brevemente trattenerci.

Prese in senso larghissimo le *eccezioni* comprendono tutte le difese che il convenuto contrapponga all'azione del suo avversario. Queste difese derivano certamente tutte da qualche difetto che sia inerente all'azione: perocchè l'azione civile, a cui nulla manchi, ottiene infallibilmente il suo intento, e non vi ha opposizione che valga ad impedirne l'effetto.

Ora il difetto dell'azione può essere o nel *diritto* o nel *modo di agire*, e così riguardare o il *merito* dell'azione, oppure il *giudicio*. A questi due generi di difetti corrispondono due generi di *eccezioni*: perocchè altre di esse feriscono il merito stesso della questione, il titolo del diritto, altre riguardano puramente il giudizio. Le *eccezioni*, che feriscono il diritto d'agire sono *perentorie* o *dilatorie*. Le *perentorie* estinguono il diritto: tale sarebbe l'eccezione di pagamento o di prescrizione. Le *dilatorie* ne sospendono solo l'esercizio: ora queste si suddividono ancora in due specie, perocchè altre hanno per iscopo diretto di ottenere una dilazione, siccome sarebbe l'eccezione desunta dal patto che accorda un termine al debitore; altre poi hanno bensì per *effetto* di sospendere l'esercizio dell'azione, ma il loro scopo diretto è diverso. Così l'eccezione opposta dal fidejussore perchè il creditore abbia ad escutere prima i beni del debitore principale, non è *perentoria* poichè non *perime* il diritto del creditore nemmeno rispetto al fidejussore: solo ha per effetto di sospendere l'esercizio dell'azione verso il fidejussore, senza che tale ne sia lo scopo diretto, poichè la dilazione che il fidejussore viene a conseguirne non è che la conseguenza dell'obbligo del creditore di rivolgersi prima al debitore principale.

Le *eccezioni* che concernono non più il diritto, ma il

solo *giudizio* assumono le medesime forme; perocchè sono *perentorie* o *dilatorie* e queste ultime (le *dilatorie*) sono pure di doppio genere. Le eccezioni relative al *giudizio*, e che si dicono *perentorie*, non *perimono* l'azione, ma solo il *giudizio*: di esse abbiamo un notevole esempio nell'eccezione detta *declinatoria del fóro* che dal convenuto si oppone quando sia tratto davanti ad un tribunale incompetente. Questa eccezione detta anche eccezione d'incompetenza, non *perime* l'azione (chè l'attore potrà promuoverla davanti al giudice competente) ma *perime*, ove sia accolta, il *giudizio*. Altre eccezioni esistono pure, le quali risguardano solo la forma e le condizioni della procedura giudiziaria, e *perimono* ancora il *giudizio*: tali sono quelle che si desumono dall'incapacità di una delle parti di stare in *giudizio*. — Delle *eccezioni dilatorie* che riguardano solo il *giudizio*, alcune mirano direttamente ed unicamente a conseguire una dilazione, come se il convenuto avendo diritto di chiamare in causa un garante chieda una dilazione per poterlo chiamare: altre sospendono bensì *indirettamente* il *giudizio* ma si propongono uno scopo diverso; tale si è l'eccezione con cui il convenuto chiede all'attore straniero una cauzione qual condizione preliminare del processo.

Così esposta l'intima natura delle eccezioni, non possiamo dissimulare che essa non fu sempre descritta con eguale classificazione. Di qui nasce una confusione non solo nelle dottrine, ma talvolta anche nel testo delle legislazioni in quanto concerne i nomi e le specie delle eccezioni diverse.

In questa materia la legge di procedura suol mirare più all'effetto pratico che all'esattezza scientifica, e persegue spesso come *dilatoria* una specie di eccezione che

nella pratica soglia favorire la mala fede e gli abusi, quantunque per avventura la scienza possa definirla altrimenti.

Tuttavia le definizioni teoriche saranno sempre il primo punto di partenza, salvo a considerare in seguito tutti gli elementi speciali della legge che si tratti d'interpretare.

Dicemmo che le eccezioni nel significato più ampio comprendono tutte le difese possibili. Questo concetto in riguardo alle eccezioni di merito vuol essere maggiormente chiarito.

Tutte le difese possibili si riducono a due forme: perocchè il convenuto talora nega semplicemente il fatto che sta a fondamento dell'azione e che dall'attore non si sia provato: in allora la difesa si presenta sotto forma assoluta, perocchè il convenuto negando l'allegazione dell'attore non abbisogna di ulteriori condizioni per vincere. Altre volte il convenuto per difendersi, afferma egli medesimo un fatto, ed in allora la difesa assume una forma puramente ipotetica, perocchè l'efficacia della difesa presuppone il fatto affermato dal convenuto, e finchè questo fatto non è provato si ha per sussistente ed efficace l'azione promossa dall'attore. Così sarà una difesa ipotetica l'eccezione di pagamento che a fronte del credito provato abbisogna di essere provata a sua volta.

Ora a parlare propriamente sotto nome di *eccezioni* vengono unicamente le *difese ipotetiche*, onde si disse che *reus in excipiendo fit actor*.

Ciò posto, potremo comprendere la analogia che corre fra il sistema attuale delle *eccezioni* specialmente di quelle di merito, ed il sistema delle *eccezioni* secondo la romana giurisprudenza. Ella è cosa certissima che nel diritto romano non sono qualificate *eccezioni* le difese che dicemmo

presentarsi sotto forma assoluta : onde in questa parte le due legislazioni concordano.

Quanto alle difese che si appoggiano a fatti nuovi allegati dal convenuto, e che da lui si devono provare, la romana giurisprudenza non chiamava *exceptiones* le difese fondate sull'antico diritto civile, le quali operavano il loro effetto *ipso jure*, quale, ad esempio, sarebbe stata la difesa desunta dal fatto del pagamento, quantunque a dir vero, anche a cotale difesa (in tema di prove) applicavasi il principio che *reus in excipiendo fit actor*. Il puro diritto romano chiama *exceptiones* le difese introdotte dall'equità pretoria. Però lo stesso potere legislativo non sdegnò in certi casi cotesta forma indiretta, come ne fanno fede le *exceptiones* dei *senatus-consulti* Vellejano e Macedoniano. La proprietà caratteristica delle *exceptiones*, in diritto romano, consisteva nella necessità di doverle opporre espressamente nei giudizi *stricti juris*, nei quali il giudice non avrebbe potuto supplirle d'ufficio. In diritto moderno, quando i fatti sono provati, e *formulate le conclusioni*, il giudice supplisce d'ufficio tutti i mezzi giuridici emergenti dai fatti e conducenti alle conclusioni, eccettuate sol quelle *eccezioni di diritto*, che una speciale disposizione di legge (come avviene nella prescrizione) abbia inibito al giudice di supplire d'ufficio.

TITOLO QUARTO

Della competenza.

CAPITOLO I.

Della competenza in ragione della materia.

Essendo ufficio dell'Autorità giudiziaria dichiarare ed applicare il diritto (*jus dicere, declarare*), la di lei potestà fu detta *jurisdictio*, giurisdizione: della quale tante sono le specie, in quante specie si divide il diritto e il relativo contenzioso giuridico: onde emerge la giurisdizione civile, la giurisdizione commerciale, la giurisdizione penale (1) e la giurisdizione amministrativa, la quale si esercita sul contenzioso giuridico-amministrativo emergente dai rapporti del cittadino collo Stato in quanto sono determinati dalle leggi di pubblica amministrazione (2).

La giurisdizione sulle materie governate dalle leggi ci-

(1) Della quale trattiamo nella seconda parte di questo volume.

(2) Di questa specie di contenzioso, e della relativa giurisdizione ragioniamo nel seguente titolo.

vili ordinarie si esercita di regola in prima istanza dai tribunali civili di circondario.

La giurisdizione commerciale appartiene *ab antico* a tribunali composti di commercianti, ovvero siffattamente costituiti, che in essi l'elemento commerciale sia rappresentato. In quei circondarii, in cui non esistono tribunali commerciali appositamente istituiti, ne fanno le veci, a tenore della vigente legge, gli stessi tribunali civili. Le sentenze dei tribunali di commercio, come quelle dei tribunali civili si recano in secondo grado alle Corti di Appello, le quali per tal modo concentrano in sè (pel secondo grado) anche la giurisdizione commerciale, senza che nella composizione di esse l'elemento commerciale sia punto rappresentato. Contro i giudicati delle Corti di Appello in materia civile e commerciale la Legge appresta la domanda di cassazione a tenore dei principii che abbiamo altrove discorsi (1).

Ma dal contenzioso civile e commerciale, devoluto di regola ai tribunali civili o commerciali di circondario, la legge ha staccato gli affari dell'uno e dell'altro genere, che non eccedano il valore di lire mille: valore arbitrario, determinato però dal duplice intento: 1° di avvicinare, per gli affari di minore importanza, l'amministrazione della giustizia al domicilio dei cittadini; 2° di fissare all'uopo una regola certa di competenza. In questo intento la cognizione degli affari civili o commerciali non

(1) Pare che per l'ordinamento della giurisdizione commerciale in prima istanza la legislazione non abbia ancor ritrovato una base ben certa e sicura. Anzi allo spirito dei nostri legislatori balenò l'idea di affidarla per intero e senza temperamento ai tribunali civili ordinarii. Ma questo per le piazze marittime più importanti, in cui si fa il *mercato del mondo*, già sarebbe a nostro avviso un errore. Ritorneremo sulla questione nelle appendici di complemento.

eccedenti il valore di lire mille fu attribuita in prima istanza ai giudici di mandamento con ricorso in grado di appello ai tribunali civili o commerciali di circondario, secondo la qualità della materia. E allora (non essendo mai concesso un secondo appello) le sentenze dei tribunali suddetti emanate in seconda istanza costituiscono un *giudicato*, contro il quale la legge appresta ancora la domanda di cassazione.

Nel determinare il *valore* della causa (poichè anche dal valore dipende la competenza) che pure a prima vista parrebbe un punto sì semplice, possono insorgere questioni di doppio genere: 1° per sapere quali somme e quali cose siano *computabili* nel formare la *massa valutabile della causa* (questioni di computo) (1): 2° per sapere come la massa valutabile, una volta formata, si abbia a *stimare* e tradurre in *cifra* unica, e così vedere, se il valore della causa superi o no la cifra di lire mille (questioni di valutazione o di stima) (2). In questo argomento il criterio legislativo predominante è la *certezza*: poco importa che il valore sia stabilito per approssimazione e talvolta possa accadere che si ritenga dal giudice una causa superiore d'alquanto al valore di lire mille, o si rinvii una causa d'alquanto inferiore: quello che realmente importa si è la *certezza* della regola, e la prontezza della decisione sulla competenza, *senza processi probatorii*. E questo criterio informa veramente tutte le regole dettate in proposito dal legislatore: nell'applicazione delle quali il giudice si prevarrà della *notorietà* dei valori, o, come altri ha detto, della evidenza, e meglio si direbbe, di quelle

(1) V. Cod. pr. civ., art. 32, 33, 34, 35.

(2) V. Cod. pr. civ., art. 36, 37, 38, 39, 40, 41.

cognizioni universali che formano il patrimonio comune delle menti colte e ammaestrate dalla pratica del civile consorzio. *Per attingere alle fonti del comune sapere, il giudice non abbisogna di processi probatorii e di forme legali.* Del resto la giurisdizione del giudice di mandamento dirimpetto a quella del tribunale sta come la eccezione alla regola: se dunque la valutazione sarà o impossibile o dubbia, la causa apparterrà per ciò stesso alla giurisdizione regolare del tribunale.

La incompetenza per ragione di valore si parifica *legalmente* alla incompetenza per ragion di materia: in quanto il giudice di mandamento è incompetente a conoscere *delle materie* civili o commerciali, salvochè sia accertabile ed accertato che esse non eccedono il valore determinato. Ora si tiene per certissima regola, che la giurisdizione regolata per ragioni di materia non si può *prorogare* (estendere) per volontà delle parti espressa o tacita. Indarno adunque in una questione civile ordinaria le parti si sottometterebbero alla giurisdizione di un tribunale di commercio, la quale non è estendibile a materie non sue; e di fronte al testo della legge (la quale dichiara improrogabile qualunque giurisdizione per ragion di materia), noi crediamo pure certissima ed incontrovertibile la proposizione inversa, e *teniamo improrogabile la giurisdizione civile alle materie commerciali*: nè sappiamo come al cospetto della legge si possa giustificare la giurisprudenza contraria che pur sembra prevalere (1).

(1) Molte volte la competenza riesce *dubbiosa*; e dopochè nel dubbio le parti riconobbero quasi per tacito accordo una giurisdizione, annullare più tardi giudizio e sentenze sotto pretesto che non ostante il dubbio l'affare si possa riconoscere di altrui competenza; e il vizio d'incompetenza *ratione materiae* sia insanabile, ecco quello che parve sempre duro ed iniquo, e

Il territorio del regno, sotto il rispetto giudiziario, è diviso in distretti, a ciascuno dei quali presiede una Corte di appello: ogni distretto è diviso in circondarii coi rispettivi tribunali dipendenti dalla Corte. Finalmente ogni circondario è suddiviso in mandamenti con un giudice per ogni mandamento dipendente dal tribunale del circondario.

Non basta dunque conoscere il *valore* della causa e sapere che essa appartiene alla cognizione di un giudice o di un tribunale: non basta conoscere la qualità della materia e sapere che la causa è devoluta alla giurisdizione di un tribunale civile o commerciale: ma fra i giudici, o fra i tribunali del regno, tutti competenti in ragione di quel dato valore o di quella data materia bisogna sceglierne uno; bisogna sapere a qual circondario, a qual mandamento appartiene la causa: bisogna insomma che alle regole di competenza in ragione della materia, la quale genera diverse qualità e specie di tribunali, la

sospinse la giurisprudenza a teorie men legali e più eque. Così sono sempre i bisogni della pratica, che (come già e più frequentemente nell'antica Roma) turbano talvolta la buona armonia tra la giurisprudenza e la legge. Il *punto di vista essenzialmente pratico*, a cui abbiamo accennato, forse dovrebbe richiamare l'attenzione del legislatore, ed apre di certo *un nuovo campo* alla discussione, che noi per conto nostro riserviamo alle appendici di complemento.

Intanto avvertiamo, che la *competenza commerciale* è stabilita dal Codice di commercio in via di *enumerazione d'affari*. Tutti convengono, che l'*enumerazione* non è *tassativa*: ma sulla qualità degli affari che si debbano aggiungere alla enumerazione della legge, siccome compresi o da comprendersi anch'essi nella cerchia commerciale, regna la controversia sotto innumerevoli forme. A questo proposito noi già abbiamo in un altro libro (*) sviluppato un criterio giuridico-legislativo, che ci pare dedotto rigorosamente dalla vera e propria funzione che il commercio adempie nella sfera più ampia della vita civile.

(*) *Logica del diritto*, P. II, cap. 21.

legge aggiunga le norme di competenza in ragione del territorio, le quali segnano fra i tribunali *della medesima specie* quello che sia competente a conoscere della causa per ragione di luogo. Delle norme che reggono la competenza locale, ragioniamo nei seguenti capitoli (1).

(1) Avvertiamo, che delle azioni possessorie, in quanto sono attribuite in primo grado alla giurisdizione dei giudici di mandamento, senza limite di valore, trattiamo nel seguente titolo.

CAPITOLO II.

**Della competenza per ragione di territorio o di luogo,
e singolarmente dei primi due titoli che la determinano.**

I titoli generali determinanti la competenza locale sono quattro, cioè il domicilio del convenuto, la situazione della cosa, la convenzione espressa o tacita delle parti, e la connessione, o continenza di causa.

Facendo capo dai titoli di competenza locale che si desumono dal domicilio del convenuto, e dalla situazione della cosa, dobbiamo innanzi tutto definirne distintamente la rispettiva natura giuridica. Una doppia questione noi dobbiamo a questo riguardo proporci: e prima ci domandiamo, da qual principio dipenda il titolo di competenza desunto dal domicilio del convenuto? rispondiamo: esso dipende dai principii del *jus commune*. In secondo luogo: a qual principio si riferisce il titolo di competenza determinato dalla situazione della cosa? E rispondiamo: esso dipende dai principii del *jus singulare*. Se ciò è vero, nell'interpretazione del primo titolo si seguiranno le norme del *jus commune*: nell'interpretazione del secondo si applicheranno i principii del *jus singulare*.

A dimostrare come la competenza determinata dal domicilio abbia il suo fondamento diretto sui principii del *jus commune*, avvertiamo che la citazione in giudizio è il fatto

di un privato, ed essere la necessità sociale quella che obbliga un cittadino a comparire in giudizio per fatto e mera volontà di un altro cittadino. Ora le esigenze sociali derogano alla libertà individuale nei soli limiti della stretta necessità, ondechè se per una parte si ravvisa indispensabile che il cittadino chiamato da un altro incontri per ciò solo l'obbligazione di comparire in giudizio, per altra parte gli si debbe nell'esordio del giudizio, quando nulla è ancora contro di lui provato, inferire intanto il minore incomodo possibile: e ciò importa, che non altrove sia chiamato, che al tribunale del suo proprio domicilio: questo è principio di ragion naturale, espresso dalla giurisprudenza universale di tutti i tempi e di tutti i luoghi: *actor sequitur forum rei*.

All'incontro quando si dichiara che in certe controversie il giudizio debba instituirsi davanti al tribunale nel cui distretto è situata la cosa, si obbedisce a considerazioni di semplice convenienza: perocchè si crede che gli elementi e le prove necessarie a decidere la questione più facilmente si potranno raccogliere *in loco rei sitæ*, poichè in certe questioni occorrerà ricercare come e da chi sia stato esercitato il possesso che risulta da fatti locali, e questi fatti sono conosciuti da testimonii dimoranti nel luogo dell'insorta questione; in altre occorrerà apprezzare il valore di un fondo per mezzo di una perizia ovvero saranno necessarie altre operazioni che più facilmente si possono compiere ove la causa sia portata davanti al tribunale sedente *in loco rei sitæ*.

Adunque la legge che attribuisce una competenza al tribunale del luogo in cui è situata la cosa controversa si determina per considerazioni di utilità, e per questo titolo appartiene al *jus singulare*, il quale *introducitur est propter*

utilitatem contra tenorem rationis. Di qui si deduce che le disposizioni concernenti la competenza dei tribunali in ragione della situazione della cosa non si debbono estendere *per analogia*. Esse dovranno bensì venir osservate anche, ove sia mestieri, prendendo le parole nel loro più ampio significato qualora così persuada la manifesta volontà del legislatore, ma nel dubbio si seguirà sempre la regola: *actor sequitur forum rei*, cioè il foro del domicilio del convenuto.

Benchè nello stabilire la competenza del tribunale *rei sitæ*, il legislatore sia mosso dalle testè accennate considerazioni, non ha però dichiarato in modo generale e indefinito che il tribunale *rei sitæ* si ritenga competente semprechè apparisca che gli elementi della questione si possano meglio raccogliere nel luogo in cui è situata la cosa controversa.

Il legislatore doveva innanzi tutto fissare norme corte di competenza, epperchè nell'applicazione delle accennate ragioni di convenienza il legislatore procede per via di *presunzione legale* nella quale si prende per base la natura delle azioni. Così se si tratta di azioni personali, o di azioni mobiliarie che, come altrove dicemmo, vennero dalla legge alle personali pareggiate, il legislatore non crede che si debba aver riguardo alla situazione della cosa, e si attiene alla regola generale, onde deriva la *formola legale* che le azioni personali e le mobiliari si propongono al tribunale del domicilio del convenuto (1). All'incontro se

(1) Cod. pro. civ., art. 16. — Tuttavia il giudice del luogo, in cui esiste la cosa mobile *oggetto dell'azione* sarà competente qualora concorrano le seguenti due condizioni: 1° che il convenuto sia stato citato in persona propria, e non in persona di un congiunto o di un familiare, o di un vicino; 2° che la citazione sia stata fatta mentre il convenuto si trovava anche solo accidentalmente in quel luogo. — Pr. civ., art. 17.

si tratta di azioni reali ed immobiliari, in allora subentra la *presunzione assoluta* che sia più conveniente deferire il giudizio al tribunale *rei sitæ*: onde la formola legale che le azioni reali ed immobiliari devonsi proporre davanti al tribunale del luogo in cui è situato l'immobile oggetto della questione. Da queste due regole una terza ne discende concernente le azioni di carattere misto. Queste azioni in quanto che sono personali appartengono alla giurisdizione del tribunale del domicilio, ed in quanto sono reali, cadono sotto la competenza dei tribunali *rei sitæ*. Siffatta regola, già espressa in altri Codici, taciuta nel vigente, non cessa di essere un vero corollario giuridico delle prime due, e la logica del diritto la dovrà applicare finchè la legge positiva non introduce una disposizione diversa.

Vediamo ora con qualche esempio come il principio di diritto comune giovi a risolvere parecchie questioni, che altrimenti rimarrebbero senza criterio determinabile.

La petizione di eredità, quando si sollevi come incidente in un altro giudizio particolare, seguirà il *fôro* della questione principale per *connessione o continenza di causa* (altro titolo di competenza locale). Ma la petizione di eredità promossa per atto introduttivo d'istanza, in via principale, e *in universum* contro chi usurpi la qualità di erede, a qual tribunale dovrà recarsi?

La petizione di eredità nella forma predivisata non può annoverarsi fra le azioni personali e mobiliarie, nè fra le azioni reali immobiliari di cui parla la legge. In tesi *de jure constituendo* converrebbe forse assegnarle la competenza *speciale* del luogo dell'aperta successione di cui diremo in seguito. Ma finchè non interviene al riguardo una disposizione positiva di legge, noi seguiremo il prin-

cipio del *jus commune* e per la petizione di eredità in via principale e *in universum* non riconosceremo altra competenza che quella del domicilio del convenuto.

Similmente avviene nelle questioni di Stato e nelle relative azioni, le quali in *rem esse videntur*, ma non sono propriamente personali, e no di certo reali immobiliarie. Anche per esse adunque *actor sequitur forum rei* non tanto in forza del testo positivo della legge, quanto in virtù del principio di *jus commune* a cui la legge non deroga.

Un'ultima applicazione del nostro principio ci piace notare, relativa alle questioni dei patronati sui benefizii ecclesiastici, le quali dalle patrie leggi sono deferite così per il possessorio come per il petitorio ai tribunali civili. Il patronato ecclesiastico suolsi assimilare ai diritti privati, e più precisamente ad una servitù sul beneficio. L'azione tendente a rivendicare un patronato parrebbe dunque analoga alle reali, ma l'analogia non basta. Il patronato ecclesiastico non è propriamente una servitù, e molto meno un diritto reale immobiliare: non essendo applicabile per semplice analogia la competenza di *jus singolare ratione rei sitæ*, formolata dalla legge per le azioni reali immobiliarie ne concludiamo a tenore del nostro principio, che le azioni tendenti a rivendicare un patronato su di un beneficio ecclesiastico debbono proporsi al tribunale del domicilio del convenuto.

CAPITOLO III.

Della situazione della cosa qual titolo di competenza locale (*continuazione*).

Già conosciamo l'indole della regola, per cui le azioni immobiliari e puramente reali appartengono alla giurisdizione del tribunale del luogo in cui l'immobile è situato: vediamone ora le principali applicazioni.

Innanzi tutto ricorderemo che le azioni reali si considerano o in astratto, *in potentia*, cioè prima del loro esercizio e come garanzie generali del diritto reale ovvero *in actu*, vale a dire quando già nacque per la turbativa altrui l'occasione e il diritto di esercitarla. Considerate nel loro esercizio le azioni reali non sono questioni puramente reali, perocchè la turbativa è un fatto che suol produrre obbligazioni personali come quella di risarcire il danno, di restituire il possesso usurpato, ed i frutti indebitamente percetti, alle quali obbligazioni corrisponde un'azione personale. Laonde dicendo la legge esser competente il tribunale *rei sitæ* per le azioni puramente reali immobiliari, dobbiamo intendere che essa abbia voluto parlare delle azioni considerate in astratto, e da questo concetto deriva la conseguenza, che quel medesimo tribunale *rei sitæ*, il quale conosce dell'azione in se stessa reale conoscerà pure di quelle domande personali che

hanno per causa l'indebita turbativa del possesso (1). Adunque per applicare la nostra regola ai casi particolari dovremo sempre considerare di qual natura sia il diritto che si propone come base della domanda promossa, e per formarci un criterio pratico che ci guidi in questa applicazione converrà esaminare quali siano le forme principali delle domande sotto cui si nasconde il diritto puramente reale.

La prima e la più sensibile di queste forme è senza dubbio quella della rivendicazione: quando si rivendica il possesso della proprietà indebitamente usurpata, o di un diritto di servitù al di cui esercizio si oppone con vie di fatto il proprietario del fondo serviente, ovvero quando si chiede al possessore del fondo ipotecato il rilascio del fondo medesimo per essere venduto a soddisfazione dei creditori, in tutti questi casi si rileva nella forma più sensibile il diritto e l'azione puramente reale. Ma talora la questione sorge unicamente sulla qualità del diritto, sulle sue modalità, sul modo in cui si debbe esercitare, sulla maggiore o minore sua estensione: ed in questi casi sebbene manchi la forma rivendicatoria, è palese tuttavia trattarsi di azione reale, perocchè il titolo della domanda è un diritto di proprietà benchè non tutta la proprietà cada in questione. — Altre volte accade che la controversia si promuova sopra la libertà del dominio. Così se il mio vicino pretenda avere un diritto di servitù sopra il mio fondo, nascerà da questa sua pretesa un'azione (che dai Romani chiamasi negatoria) per rivendicare la libertà del fondo, e certamente anche questa azione dovrebbe recarsi al tribunale del luogo in cui è situato il

(1) Cod. pr. civ., art. 15, 21.

fondo del quale si rivendica la libertà. Poniamo ancora, che siasi presa sul fondo altrui iscrizione di un'ipoteca che il proprietario del fondo crede non esistere o non essere validamente costituita: nascerà in suo favore una azione tendente a rivendicare la libertà della sua proprietà dalla pretesa ipoteca, la domanda della cancellazione dell'ipoteca non sarà che *accessoria*, e perciò di essa ne conoscerà il tribunale del luogo in cui si trova l'immobile colpito dall'iscrizione. — Di qui la conseguenza che anche le azioni per cui si chiede non la cancellazione totale dell'ipoteca, ma la sua riduzione, o per rispetto alla quantità del fondo o per rispetto alla quantità della somma iscritta, tendendo esse pure a rivendicare se non in tutto almeno in parte la libertà del fondo, sono ancora vere azioni reali, poichè il diritto da esse protetto si è sempre il diritto di proprietà: onde è che di esse conoscerà e giudicherà quel medesimo tribunale nella di cui giurisdizione sia l'immobile situato. — Si avverta però che le azioni tendenti a far cancellare o ridurre le iscrizioni ipotecarie talora dovranno *in via accessoria* essere deferite alla cognizione di un tribunale diverso. Poniamo che sorga la questione sull'esistenza del debito, e si pretenda non esistere l'ipoteca perchè estinto il debito, la questione principale verterà in tal caso sull'esistenza del debito e dipenderà per conseguenza da un'azione personale, la di cui competenza, come già sappiamo, è diversa. L'azione di cancellazione dell'ipoteca in tale ipotesi si presenta come *accessoria* alla questione principale, e perciò per connessione di causa sarà portata al tribunale del domicilio del convenuto (1).

(1) Cod. pr. civ., art. 21.

Le mentovate azioni si promuovono sempre in conseguenza di un fatto che disconosce il diritto altrui: senza questo fatto, già lo dicemmo, l'azione esiste *in potentia* ma non esperibile *in actu* mancando la turbativa. Tale si è la regola generale. Per eccezione però alla regola il diritto moderno permette in certi casi che si possa promuovere l'azione in riconoscimento del diritto, benchè non sia avvenuta alcuna turbativa. Ciò si verifica (restringendo il discorso ai diritti reali) quando il diritto abbia una durata indefinita, e così tale da potere eccedere il trentennio. In simili casi al titolare del diritto, benchè non sia turbato, la legge appresta un'azione allo scopo di ottenere dichiarata e confermata l'esistenza del diritto, e guarentirsi contro la prescrizione. Così nelle ipoteche, le quali nella multiplice varietà di ragioni e di guarentigie possono avere un'esistenza indefinita, dapprima la dottrina francese e poi la stessa nostra legislazione accordò un'azione che si promuove dal creditore ipotecario onde ottenere o spontaneamente o giudizialmente una nuova dichiarazione dell'ipoteca esistente, la quale dichiarazione interrompa la prescrizione (1). Così pure il diritto ad una rendita fondiaria è certamente reale, perocchè la rendita è dovuta dal fondo, da qualunque possessore del fondo ed unicamente in tale qualità. Ora al titolare della rendita fondiaria che dura a perpetuità, la legge concede pure un'azione in riconoscimento del suo diritto di trentennio in trentennio: e forse parrà, che l'azione rivesta un carattere di personalità, imponendo la legge al possessore di consentire sull'istanza del creditore *un nuovo documento della rendita*: ma se la forma è diversa,

(1) Cod. civ., art. 2304, 2° alinea.

la sostanza è la stessa, e diremo che come le azioni tendenti ad ottenere una nuova dichiarazione dell'ipoteca, così quelle dirette ad ottenere un nuovo documento della rendita si recheranno ai tribunali del luogo in cui si trova l'immobile che è vincolato da ipoteca o da rendita.

CAPITOLO IV.

Della competenza locale nelle azioni di carattere misto (domicilio e situazione della cosa) (continuazione).

A conoscere delle azioni miste, cioè di quelle che sono personali o reali, secondo che l'attore intende proporre il diritto personale o reale, sono egualmente competenti il tribunale del domicilio del convenuto e quello della situazione. E già avendo discusso la ragione e l'indole di questa regola, ora prendiamo ad esaminarne le principali applicazioni. Cadono in quest'esame le azioni dirette ad ottenere l'esecuzione dei contratti di alienazione, le azioni risolutive, le rescissorie e le revocatorie.

Per l'esecuzione di un contratto di alienazione d'immobili compete al compratore un'azione che garantisce ad un tempo un diritto personale *ex contractu*, e un diritto reale, cioè la proprietà che per virtù del contratto si trasmette di pieno diritto nel compratore. Spetterà adunque al compratore in forza dell'azione personale la facoltà di recare la causa al tribunale del domicilio del venditore, benchè l'immobile venduto sia per avventura situato in circondario diverso, ovvero in forza dell'azione reale avrà potestà di chiamare il venditore al tribunale *rei sitæ*, quantunque il venditore non sia domiciliato nello stesso distretto. — Ma poniamo che il venditore, forse

credendo che la prima vendita da lui consentita sia invalida, abbia preteso di vendere, e questa volta consegnare effettivamente l'immobile ad un terzo. In tale caso l'azione mista, come già sappiamo, si disgiunge in due per la diversità di persone, ma entrambe connesse, come la conseguenza si connette al principio. Se dunque il primo acquirente proporrà l'azione personale contro il venditore e al domicilio di questi, vi sarà tratto per *continenza* di causa anche il secondo compratore possessore della cosa benchè situata in altro distretto. E se lo stesso primo acquirente promuoverà direttamente la sua azione reale contro il possessore proponendola nel *fôro rei sitæ*, il venditore, dovunque sia domiciliato, sarà pur chiamato al medesimo *fôro*, ancora per connessione di causa. Nell'una e nell'altra ipotesi vi ha sempre la medesima connessione di causa, perocchè le due azioni distinte per qualità di persone dipendono dal medesimo titolo ed hanno il medesimo oggetto.

Il simile avviene nelle azioni risolutive. Al verificarsi della condizione chi è obbligato a restituire l'immobile, il di cui dominio nel medesimo *istante di ragione* ritorna di pien diritto all'antico proprietario, potrà essere chiamato da quest'ultimo o in via di azione personale al *fôro* del domicilio, o in via di azione reale al *fôro rei sitæ*: quando l'immobile si trovi già posseduto da un terzo, verranno entrambi chiamati all'uno o all'altro *fôro*, l'uno direttamente, e l'altro per *continenza* di causa.

E poichè le azioni rescissorie operano allo stesso modo delle azioni risolutive benchè per causa diversa, si ripeteranno nelle medesime, quanto alla competenza locale, le medesime facoltà e gli stessi fenomeni. Se non che occorre un dubbio relativo alle rescissioni per causa di

lesione. Riscisso il contratto di vendita per causa di lesione, la proprietà dell'immobile non ritorna in modo assoluto al venditore, essendo salva al compratore la facoltà di supplire il giusto prezzo. Onde parve ad alcuni che l'azione di rescissione per causa di lesione sia essenzialmente personale, tendendo in sostanza a conseguire un supplemento di prezzo. L'errore di questa opinione apparirà manifesto a chi consideri che la natura delle azioni è sempre determinata dalla natura del diritto che dalle medesime si guarentisce. Ora il diritto guarentito dall'azione rescissoria per causa di lesione è la proprietà, perocchè promovendosi il giudizio rescissorio si chiede sia dichiarato: 1° Che la proprietà non fu efficacemente trasmessa al compratore; 2° Che questa proprietà non può essere acquistata dal medesimo se non mediante una condizione, vale a dire il pagamento di un supplemento di prezzo. In ambi questi capi la dichiarazione riflette pur sempre il solo diritto di proprietà che spetta all'attore, fin tanto che non è adempiuta la condizione del *supplemento* facoltativa al possessore. Costui ha diritto di acquistare sottomettendosi ad un altro prezzo, ma intanto non ha ancora acquistato la cosa. Conchiudiamone adunque che l'azione di cui si tratta essendo reale rispetto al diritto che protegge, e personale perchè derivante *ex contractu*, ricade colle altre nel novero delle azioni miste, e perciò applicheremo anche riguardo ad essa ciò che dicemmo delle rescissorie in genere e delle risolutive.

Che se egli è vero, come non dubitiamo, che in diritto moderno l'azione rivocatoria per causa di frode (l'*azione Paulliana*) segue il fondo anche presso i terzi aventi causa

dal primo compratore complice della frode (1), ne risulterà, per applicazione degli stessi principii, che i creditori fraudati avranno la scelta del fòro o al domicilio del debitore, chiamandovi anche i possessori dei beni, ovvero nel luogo della situazione dei beni chiamandovi ancora il debitore ed i possessori.

Non vogliamo tuttavia dissimulare che questa perpetua facoltà di scegliere il tribunale, risultante dalle azioni di natura mista a favor dell'attore, potrebbe non essere senza inconvenienti e richiamare l'attenzione del legislatore. In materia di competenza la certezza e semplicità delle norme è di somma importanza, e forse a conseguire semplicità e certezza nel discorso argomento gioverebbe prender per base, non la natura ma l'oggetto dell'azione, e assegnare indistintamente al fòro della situazione qualunque *azione immobiliare*, cioè qualunque azione, che personale o reale o di mista natura pur tenda a conseguire o a ricuperare immobili determinati. In senso inverso il legislatore potrebbe dare la prevalenza all'elemento personale e decidere, che le questioni di risoluzione, di rescissione e di revocazione di atti civili, benchè ne risulti per effetto legale la ricupera di un diritto reale immobiliare, appartengono al fòro del domicilio di quella persona che vi sia per fatto personale impegnata, traendo allo stesso fòro i terzi per connessione di causa.

Ma finchè la legge stessa non sceglie espressamente tra l'uno e l'altro fòro, la logica, sola guida del giudice nelle questioni civili, ci persuade, che la scelta appartiene all'attore investito di due diritti distinti con due competenze diverse.

(1) V. *Logica del diritto*, P. I, capo 21, n. 11.

Ed avvertiamo ancora che se vi hanno azioni a cui sia appropriata esclusivamente la giurisdizione del luogo *rei sitæ* queste sono certamente le azioni regolative dei confini (*finium regundorum*) e quelle divisorie d'immobili singolari tenuti in comuni da due o più comproprietarii. Eppure aspettiamo ancora dai nostri legislatori una formola ben chiara in proposito.

Sui due primi titoli determinativi della competenza territoriale concluderemo avvertendo:

Che sebbene il domicilio civile intenzionale, e la residenza abituale di fatto vadano d'ordinario e naturalmente congiunti, tuttavia talvolta si disgiungono e giuridicamente non sono identici.

Che però in tema di competenza locale la legge per non esporre l'attore ad errori e a contestazioni preliminari d'esito incerto, molto giustamente e opportunamente parifica il domicilio e la residenza abituale, distinti però l'uno e l'altro dalla semplice dimora temporanea, la quale *da se sola* non basta ad assoggettare la persona alla giurisdizione locale.

CAPITOLO V.

Della convenzione speciale qual titolo di competenza locale.

La convenzione speciale è il terzo titolo, onde si desume la competenza locale per certe e determinate contestazioni.

Tra persone abitanti rispettivamente in lontane provincie e che pur avrebbero occasione di entrare in relazione d'affari la previsione della necessità di cercarsi al fòro del rispettivo domicilio reale potrebbe impedire o turbare le contrattazioni. Ondechè la legge permette che nelle singole contrattazioni le parti dichiarino di eleggere un domicilio *fittizio* in quel circondario la di cui giurisdizione torna loro più comoda.

Effetto di questo domicilio speciale, eletto contrattualmente, sarà, che per ogni domanda e contestazione relativa al contratto, a cui tale clausula si aggiunse, rendasi competente il tribunale di quel circondario, *come se le parti ivi realmente avessero residenza*, benchè non l'abbiano. Adunque la domanda di esecuzione del contratto; — le questioni riguardanti l'interpretazione del medesimo; — le domande di risoluzione del contratto, in *esecuzione* della clausula risolutoria espressa o tacita, e persino le azioni di rescissione e di nullità contro l'atto; — si recheranno al tribunale di quel circondario, in cui fu eletto il domi-

cilio fittizio. Dubitano alcuni, quanto alle azioni di rescissione e di nullità: ma indarno; perocchè, se la rescissione e la nullità si può senza fallo domandare *in excipiendo* contro una domanda di esecuzione, perchè non si potrà chiedere *in agendo*? Mentre l'una parte chiama nullo il contratto, l'altro lo dice valido; nel conflitto delle pretese intanto il contratto esiste, e designa a decidere la controversia il tribunale più competente, il giudice concordato fra le parti, non ripudiabile da quella che sostiene ancora attualmente la validità del contratto, ed accettato ancora dall'altra parte, che impugnando il contratto pure ricorre al tribunale del domicilio eletto.

La elezione del domicilio, non essendo altro che un patto aggiunto ad un contratto, si può invocare da tutti quelli e contro tutti coloro, ai quali eventualmente si trasmettono i diritti e le obbligazioni stipulate: ondechè la competenza del fòro contrattuale si trasmette attivamente e passivamente agli eredi e a tutti gli aventi causa dalle parti: ai terzi no: epperchè i creditori del creditore, usando dei diritti di questo, siccome *aventi causa legale* dal medesimo, recheràno l'azione al domicilio eletto; ma l'azione *pauliana* seguirà la competenza ordinaria, perchè i creditori del debitore impugnano il contratto che li pregiudica non quali *aventi causa*, ma quali terzi ed in nome proprio, come se avessero sulle cose in loro frode alienate un diritto reale.

E così gioverà talvolta fissare il domicilio contrattuale (fittizio) nel luogo stesso del domicilio reale, perchè quest'ultimo non passa agli eredi, e quello sì; e lega gli eredi indefinitamente a quella competenza locale a cui soggiaceva il defunto.

L'elezione del domicilio *fittizio*, se designa il circon-

dario od anche un *comune* del circondario, senza indicare altrimenti persona, casa, od *ufficio* presso cui il domicilio s'intenda eletto, produce unicamente l'effetto *attributivo id giurisdizione*, del quale abbiamo discorso.

Che se vi è anche designata una persona, la sua casa, ed il suo ufficio (ad esempio, lo studio del notaio, che ha ricevuto il contratto), allora la persona designata nella clausula elettiva del domicilio *s'intende costituita contrattualmente mandataria irrevocabile* per ricevere, occorrendo, l'intimazione dell'atto di citazione, ed ogni altra significazione legale o giudiziaria relativa al contratto. Però l'effetto *attributivo di giurisdizione*, e quello *indicativo del domicilio* a cui si possano fare le intimazioni, non sono inseparabili. Poniamo, che lo studio del notaio, che cessò di vivere, abbia cessato di esistere, il mandato suddetto si estingue per mancanza del mandatario, e le citazioni s'intimeranno al domicilio reale, comunque lontanissimo, del debitore; ma resta l'effetto *attributivo di giurisdizione*, e il debitore sarà citato a comparire dinanzi al tribunale di quel circondario, in cui fu eletto il domicilio contrattuale. Poniamo ancora, che la *persona designata nel domicilio fittizio* divenga l'erede del creditore che *stipulò* l'elezione di domicilio, e voglia essa medesima citare il debitore: non intimerà certo l'atto di citazione a se stessa; il mandato *incidit in eum casum, a quo incipere non potuit*; ed anche chiamando il debitore al tribunale del domicilio eletto, gli significherà l'atto di citazione al di lui domicilio reale, siccome si dee fare tuttavolta che eleggendosi domicilio in un circondario o comune di circondario non sia designata persona alcuna per ricevere gli atti d'intimazione: il che nella pratica raramente avviene.

Un principio antichissimo di giurisprudenza romana e

di diritto tradizionale introduce la presunzione legale, che ognuno s'intenda avere accettato la giurisdizione del luogo, in cui tenendo una dimora anche solo temporanea abbia contrattato (*in loco contractus*), ovvero promesso di eseguire l'obbligazione (*in loco destinatae solutionis*). La si direbbe quasi, in linguaggio moderno, una tacita o legalmente presunta *elezione di domicilio*. Però in materia civile ordinaria si aggiunge per condizione, che il debitore sia citato *personalmente* mentre ancor si trova in quel luogo: tornato il medesimo al suo domicilio reale, senzachè abbia ricevuto una citazione personale, svanisce la competenza *in loco contractus*. — In materia di società, che abbia stabilimenti amministrativi la *presunta elezione di domicilio speciale in loco contractus* ottiene fra i socii effetto assoluto. Ogni azione fra socii relativa alla società si propone al fôro del luogo, ove esiste, od abbia esistito (se già intervenne scioglimento e liquidazione) il principale stabilimento di essa (1). — Ed anche *in materia commerciale il forum contractus*, e quello *destinatae solutionis* sono mantenuti senza condizione, epperchè il debitore per causa commerciale, anche senza espressa elezione di domicilio, e benchè domiciliato e dimorante in tutt'altro distretto, potrà essere (con atto di citazione significato alla sua residenza reale) chiamato al tribunale del distretto, in cui fu fatta la promessa e la rimessione della merce, ovvero in quel distretto, in cui pei patti intervenuti l'obbligazione si deve eseguire (2).

(1) Pr. civ., art. 24.

(2) Pr. civ., art. 17.

CAPITOLO VI.

Della continenza di causa.

La connessione delle cause (*continentia causæ*) è il quarto titolo determinativo della competenza territoriale.

Cause connesse sono quelle che abbiano alcuni elementi comuni, e alcuni diversi; se *tutti* gli elementi fossero comuni, ne risulterebbero cause *identiche* e non solamente connesse: Se tutti gli elementi fossero diversi, mancherebbe ogni vincolo di connessione. Ora gli elementi costitutivi di tutte le cause sono: 1° le persone contendenti; — 2° il titolo della contesa, cioè quello a cui si appoggia la domanda e la relativa eccezione; — 3° La cosa che si domanda: (*personæ, causa petendi e causa excipiendi, res*): onde emergono due sommi generi di cause connesse: il primo di quelle che abbiano due elementi comuni e un solo diverso; il secondo di quelle che abbiano due elementi diversi, e un solo comune. Ciascuno di questi generi si suddivide poi in tre specie; perocchè tre essendo gli elementi, l'elemento diverso nel primo genere, e l'elemento comune nel secondo può variare tre volte.

A — Primo genere.

a) *Prima specie* comprensiva dei casi, in cui nelle due cause connesse stanno le stesse persone, e ricorre lo stesso

titolo, ma diverse sono le cose domandate (*eadem persona, eadem causa petendi o excipiendi, diversa res*). Appartengono a questa specie:

1° Il caso della *riconvenzione* dipendente dal medesimo titolo dell'attore. Il locatore istituisce una causa contro il conduttore pel pagamento del fitto: e questi allegando di non avere il possesso della cosa locata, o di non averla in stato *lodevole* a tenor del contratto, non solamente oppone l'*exceptio non impleti contractus* (la quale non toglierebbe l'*unità della causa* comprensiva sempre dell'azione e delle relative eccezioni); ma facendosi *vice mutua* attore chiede, in via di *riconvenzione*, cioè di propria sua domanda *riconvenzionale* che il suo avversario sia condannato a consegnargli effettivamente e in buono stato la cosa locata; ne risultano così due azioni (*mutuæ petitiones*), cioè due cause, nelle quali stanno le stesse persone, e ricorre lo stesso titolo (il contratto di locazione); ma diverso è l'oggetto dell'una e dell'altra: il fitto è l'oggetto della prima, il possesso della cosa locata è l'oggetto dell'altra. Adunque la *riconvenzione* contro l'attore originario costituisce una causa nuova ma connessa, ed appartiene sempre alla giurisdizione del medesimo tribunale, anzi si propone nello stesso giudizio, *dovunque sia domiciliato il convenuto nella nuova causa* (l'attore originario);

2° La *riconvenzione* anche dipendente da titolo diverso, quando abbia per oggetto una somma *compensabile* colla domanda del primo attore. Chi mi chiama in giudizio (ad esempio) per la restituzione di un mutuo, deduce *nella causa* la propria azione, e tutte le eccezioni opponibili alla medesima, quali sono le eccezioni di pagamento e di compensa. Se dunque mi limito ad opporre la *compensa* di un mio credito maggiore sino a giusta concorrenza col credito

dell'attore, *la causa è una sola*. Ma se facendomi attore a mia volta propongo in via di riconvenzione, che l'attore stesso, fatta prima la compensa, sia poi condannato pel pagamento a mio favore del maggior mio credito, ne emerge una seconda *causa* (una nuova domanda), il titolo della quale è quel medesimo *che già appartiene alla prima causa qual titolo di eccezione*. Standovi dunque le stesse persone, e ricorrendo il medesimo titolo, la cognizione della causa riconvenzionale (non ostante la diversità delle cose domandate) appartiene (come la precedente) alla medesima giurisdizione e allo stesso giudizio. Così la *compensabilità unifica*; fa scomparire la diversità originaria del titolo. — Se la riconvenzione dipendente da un titolo diverso avesse anche per oggetto una cosa non compensabile, la nuova domanda non sarebbe *connessa*, non apparterrebbe allo stesso giudizio, e seguirebbe la competenza normale del domicilio del convenuto, o della situazione della cosa, come si dirà tra breve.

b) Seconda specie comprensiva dei casi, in cui la cosa, e il titolo della contesa sono comuni (*eadem res, eadem questio*), e le persone diverse. Appartengono a questa specie:

1° Le obbligazioni solidarie egualmente principali. Il creditore chiama entrambi i debitori solidali ad un medesimo tribunale, benchè residenti in circondarii diversi, ed anzi appartiene all'attore stesso la scelta tra i due circondarii (1);

2° Le obbligazioni solidali, una principale e l'altra accessoria. Il creditore chiama il debitore principale al suo

(1) Pr. civ., art. 16.

proprio domicilio, e per connessione di causa vi chiama pure il fideiussore benchè domiciliato in circondario diverso. Anche qui le azioni e le cause sono distinte per diversità di persone, ma il titolo della domanda, e la cosa domandata sono comuni all'una ed all'altra: però la giurisdizione principale nella sede del debitore attrae l'azione accessoria contro il fideiussore e non permette all'attore di scegliere. E similmente al tribunale del luogo, in cui si disputa sulla esistenza e sulla estensione del debito, sarà pur chiamato *per connessione e per accessione di causa* il possessore dell'immobile ipotecato, tuttavoltachè dalla esistenza e dalla estensione del debito si faccia dipendere l'ipoteca;

3° Tutte le azioni miste, in quanto (come si è discorso più sopra) disgiunta in due l'azione mista, il possessore attuale è chiamato al fòro dell'azione contrattuale, o *vice-versa* la persona soggetta all'azione contrattuale è chiamata al fòro *rei sitæ*: perocchè nelle due cause distinte per diversità di persone il titolo della domanda (il titolo di acquisto o di ricupera del dominio) è lo stesso; ed è pur sempre la stessa cosa, che si ripete per azione personale e reale;

4° Le azioni di garantia. Il convenuto nella causa principale vi chiama *per connessione* il suo garante *dovunque domiciliato*, cioè quello che lo dee garantire o tenere indenne; perocchè il titolo prodotto, e la questione promossa dal principale molestante contro il *garantito* riflette anche il garante, al quale il *garantito* chiede a sua volta in questa o in quella forma la medesima cosa. Così se *nelle due cause di molestia, e di garantia* le persone sono diverse, in entrambe però si deducono *eadem quæstio, et eadem res*. Vero, che tra il garantito ed il garante possono insorgere questioni particolari; ma queste e singolarmente

la stessa questione preliminare, se il *chiamato in garanzia* vi sia *realmente tenuto*, seguono in qualità di *controversie accessorie* o *incidentali* la competenza dell'azione principale.

c) *Terza specie*: se, restando nelle due cause la medesima cosa disputata e le stesse persone contendenti, si diversifici il titolo o la *causa petendi*. L'attore appoggia la sua domanda ad un titolo: il convenuto dopo aver *negato* il diritto dell'attore, istituisce una nuova causa contro l'attore per *affermare* il diritto proprio sulla cosa controversa, e produce un titolo suo proprio. Non si dubita della connessione delle due cause, e il giudizio posteriore è inammissibile. Qualunque titolo relativo alla stessa cosa e tra le stesse persone deve proporsi così dall'attore come dal convenuto nello stesso giudizio.

B — Secondo genere.

a) *Specie prima*: diverso è il titolo, diversa la cosa in questione, ma stanno nelle due cause le stesse persone. Il convenuto al pagamento di un debito potrà egli, dinanzi alla stessa giurisdizione e nello stesso giudizio, proporre in via di riconvenzione contro l'attore la restituzione di cose mobili od immobili; oppure sarà egli tenuto a sua volta di chiamare l'avversario alla naturale sua giurisdizione? Manca (in ipotesi) la *compensabilità* che unifica le cause: pari deve sempre essere la condizione dei litiganti: le domande intrinsecamente non hanno connessione di sorta: diremo dunque *ex juris ratione*, che le due cause seguono ciascuna la rispettiva loro competenza ordinaria. Ma il legislatore mettendo l'*utilitas* in confronto della *juris ratio*, si abbatte in considerazioni di vario genere. Da un

lato l'*economia* potrà consigliare, che essendo già aperto un giudizio, in quello si abbiano a dedurre tutte le differenze di qualunque natura tra le stesse persone, e non moltiplicare i giudizi e le spese: dall'altro lato, se la riconvenzionale promovesse un'azione reale immobiliare, insorgono quelle considerazioni affatto speciali, che richiamano siffatto genere di controversie alla giurisdizione del luogo *rei sitæ*: ed anche trattandosi di valori mobiliari, la riconvenzione può essere talmente disparata e complicata, da recar confusione e dispendio maggiore e indebiti ritardi dell'azione originaria, a volerla discutere nello stesso giudizio. Oltrechè nessuna domanda debbe riceverli in giudizio se prima non è significata alla persona interessata a contraddirvi. Per questi riflessi, mentre neghiamo *ex jure ratione* la connessione di causa nella proposta specie, crediamo in tesi legislativa potersi proporre:

Che la *riconvenzione* non possa mai distrarre le *azioni reali immobiliari* dalla giurisdizione del luogo, in cui sono gli immobili situati:

Che per cose e valori mobiliari, benchè *non compensabili*, sia ammessa la riconvenzione nello stesso giudizio anche per l'*effetto attributivo della giurisdizione*, con che però la relativa domanda sia significata alla parte e non al solo procuratore non avente mandato per questo, e inoltre si dia facoltà al tribunale di disgiungere secondo le circostanze la riconvenzionale rinviandola ad un separato giudizio, siccome è stabilito nelle stesse cause di garanzia, che pur sono veramente connesse (1).

(1) La formola della legge attuale, come già quella del precedente Codice, pronunziando la parola *riconvenzione* senza definirla nelle tre ipotesi a cui si può applicare, riesce imperfetta, ambigua, ed anche *improvida*, trattandosi di materia, in cui l'*utilitas* forse richiede distinzione di casi. Altra

b) *Seconda specie* comprensiva dei casi, in cui nelle due cause sono diverse le persone, diverse le cose, identico il titolo della domanda. Appartengono a questa specie :

1° Il caso di una obbligazione *non solidale* assunta nello stesso contratto da più persone domiciliate in circondarii diversi verso un sol creditore. Poteva questi stipulare la *solidarietà*: e consentendo a dividere i debiti poteva esigere, che i debitori di *somme distinte* in forza di un medesimo titolo *eleggessero un fòro comune*, e rinunciasse così ciascuno al suo giudice naturale, e *in ipotesi* nol fece. Dovrà supplirvi la legge? e dare allo stesso attore la scelta del tribunale tra quelli da cui rispettivamente dipendono i debitori ;

2° Il caso di più eredi domiciliati in circondarii diversi succedenti a un sol debitore, tra i quali il debito si divide di pien diritto. Già però la legge ha provveduto con dichiarare che l'azione del creditore sia portata nella sua integrità contro tutti gli eredi ad un sol fòro, cioè al fòro dell'aperta successione, ossia a quello dell'ultimo domicilio del debitore defunto, purchè però il creditore agisca pendente l'indivisione, e in caso di erede unico, entro l'anno dal giorno dell'apertasi successione (1).

Tuttavia non essendo conveniente, che la *stessa questione* (benchè per somme diverse e contro diverse persone) sia trattata in più giudizi con dispendio maggiore e con pericolo di giudicati contraddittorii, non biasimeremmo la legge che con *formola espressa* si appaghi per tutti i casi

è la riconvenzione dipendente dal medesimo titolo, o che abbia per oggetto somme compensabili, ed altra è quella, a cui manchi l'identità del titolo, e la *compensabilità*: e in quest'ultima ricorrono ancora le considerazioni e distinzioni notate nel testo.

(1) Pr. civ., art. 22.

della identità del titolo o del fatto costituente la *causa pendendi*, benchè distinti siano i debitori e distinte le somme dovute (1).

c) *Terza specie*: diversi i titoli, diverse le persone, tutte però pretendenti alla medesima cosa (*eadem res*). La sola identità della cosa non basta a rendere due cause connesse. Perciocchè nella rivendicazione di una proprietà può avvenire senza offesa della verità, che il vincitore in una causa per un titolo debba soccombere in un'altra causa per un titolo diverso contro un altro avversario.

Tuttavia avvertiamo, che nelle *azioni immobiliari* l'interessato può sempre trovare un fôro comune a tutti i pretendenti ricorrendo al fôro della situazione della cosa. Per le azioni mobiliari non crediamo veramente che la sola identità dell'oggetto debba derogare in modo assoluto ed imperativo per tutti i casi alle norme della competenza ordinaria; che se il legislatore nella infinita varietà dei casi contingibili crede di dovere accordare ai tribunali *un potere discrezionale* da usarne secondo le circostanze, lo debbe dichiarare con formola certa e con disposizione diretta, e non in modo ipotetico, complessivo, e incidentale (2).

E qui sia fine al discorso sulla *connessione di cause* considerate qual titolo determinativo della competenza territoriale, cioè *derogativo* delle norme più generali in siffatto genere di competenza.

Quanto alle norme di giurisdizione per ragion di ma-

(1) V. Pr. civ., art. 30.

(2) Ibid.

teria *la continenza di causa* non basta di regola a derogarvi. Il tribunale competente per un'azione non diviene per *continenza di causa* competente a conoscere di un'altra azione comunque connessa, se la *materia* di questa appartiene a diversa giurisdizione. E nondimeno a lato a questa regola vogliansi ritenere i seguenti due altri principii:

1° Il giudice dell'azione è pur giudice competente dell'eccezione anche nei casi in cui la questione, se si presentasse in forma di azione, appartenerebbe, in ragione della materia, a giurisdizione diversa. E invero, conoscere di un'azione consiste in esaminare se si verifichino le condizioni del diritto che l'autore reclama: ora opponendo un'eccezione il convenuto nega esistere le condizioni del reclamato e da lui negato diritto. Adunque il giudice o non deve conoscere dell'azione, o se la prende ad esame il suo giudizio implica eziandio la presa ad esame della eccezione;

2° Il simile avviene, se la questione incidente si presenti non in forma di *eccezione*, ma qual sussidio o antecedente logico della domanda principale. Il giudice competente per questa esaminerà in via incidentale ogni altra questione necessaria ad esaminarsi non già per *statuirvi*, ma solo per giungere e pronunciare sulla domanda dedotta competentemente in giudizio; e infatti alla materia di sua competenza *sarà limitato l'effetto del giudicato* (1).

Arrestiamoci per poco a considerare i detti principii per

(1) « Neque enim impedit notionem ejus quod status quæstio in cognitione vertitur, *etsi super status causa cognoscere non possit*: pertinet enim ad officium judicis qui de hæreditate cognoscit, *universam incidentem quæstionem* quæ in judicium devocatur, *examinare: quoniam non de ea, sed de hæreditate pronunciat* » l. 1, Cod. Just. *De ordine judiciorum*.

indicarne prima alcune applicazioni, poi le principali modificazioni:

a) Poniamo due condebitori solidarii, e solo uno di essi commerciante: dove quest'ultimo sia convenuto dal creditore pel pagamento solidario dinanzi al tribunale di commercio, l'altro condebitore lo dovrà tener rilevato per la rispettiva porzione. Ma benchè in materia di garanzia si verifichi la *contenenza* legale di causa, non potrà tuttavia il condebitore non commerciante essere chiamato in garanzia dinanzi al tribunale commerciale: per lui la contratta obbligazione è atto meramente civile, ed alla *contenenza* di causa prevale l'incompetenza per ragion di materia (1).

b) Il convenuto per causa commerciale tiene, in ipotesi, contro l'attore un credito puramente civile non contestato e liquido: egli opporrà con successo l'eccezione di compensa, come opporrebbe l'eccezione di pagamento: ma non potrà dinanzi allo stesso tribunale di commercio farsi attore per il suo credito meramente civile, e chiedere la condanna dell'attore medesimo *per l'eccedenza*; la *riconvenzione* non ha luogo dinanzi ad un tribunale incompetente per ragion di materia (2).

c) Il convenuto per un credito *controverso e illiquido* suole procurarsi i mezzi di una *futura compensa*, proponendo nello stesso giudizio, *in via di azione riconvenzionale*, un altro credito parimente dubbioso. Ma l'incompetenza per ragion di materia escluderebbe anche questa riconvenzione, benchè la compensa ne sia il solo ed ultimo scopo. Adunque la compensazione non altrimenti si chie-

(1) Cod. pr. civ., art. 26.

(2) Cit., art. 26.

derà con successo dinanzi ad un tribunale, incompetente in 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.

d) Quest'ultima condizione (che la ragione contrapposta sia liquida) non è richiesta, quando la eccezione si desuma dallo stesso titolo giuridico, che l'attore invoca: perocchè il convenuto opponendo le ragioni *correlative*, comunque controverse ed illiquide, non muove già un'azione sua propria e distinta, ma si attiene ad una *mera eccezione* (*exceptio non impleti contractus*), negando l'esistenza delle condizioni del diritto, che l'attore reclama. Esempio: il proprietario non commerciante vendendo ad un commerciante il prodotto de' suoi fondi, non fa atto di commercio: il commerciante lo fa: quest'ultimo adunque dovrebbe agire dinanzi al tribunale civile, e potrà essere convenuto al tribunale di commercio (1): ma convenuto pel pagamento del prezzo opporrà validamente l'*exceptio non impleti contractus*, qualora l'attore (il venditore) non abbia ancora adempiuto le obbligazioni proprie: il giudice dell'azione è competente a conoscere dell'eccezione. Tuttavia procedere oltre e chiedere benanche in via di riconvenzione la condanna dell'attore all'adempimento di dette obbiezioni, non gli sarebbe confesso: l'incompetenza per ragion di materia anche qui respinge la riconvenzione (2).

(1) Cod. comm., art. 680.

(2) Pr. civ., art. 26.

Nel caso inverso, il venditore convenuto al tribunale civile potrebbe certamente riconvenire il commerciante attore: ma ciò avviene perchè la

e) Il giudice di mandamento, presso cui sia intentata un'azione nei limiti della di lui competenza dovrà conoscere delle eccezioni di compensa dedotte da crediti liquidi, benchè la somma di questi ecceda la di lui competenza: giudice dell'azione giudica dell'eccezioni; e dichiarata la compensa, ammetterà la riconvenzione pel residuo, ovvero la rinvierà al tribunale di circondario secondo il vario montare *del residuo stesso* (1).

Il sistema delle regole come sopra spiegate ed applicate, procedendo *ex stricta juris ratione*, non lascia di produrre in pratica notevoli inconvenienti: perocchè impedisce il pieno svolgimento della difesa, duplica i giudizi, e rende possibile una contrarietà di giudicati sulla stessa questione proposta in via di eccezione ad un tribunale e in via di azione ad un altro. Onde avviene che la legge va temperando il rigor del sistema con varie modificazioni.

Vediamole:

1° Il convenuto davanti al giudice di mandamento oppone in compensa un credito illiquido, e per liquidarlo propone un'azione riconvenzionale. Se la cognizione del credito illiquido appartiene *in ragione della quantità* al tribunale di circondario, la legge riunisce la domanda minore, benchè prima in tempo, alla domanda maggiore benchè posteriore, e solo in via di riconvenzione proposta; e attribuisce la causa intiera composta di due cause connesse al tribunale ordinario.

legge in simil genere di casi dichiara competente il tribunale civile anche in riguardo alle obbligazioni del commerciante (*).

(1) Pr. civ., art. 4, 32.

(*) Cod. comm., art. 680.

Ma la riconvenzione potrebbe essere destituita di probabile fondamento, nè mossa ad altro intento, che a quello di privare il giudice della propria di lui competenza, e trarre la domanda primitiva ad un tribunale non suo. Parrebbe dunque, che il giudice debba avere facoltà di disgiungere le cause secondo le circostanze, e giudicando la propria, rinviare la riconvenzione al tribunale superiore. E così veramente mostra di desiderare la legge: ma sospettosa di un soverchiante arbitrio giudiziario, e sollecita di regolare i diritti possibilmente con norme certe, essa permette al giudice la disgiunzione delle cause connesse, nei soli casi in cui la domanda principale si appoggi ad un atto pubblico, ad una scrittura riconosciuta, o ad una confessione giudiziale: nei quali casi il giudice non solo potrà, ma dovrà, rinviando la riconvenzione, ritenere la domanda principale, mediante cauzioni e in caso di accoglimento della medesima.

2° Altra volta avviene, che il tribunale non si svesta della causa propria, ma ne sospenda la decisione, rinviando solo la questione incidente al tribunale competente per essa, salvo a proseguire la propria, quando le parti ritornino colla questione incidentale decisa. Tale si è il sistema applicato dalle leggi vigenti ai rapporti fra i tribunali ordinarii e i tribunali amministrativi. E lo stesso sistema si era pure applicato dal precedente Codice di procedura civile nei rapporti fra i giudici di mandamento e il tribunale di circondario *a riguardo degli incidenti sulla qualità ereditaria* (1).

(1) Art. 71 di detto Codice, così concepito: « Venendo contrastata la qualità di erede..... la causa sarà rimessa al tribunale provinciale per la decisione dell'incidente, salvo a provvedere sulla domanda principale dopo l'esito di questo giudizio ».

Ma cotesta speciale disposizione non ritrovandosi riprodotta nel Codice vigente di procedura civile, dobbiamo tornare al principio di gius comune, a tenor del quale il giudice *universam incidentem quæstionem examinat*, come mezzo di giungere allo scioglimento di quella sola questione, che è pur sottoposta per legge alla sua giurisdizione ed al suo giudizio. Adunque il convenuto dinanzi al giudice di mandamento pel pagamento di somma non superiore a lire mille 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 quæstionem* in via incidentale *non ut de ea pronunciet*, ma per condannare il debitore al pagamento di somma non eccedente la competenza mandamentale: e la questione sulla qualità ereditaria rimarrà illesa per ogni altro riguardo (1).

(1) Così decise la Corte di Cassazione dopo lunghe e ripetute deliberazioni in Camera di Consiglio, con intervento di chi scrive questo povero libro. Nelle quali deliberazioni cadeva in controversia col punto speciale, di cui si trattava, la logica stessa e il metodo generale della giurisprudenza civile. Infatti v'era chi nella proposta questione si faceva a investigare direttamente (proponendo allegazioni e congetture diverse), l'intenzione dei *commissarii* che preparano il Codice, pretendendo, che avessero ommesso l'antico articolo 71 del Codice precedente non già per escluderne la disposizione, ma solo perchè lo credevano *superfluo*, e potesse la stessa disposizione desumersi da altri articoli e da altri principii. Altri invece intraprendeva l'apprezzamento legislativo delle *utilità*, mettendo innanzi *pretesi vantaggi* a rinviar l'incidente, e *pretesi inconvenienti* a voler permettere, che il giudice di mandamento *pregiudichi* (se non giudica) la questione sulla qualità ereditaria, poco stimando l'inconveniente contrario, che il debitore *possa a suo libito impedire la sua condanna, l'azione del creditore e la giurisdizione del giudice*. — Lo scrittore di queste righe contrapponendo prima conghietture a conghietture, vantaggi ad inconvenienti, ed inconvenienti a vantaggi, impugnava di poi questo metodo

Avendo finora con bastante ampiezza discorso il *sistema logico* dei quattro titoli cardinali (domicilio, situazione della cosa, convenzione speciale espressa o tacita, e connessione di causa) eccederemmo i limiti del nostro istituto, se volessimo addentrarci in più particolari questioni (1) ovvero scendere a minuto esame dei titoli specialissimi di altre competenze (2): solo osserveremo in ordine al fòro dell'aperta successione:

1° Che esso stabilisce una competenza analoga in parte al *forum contractus*, in parte al *forum gestæ administrationis* (che è un derivato del *forum contractus*), ma specialmente al *forum rei sitæ*. Trattasi infatti di liquidare l'eredità nel luogo stesso in cui si è aperta, e dove si trova la totalità o la maggior parte dell'asse, e di trarre a quel luogo tutte le azioni, che possono aver relazione a tale liquidazione;

2° Che procedendo col criterio del *forum rei sitæ* il legislatore potrebbe ragionevolmente e con vantaggio della

stesso di procedere, e diceva che nella giurisprudenza civile vuolsi sempre risalire ad un principio certo, e da esso non dipartirsi finchè *non sia provato*, che il legislatore, vero e competente estimatore *delle utilità*, abbia voluto recedere dal principio giuridico con una disposizione *utilitaria*. Nella proposta specie a tenore del principio giuridico generale *pertinet ad officium iudicis universam incidentem quaestionem examinare non già ut de ea pronunciet*, per tutti egli effetti, ma solo per condannare il debitore nei limiti della sua competenza. *Non constando in modo sicuro* che il legislatore, abbia inteso recedere, vuolsi smettere (diceva) ogni giudizio di *mere probabilità e serbare il principio*. Questo sistema prevalse.

(1) Ad esempio, le questioni sulla competenza per la resa del conto del *negotiorum gestor*, dell'erede beneficiario, e degli immessi nel possesso dei beni degli assenti. Anzichè fissare con disposizioni speciali la competenza in ordine agli esecutori testamentarii, agli amministratori deputati dai tribunali, ed ai tutori (come fa la legge attuale), non sarebbe egli più conveniente e più logico ristabilire *con formola generale* il *forum gestæ administrationis* del diritto romano? V. Cod. pr. civ., art. 22, 29.

(2) Pr. civ., art. 22, 27.

certezza (criterio legislativo predominante in materia di competenza) deferire al detto fòro in generale la petizione di eredità (quando si propone in via principale), e non solamente (come fa la legge attuale) le azioni relative alla validità dei testamenti e delle disposizioni testamentarie (1).

Quanto agli stranieri, la questione dipende dai principii di diritto internazionale privato, e la rimandiamo alle appendici di complemento.

(1) Pr. civ., art. 22, n° 1°.



TITOLO QUINTO

**Maggiori sviluppi di alcune parti della procedura civile:
considerazioni e trattazioni diverse.**

INTRODUZIONE.

Nei titoli precedenti abbiamo inteso di descrivere l'insieme organico della procedura civile, di rappresentarne *la totalità* nel vero suo essere, di indicarne le singole parti essenziali, collocandole tutte al loro posto, e tracciando le relazioni naturali di ciascuna colle altre parti, e col *tutto*. Ma di queste parti così distinte e collocate ve n'ha alcune, che meritano *anche teoricamente* maggiori sviluppi, dovchè altre, per svilupparle, ci obbligherebbero a scendere contro il nostro istituto all'esame di cose esecutive, disciplinari, o regolamentari, sulle quali la legislazione può variare di momento in momento. Ora dunque che l'insieme organico ci pare descritto a sufficienza, e *la luce della totalità* illumina le singole parti, trasvoleremo bensì sopra quelle di mera disciplina, ma ci fermeremo all'esame di quelle altre, che reclamano ancora dalla teoria una speciale attenzione.

E così crediamo, che si dovrebbe procedere nella spozione di qualunque specie dello scibile umano, non imitando quelli, che entrano di slancio in un mondo di particolari disordinati e trattano confusamente l'essenziale e l'accidentale, il variabile e l'invariabile; nè quelli, che traggono il lettore di generalità in generalità, talvolta false, e sempre vaghe, superficiali, e senza realtà di sostanza.

Forse mi si potrebbe dire: *Frate, tu vai — mostrando altrui la via, dove più volte — fosti smarrito ed or se' più che mai.* Si abbia dunque per non dato il consiglio a chi non garbasse: e torniamo senza più al nostro modesto proposito.

Le considerazioni e trattazioni diverse, che si richiedono al fine che ci proponiamo, vanno distribuite in quattro categorie — giurisdizione — istruzione del giudizio — sentenze — esecuzione; — ci permettiamo di invertire alquanto l'ordine, trasferendo al terzo luogo la categoria — giurisdizione — che naturalmente sarebbe la prima. Quando si possiede l'insieme, e si conoscono la disposizione e le relazioni delle singole parti, e già si ha una sufficiente notizia dell'intima loro essenza, l'esame particolareggiato può senza danno incominciarsi a beneplacito da questa o da quella.

SEZIONE PRIMA

Istruzione del giudizio.

CAPITOLO I.

Della citazione: delle condizioni di validità di essa in relazione al duplice suo scopo: e in generale della validità e della nullità degli atti di procedura.

L'attore cerca anzitutto il suo legittimo contraddittore, e questi è nelle azioni personali la persona che egli crede a suo riguardo obbligata, nelle azioni reali il possessore della cosa, o il pretendente ragioni sulla cosa che egli attore intende difendere.

E quando il contraddittore legittimo non abbia la libera amministrazione delle cose sue, ovvero sia un ente morale o collettivo, l'attore dovrà inoltre fissar la persona, che congiuntamente a quella dell'interessato o *in vece sua* dovrà ricevere l'atto di citazione (1). Ora alla persona del contraddittore legittimo, o di chi la assiste, la autorizza o

(1) Pr. civ., art. 54, 55 e seg.

la rappresenta *nel ricevere l'atto di citazione* (1), deve, quest'atto, essere consegnato direttamente, senza alcuna interposizione, quando ciò sia possibile, e quando no, la legge si appaga per necessità, che l'atto sia *indirizzato o mandato per via sicura* a colui che lo deve ricevere, adoprando quei mezzi accomodati al fine, che la legge a tal uopo descrive e prescrive minutamente (2). Osservate le prescrizioni legali, nel caso di consegna diretta *sarà realmente provato*, nel caso di eseguito *indirizzo nelle vie legali sarà legalmente presunto*, che l'atto di citazione *pervenne* a colui che lo doveva ricevere; e si procederà all'uopo in contumacia; e alla sentenza contumaciale non altrimenti il convenuto, comparendo tardivamente, avrà facoltà di opporsi salvochè: 1° Restituisca in anticipazione tutte le spese contumaciali senza ripetizione possibile; 2° E l'atto di opposizione si faccia nei termini a tal uopo dalla legge concessi. Ma se alcuna delle condizioni anzidette si trasgrediscono, se la citazione non si consegna direttamente, nè si indirizza legalmente; ovvero si consegna e si indirizza nelle vie legali, ma ad una persona che non è il convenuto stesso, nè chi lo rappresenta, in tali casi non risulterà nè *provato realmente*, nè *legalmente presunto*, che l'atto di citazione sia pervenuto a chi lo doveva ricevere: il processo contumaciale sarebbe nullo per difetto insanabile di citazione, e si dovrebbe annullare ad istanza dell'interessato proposta anche dopo il decorso dei termini, e senza obbligo di restituzione di spese (3).

(1) Si avverta che ricevere una citazione è un atto meramente *esecutivo*, difendersi in giudizio è un atto *deliberativo*; epperò la capacità di rappresentare *per ricevere la citazione* e quella per comparire e deliberare in giudizio non sempre s'identificano.

(2) Pr. civ., art. 59 e seg.

(3) Pr. civ., art. 242, 253.

Ma oltre all'effetto processuale, di cui abbiamo descritto le condizioni, la citazione mira talvolta ad un altro effetto, dico all'intento, ed all'effetto conservatorio: e dico, che questo secondo effetto non dovrebbe, a tenore dei principii razionali del diritto, essere sottoposto al rigore delle medesime condizioni.

Infatti la citazione introduttiva dell'istanza d'appello tende innanzi tutto a conservare, a premunire contro i fatali il diritto d'impugnare in seconda istanza la sentenza di primo grado. E quando la prescrizione della stessa azione sia in procinto di compiersi, anche la citazione introduttiva della prima istanza mira innanzi tutto ad uno scopo conservatorio, a conservare l'azione, e il diritto, che l'imminente prescrizione già sia sul punto di estinguere. Cra la legge vorrà ella indracarsi, e spegnere un legittimo diritto, proposto in tempo, per un fatto altrui, per un errore, per un abuso di quel ministero, che essa medesima impone? Poniamo: il soccombente in prima istanza affida sollecitamente all'uscieri il libello dell'appellazione con richiesta d'intimarlo: l'uscieri consegna all'intimato una copia dell'atto, che omette di sottoscrivere forse per dimenticanza, e intanto riferisce di aver rimessa regolarmente all'intimato la copia dell'atto: la copia non sottoscritta è una carta informè, la citazione è nulla (1): ma l'intimato custodisce gelosamente il segreto, e l'appellante, che fece quanto dipendeva da sè, che non ha motivo di sospettare l'occorsa irregolarità, scaduti i fatali decade dal suo diritto, e la sentenza passa in giudicato. Così pronuncia la legge; ma contro la falsa logica della legge insorge la ragione. Perciocchè se il convenuto ha diritto

(1) Pr. civ., art. 65.

assoluto di essere chiamato e sentito, epperchè in tutti i casi si debbe rinnovare la citazione, qualunque sia stato l'autore e la causa della nullità della prima, non ha però diritto alcuno, che la parte contraria, oltre alle spese della fatalità che l'ha colpita, abbia anche a decadere dalla sua azione sollecitamente proposta, solo perchè non abbia fatto ciò che era fisicamente impossibile (1). La necessità di riformare la legge in questa parte è dunque manifestissima.

Il principio di riforma sorgente dall'indicato caso noi crediamo doversi estendere a tutti quelli in cui la mancata validità della citazione dipenda da un errore scusabile: verrà meno *l'effetto processuale*, ma il diritto debbe essere conservato. Così poniamo, che l'irregolarità possa con attento esame rilevarsi dalla stessa relazione dell'usciera, ma il procuratore dell'attore o dell'appellante non vi bada, o crede agli *equipollenti*, oppure non è più in tempo a ripararvi. Poniamo ancora uno sbaglio, per cui nella consegna dell'atto di citazione siasi scambiato il protutore per il tutore, ovvero il canonico *procuratore* in luogo del canonico *prevosto* del capitolo della cattedrale (2) forse perchè si credeva che per ogni interesse economico il capitolo

(1) Il caso è avvenuto: trattavasi di un mezzo milione: pel fatto dell'usciera (impossibile a scoprirsi in tempo), che aveva consegnato all'intimato una copia *non sottoscritta*, passava in giudicato una sentenza di primo grado, gravatoria in merito; e così in omaggio alla legge concludeva il pubblico ministero: ma la Corte di cassazione meglio ponderate le circostanze del caso riconobbe sussistente l'appello intiero per altra via in applicazione della legge: — *Scio quæsitum*, § *Illud cecidit in quæstionem*, Dig. *de appellationibus*.

(2) Per questo errore vidi io stesso pronunciarsi *la decadenza del ricorrente* in una causa, in cui lo stesso ricorrente riportava *sul merito* conclusioni favorevoli del pubblico ministero, e il valore *del merito* eccedeva (dicesi) trecentomila lire.

fosse rappresentato giuridicamente dal *procuratore*, e non dal *prevosto*; e fingiamo che si sia errato nella ricerca del rappresentante giuridico di una confraternita, o di altra simile compagnia, consorzio, convento, e di tanti altri enti morali o collettivi d'incerta o poco conosciuta costituzione. In ogni parte del diritto l'errore scusabile ammette riparazione, nè la legge può derogare ai principii di ragione e di giustizia *senza il bisogno evidente di un interesse generale contrario*. Ora le leggi di prescrizione e di decadenza contro chi non propone azione nel tempo stabilito, forsechè non raggiungerebbero il loro scopo, conservando l'azione proposta in tempo, solo perchè si ammetta un rimedio agli errori di procedura? La legge stessa suppone il contrario, quando dichiara che la citazione, ancorchè fatta avanti il giudice incompetente, interrompe la prescrizione (1); e se si ripara come scusabile l'errore sulla competenza, il rigor dracomaniano per errori di forma riesce affatto incomprensibile (2).

(1) Cod. civ., art. 2380.

(2) V'ha chi propone l'effetto conservativo nel solo caso in cui la nullità sia imputabile direttamente all'usciera. Tale proposta inizia un progresso rimarchevole, ma non soddisfa appieno alle ragioni di giustizia, che dominano la materia. E si avverta che anche in detto caso il procuratore della parte o la parte stessa sarebbero quasi sempre *imputabili* di non avere subito preso ad esame l'operato dell'usciera, di non avervi riparato, o di aver differito la citazione fino all'ultimo giorno. *Il vero si è, che non deve imputarsi a decadenza da un diritto (pena ingiusta e in tanta varietà di casi affatto sproporzionata) un errore scusabile*. In luogo dell'accennata restrizione, che non sussiste, noi proponiamo una *condizione generale*, e sarebbe questa, che la citazione *nulla* non altrimenti produca l'effetto conservatorio dell'azione salvo alla condizione, che l'attore e l'appellante nella supposizione della validità abbiano regolarmente e *senza interruzione* proseguita l'istanza, e notificata a suo tempo la sentenza contumaciale. Così togliendo ogni mezzo di frode si rimuove ogni possibile obbietto alla giusta ed utile innovazione che si propone. — Le vittime del *rigore* che si lamenta, sono innumerevoli. Sotto il Codice precedente, e sotto l'impero del Codice francese, che moltiplicarono straordinariamente le formalità e

Ogni atto di procedura ha o deve avere una destinazione speciale che concorra al compimento del fine ultimo del giudizio. Ora *le condizioni*, o *le forme* d'ogni singolo atto non debbono essere altro che i mezzi accomodati a raggiungere lo scopo speciale proposto a quell'atto: *mancando i mezzi non si raggiunge lo scopo*, l'atto imperfetto rimane senza effetto: così la nullità degli atti di procedura per difetto di forma (quando sia contenuta nei limiti di ragione) ha innanzi tutto per base *una legge di natura*. Se non che il giudizio sulla qualità dei mezzi necessari appartiene al legislatore; le parti non possono sostituirne altri di loro scelta, e trarre il processo nel più sfrenato arbitrio e in infinite contestazioni; si aggiunge dunque ad una legge di natura una *presunzione positiva assoluta*. Così l'atto di citazione, quando non si trovi in persona propria il citando, gli deve almeno essere *indirizzato* per via sicura: questo è principio di ragione: ma interviene la legge, e *traccia la via*, prescrive i mezzi che essa giudica necessari al sicuro conseguimento del proposto fine; e stabilisce perentoriamente, che l'usciera debba recarsi *alla residenza abituale* del citando, *ed ivi* consegnare la citazione ad uno *che sia della famiglia o addetto alla casa, od al servizio del convenuto*; e che in mancanza di tali persone la consegna ad uno dei vicini, *preferendo il più prossimo*, a condizione però che il vicino accetti il mandato e si sottoscriva. Se adunque l'usciera si recasse non *alla residenza abituale*, ma al luogo del domicilio legale, ovvero a quello di una dimora accidentale e temporanea; — se l'usciera consegna la copia ad uno della famiglia, *che ei trova per*

le nullità, chi potrebbe numerare gli atti di appellazione dichiarati nulli, trascorsi i fatali, le sentenze gravatorie passate in giudicato, *per difetto di forma?* — *La forme* (dicono) *emporte le fond.*

via, ovvero nel luogo della residenza *all'ospite di un giorno, o ad un vicino men prossimo*, oppure al più prossimo, che non sottoscrive la copia; — l'atto di citazione non produrrà *l'effetto processuale*; esso è nullo per principio di natura, e per presunzione di legge: per principio di natura, in quanto che, *mancando i mezzi necessari non si raggiunge lo scopo*: per presunzione di legge; in quanto che sebbene nelle circostanze particolari del caso il *mezzo omesso* si possa per avventura ritenere *non necessario*, la legge positiva lo giudica *perentoriamente* necessario; ed è questo un giudizio che appartiene esclusivamente alla legge. Ma supponiamo, che non ostante l'omissione di un mezzo l'atto di procedura abbia nel fatto raggiunto lo scopo: il convenuto, *citato imperfettamente*, avendo tuttavia per la diligenza dei suoi ricevuto l'atto di citazione, comparve regolarmente in giudizio nel termine fissatogli: i posteri forse non crederanno, che a fronte del fatto il quale dilegua, non che ogni sospetto, *ogni possibilità in contrario*, pure una legge si sia ostinata a pronunziare la nullità, e a *presumere*, che *possa non aver ricevuto l'atto di citazione chi compare con l'atto di citazione alla mano, e lo mette sotto gli occhi dell'avversario e del giudice!* Gli è che i legislatori non avvertirono che *in procedura civile* il rapporto dei mezzi col fine è la sola base razionale delle nullità per difetto di forma. L'errore della legge francese, già ereditato dal patrio Codice preceduto al vigente, non venne essenzialmente corretto dalla vigente legge, la quale concede nel detto caso alla citazione convalidata dal fatto *l'effetto processuale*, ma le nega, o *par che le neghi, l'effetto conservativo dell'azione!* (1) dovechè al contrario *l'effetto conservatorio del-*

(1) Pr. civ., art. 253. — Vedasi pure anche l'articolo 618.

l'azione dovrebbe concedersi (come abbiamo mostrato più sopra) alla citazione imperfetta, anche quando, non convalidata dal fatto, non possa conseguire *l'effetto processuale* (1).

La procedura civile abbonda di formalità, e di prescrizioni secondarie e di mera cautela per impedire vessazioni, ritardi, spese frustranee, abusi possibili di ufficiali, che prestano nella procedura il loro ministero, per prevenire incertezze e controversie, o sopperire a speciali contingibili bisogni della lite medesima: e noi a questo riguardo teniamo *in tesi di legislazione* per principio irrefragabile che giammai per inosservanza di simili prescrizioni debba la legge pronunciare la nullità assoluta o la decadenza *a mero titolo di sanzione penale*. Certamente colla fiera *disciplina* delle nullità e delle decadenze il legislatore provvede *energicamente* alla puntuale osservanza d'ogni sua più minuta formalità; ma la pena è troppo ingiusta per minime omissioni imputabili al ministero di agenti imposti dalla legge e dalla necessità; la pena è sempre sproporzionata in tanta varietà di valori, e decretare la perdita delle sostanze e forse la ruina d'una famiglia per una semplice inavvertenza, questa è di certo una barbara sanzione penale. La legge adunque dovrebbe, a nostro avviso, accomodare alla natura speciale dei casi penalità efficaci, ma giuste e proporzionate, e sempre restringere le nullità e le decadenze al concetto della natu-

(1) Tuttavia la giurisprudenza della Corte di Cassazione accorda nel detto caso *l'effetto conservatorio dell'appello, salvandolo dai fatali*. Al cospetto di un testo ambiguo, e quasi si direbbe, *enigmatico* noi abbiamo aiutato ed approviamo questa giurisprudenza. Non si potrebbe però (senza annullare in tutto quella riserva o distinzione qualsiasi che pur esprime la legge) concedere del pari *l'effetto conservativo dell'azione contro i fatali della prescrizione*! E così sia pel minor male, finchè provveda il legislatore.

rale destinazione degli atti, del rapporto dei mezzi col fine, e di giustificate presunzioni legali.

Pochi esempi basteranno a chiarire il nostro principio.

L'atto di citazione (dice la legge, intenta a prevenire ogni qualunque incertezza) deve indicare il nome, il cognome, la residenza, o il domicilio, o la dimora dell'attore e del convenuto. Ma questi due, che ora vengono alle prese, già si conoscono da lungo tempo, e quando un libello mi narra l'affare di cui si tratta, e pronuncia il nome e il cognome del mio avversario, il nome e il cognome mio, probabilmente non mi rimarrà alcun dubbio, benchè il libello non dica nè la residenza mia, nè quella del mio attore. L'esigenza dell'espressione del domicilio non è per vero, in tesi generale, una cautela da disprezzarsi; ma pronunciare in modo assoluto e per tutti i casi (anche dove non sia nato il minimo dubbio) la nullità della citazione per questa sola omissione, e decretare all'uopo (come fa la legge francese) la decadenza dall'appello, essendo spirati i fatali, o dall'azione stessa, che intanto rimase prescritta, è una prova manifesta, che la più raffinata civiltà porta sempre qualche impronta di antica barbarie:

L'atto di citazione (prosegue la legge) deve indicare il giorno, mese ed anno, in cui fu consegnata la copia. Ora fingiamo, che l'atto, indicando la citazione seguita in febbraio (colla indicazione del giorno in bianco, come talvolta accade) chiami il convenuto all'udienza del quindici del successivo marzo. Anche a supporre seguita la citazione nell'ultimo giorno del mese (estremo limite supponibile) la citazione col termine di quindici giorni è regolare: eppure la legge francese ne pronuncia la nullità assoluta a qualunque costo! Si dice che la data anche del

giorno ha una grande importanza: ed è vero: la prescrizione dell'azione, oppure i fatali dell'appello scadevano (in ipotesi) al quindici di febbraio: *in questo caso* la citazione eseguita in febbraio senza indicazione del giorno *non servirebbe*; vien meno l'effetto perchè manca il mezzo o la legittima prova di esso: sarebbe necessità di logica naturale, non *sanzione penale arbitraria*. La data del giorno determina *il punto preciso*, in cui cominciano a decorrere gli interessi, e l'avversario costituito legalmente in mora risponderà dei rischi e degli eventi, per cui la cosa stessa venisse per avventura a perire: ma se intanto la cosa è salva, e se con una citazione eseguita *in febbraio* mi accontento che gli interessi decorrano, e la responsabilità del convenuto incominci *dall'ultimo giorno* del mese, non annullatemi la citazione in tutto il rimanente regolarissima: altrimenti in onta al mio atto scadranno *ulteriormente* i fatali e per l'innocua omissione del giorno la mia famiglia è perduta:

La ritardata restituzione dei documenti importa un'amenda di lire tre per ogni giorno di ritardo: benissimo. Questa pena o indennità pecuniaria si potrebbe aumentare ed anche meglio proporzionare a carico dell'appellante che a suo tempo non deposita i suoi atti alla segreteria: ma la decadenza assoluta, in tutti i casi, qualunque sia il valore della causa appellata, e il merito delle ragioni addotte dall'appellante, e per la dilazione o dimenticanza di un giorno!! Questa fiera penalità, che la legge vigente infligge inesorabilmente alla parte pel fatto del suo procuratore, è condannata dalla ragione, dalla giustizia, e dai risultati dell'esperienza (1).

(1) Cod. pr. civ., art. 546. — La giurisprudenza ne modera l'applicazione

Il Codice francese semina in copia nel corso della procedura civile le più minute formalità coll'accompagnamento costante: *le tout à peine de nullité*: la giustizia è ferita, ad ogni istante straziata: i Francesi stessi reclamano una riforma. Eppure l'Ordinanza Regia del 1667, da cui quel Codice fu desunto portava un numero di nullità pressochè maggiore del doppio (1), e pensare, che quella Ordinanza Regia (prima codificazione in Francia della procedura civile) era già un'opera di riforma! Nè tanto rigore, utile ai procuratori, *che rinnovano gli atti nulli*, aveva rimediato gli abusi del palazzo, il quale perciò era venuto in odio al popolo imprecante alla curia e a tutti i suoi uffiziali: le lagnanze echeggiarono nel mondo letterario,

per quanto lice ai giudici interpreti della legge. — Nel primo caso di questo genere occorso in Corte di Cassazione trattavasi di un appellante il di cui procuratore aveva depositato nel termine gli atti del primo giudizio *senza i verbali di esame dei testimoni*. Si trovarono a fronte l'equità e il fiero rigor della legge: e già il campo dell'equità *balenava*, quando sorse una voce che disse: « *i verbali di esame non sono atti d'istruttoria (stricto sensu)*, sono « documenti; e trattandosi di esami dell'altra parte sono documenti dell'appellato (*) ». Questo riflesso determinò la vittoria in favore dell'equità. — Ora bisogna avvertire, che in questo genere d'interpretazioni l'indirizzo dipende dal primo impulso, come sul vertice d'un monte la caduta della pietra ad oriente o ad occidente dipende dalla prima spinta. Ciò si spiega: perocchè la giurisprudenza, amante severa della giustizia e della *uniformità*, qual condizione di eguaglianza civile, non muta principio ad un tratto per una *lieve inflessione di circostanze*: e così a seconda del primo impulso, l'*equità o il rigore*, in materia di formalità, progrediscono di caso in caso, quasi per *alluvione* sino ad un limite estremo, dove finalmente avviene la reazione. Così si spiega il movimento della giurisprudenza e della stessa legislazione in tema di formalità testamentarie e ipotecarie. — Nell'argomento, di cui ragiono, si procede per ora, come dissi, con molta larghezza, distinguendo gli *atti necessari e non necessari*. E intanto speriamo che la legge in questa parte sarà emendata.

(1) Secondo i calcoli di Berriat-Saint-prix.

(*) V. Tit. I di questo volume, p. 8.

poetico, e filosofico (1): il mondo giuridico più tardo a scuotersi ancora par che sonnacchi (2).

Gli autori del Codice preceduto al vigente avevano imitato scrupolosamente la legge francese in fatto di formalità e di nullità: la pratica inorridì: la legge vigente scese a condizioni più moderate, ma in qualche parte appaiono ancora *le lividure del vecchio sistema*: ne abbiamo indicato alcuni esempi, potremmo noverarne altri: basti accennare per ultimo il rigore *straordinario* delle formalità, delle nullità, e delle decadenze, che il Codice (preso alla lettera) impone ai giudizi di cassazione. — Si dice, che trattasi di un rimedio *straordinario*. E sia pure. Reprimete dunque la temerità dei ricorsi con una buona multa in caso di soccombenza: sottoponete la domanda di cassazione ad una doppia prova, nella sezione dei ricorsi di nove giudici, e quindi nella sezione civile di altri nove giudici: aggiungete, se vi pare, speciali guarentigie nell'ammissione degli avvocati all'esercizio del loro ministero in questo grado supremo e straordinario: ma lasciate le inutili osservanze, e non pronunciate

- (1) « Sans doute, il est des formes nécessaires,
 « Et les anéantir serait tout renverser;
 « Mais aussi, sur ce point, se montrer trop sévère,
 « C'est aider la chicane et la favoriser.

V. Entretiens sur les procès, de *Joseph Boileau*.

- « Et bien souvent, par cautèle subtile,
 « Fort-bien mené rend bon droit inutile — Marot —
 « On publie en tous lieux l'équité de ma cause,
 « Sur la foi de mon droit mon âme se repose;
 « Cependant je me vois trompé par le succès,
 « J'ai pour moi la justice, et je perds mon procès ». *Molière*.

Ciò avviene sovente anche per abuso, mala intelligenza, *falsa* logica, e *preteso rigore* dei principii di diritto.

- (2) V. Raymond Bordeaux — *Mémoire sur la réformation de la justice*.

la decadenza *per vane dimenticanze d'inconcludenti minuzie*: quando i due avversarii già si combatterono lungamente, ed ebbero campo di conoscersi a perfezione, — quando i loro nomi, cognomi e *domicilii* stanno scritti in tutte le pagine degli atti, e in fronte alla sentenza stessa denunciata, unita al ricorso, — quando i nomi e cognomi sono ancor ripetuti nel ricorso con tutte le altre indicazioni desiderabili; — *non pronunciate fieramente la decadenza* sol perchè non si sia (nel ricorso) ripetuto per la centesima volta *il domicilio* dell'attore o del convenuto (1). State certi, o legislatori, che i litiganti temerarii ed iniqui osservano *scrupolosamente*, puntualmente, con *esemplare esattezza* tutte le vostre formalità, e che nelle *reti legali* incoglie solo qualche disgraziato, servito con poca diligenza dall'avvocato o dal procuratore.

(1) V. Cod. civ., art. 601, 709.

Prevalse però, in genere di formalità avanti la Corte di Cassazione una giurisprudenza *relativamente* moderata, cioè per quanto lo consente il rispetto dovuto alla legalità.

CAPITOLO II.

Ulteriori riflessi sul giudizio contumaciale.

I.

Se il citante *revoca* la citazione con diffidamento significato nel modo stesso della citazione, prima che il citato sia comparso, l'istanza giudiziale non può cominciare: ma restando il fatto *della turbativa civile*, il citato potrà a sua volta chiamare il citante, e promuovere contro di lui un giudizio perchè *confessi* o sia dichiarato per sentenza, che egli non ha quel diritto, che mostrò di pretendere e non abbia formalmente ritrattato nel rivocare la citazione.

II.

Il citante non revoca la citazione, ma non compare nel termine stabilito: il citato neppure: pel fatto volontario di entrambi l'istanza giudiziale svanisce.

III.

Il citante, senz'altro fare, non compare: il citato costituisce procuratore nel termine stabilito. L'atto di citazione

non revocato e il fatto del convenuto comparso creano il giudizio. Intanto però l'assenza dell'attore *equivale ad offerta di recesso* dalla citazione; il convenuto comparso può accettare l'offerta recesso, e chiedere *l'assolutoria dall'osservanza del giudizio*. La sentenza, che pronunzia tale assolutoria estingue definitivamente il giudizio solo, salva facoltà all'attore di riproporre in altra apposita istanza la medesima azione. Così il convenuto comparso può, ma non è tenuto precisamente di accettare l'offerta implicita di recesso dal solo giudizio: ha diritto, se vuole, di ritenere l'istanza giudiziale, e concludere in merito contro l'attore *contumace*, perchè sia dichiarato non competergli quel diritto, che egli pretese e pretende. — Ma in questo caso la sentenza pronunciata in merito contro l'attore *contumace* non avrà gli effetti che di una sentenza contumaciale, soggetta ad opposizione.

IV.

La contumacia degli attori è rarissima: frequentissima quella dei convenuti.

L'attore procede in contumacia sulle conclusioni del libello, non ha facoltà di ampliarle nè di cangiarle: ed è per questo principalmente, che il libello della domanda deve essere unito all'atto di citazione. In caso di libello dubbioso s'avrà a prendere l'interpretazione più favorevole all'attore, o al convenuto assente? Rispondiamo, che innanzi tutto la legge dovrebbe distinguere (come abbiamo mostrato) tra *l'effetto conservativo*, e *l'effetto processuale*: e ciò posto diremmo, che per l'effetto conservativo il dubbio del libello si dovrebbe interpretare in favor dell'attore, *ne actio pereat*, ed all'opposto in favore del convenuto e

contro l'attore *quanto al solo effetto processuale*: in caso di dubbio si dovrebbe rinnovare la citazione con libello più chiaro, per non condannare l'assente senza la certezza che la domanda gli sia stata pienamente notificata. — Ma la legge vigente, che confonde in un solo *regime* gli effetti conservativi e processuali stabilisce una regola sola in favor dell'attore (1).

V.

L'attore procedente in contumacia del convenuto presenta i suoi titoli e documenti, nel rimanente dei fatti si prevale dell'implicita confessione, la quale però, purgata più tardi la contumacia, potrà svanire (2). Tuttavia nelle questioni d'ordine pubblico o privilegiato, quali sarebbero le questioni di stato civile, di dote, di separazione di beni fra coniugi e simili, non essendo ammessa qual piena prova la confessione volontaria nè espressa nè tacita, anche il processo contumaciale potrà richiedere l'esame di testimoni, il quale, anche purgata la contumacia, non perderà di valore, salva, a chi compare in via d'opposizione, la prova contraria. Ma qui c'incontriamo ancora nelle decadenze: sono esse giustificate? Ne dubitiamo: perocchè, come accennammo, l'inchiesta nel processo contumaciale ha luogo nelle sole cause d'ordine pubblico o privilegiato, nelle quali non si dee poter rinunciare a nissuna prova nemmeno in via di decadenza. Del resto la tesi legislativa dipende dalla soluzione d'un problema ben altrimenti grave, di cui diremo in un altro capo: esso versa sulla natura e sui metodi dell'inchiesta testimoniale.

(1) Pr. civ., art. 65, n. 2.

(2) Pr. civ., art. 246.

VI.

Quanto al regolamento dell'opposizione in relazione al concorrente diritto di appellazione noi ammettiamo un solo termine, ma poniamo *per principio legislativo*, che non s'appartiene al convenuto di spogliare a suo beneplacito l'attore della garentia del doppio grado. Dividiamo dunque il termine che si vuole accordare in due periodi. Nel primo il contumace avrà il solo diritto di opposizione: nel secondo il contumace dovrà ancora proporre l'opposizione coll'offerta della rifusione delle spese, per modo che l'attore possa alternativamente, a sua scelta, o ammettere ancora l'opposizione colle spese, o rinviare il contumace al giudizio di appello (1). In questo caso però il giudizio d'appello, e il regolamento delle spese dovranno procedere a norma del diritto comune; perciocchè, ritenendosi per esaurito il primo grado pel fatto e pel consenso di entrambe le parti, non vi ha ragione di multare il convenuto, che vince, d'alcuna spesa, salvo il caso di ritardata produzione di documenti ignorati dall'attore (2).

VII.

In caso di condanna personale si può mantenere il diritto di opposizione sino ai primi atti di esecuzione che

(1) Infatti, scaduto il primo periodo, il diritto di opposizione debbe essere perduto pel contumace, se l'attore non richiama la garentia della discussione in prima istanza.

(2) Vedansi in senso alquanto diverso le disposizioni degli articoli 241, j. 216, 554 pr. civ. Ma bisogna che in ogni parte il legislatore civile si avvezzi a seguir l'ordine di natura.

s'intraprendano contro la persona del condannato (1); ma in ogni altra sentenza anche definitiva, contenente una dichiarazione di diritti in senso negativo, od anche in senso affermativo ma scompagnato da condanna, gli è d'uopo far ritorno al termine fisso. Quell'altra adunque vuol riguardarsi qual disposizione eccezionale.

VIII.

V'ha chi propone di negare il diritto di opposizione a sentenze contumaciali, quando *l'usciera riferisca* di aver consegnato la citazione direttamente e alle mani stesse del convenuto. Considerando la natura non autorevole in sommo grado e i *possibili errori* delle relazioni d'usciera, non che le estreme difficoltà e i pericoli delle iscrizioni in falso, noi crediamo inammissibile la proposta per quanto sia dei giudizi di secondo grado, e non altrimenti la ammettiamo in prima istanza (dove la facoltà dell'appello ripara ad ogni più triste eventualità), salvo alla condizione che il contumace debba sempre reclamare nella forma delle opposizioni, coll'alternativa suddetta in favor dell'attore di rispondere al ricamo nel primo grado o di rinviarlo al secondo: acciocchè la garentia del doppio esame concessa ad ambe le parti non sia posta in balla del reo di contumacia.

IX.

Vi ha però un caso, in cui la contumacia non toglie al processo e alle sentenze che ne emanano il carattere e

(1) Pr. civ., art. 242.

l'efficacia di giudizio e di sentenze contraddittoriali (1). Quando tra più convenuti, *aventi una difesa comune*, altri compare, ed altri no; il contumace che si difendesse dopo la condanna contraddittoria dei primi non otterrebbe in generale un risultato pratico favorevole. Adunque ad un diritto di opposizione, o inutile praticamente, o tendente a produrre uno scandalo giudiziario, quale sarebbe la contrarietà dei giudicati sul medesimo punto, la legge ha sostituito una garanzia speciale, ed ha ordinato *in sostanza* (con aggiunta di qualche inutile procedimento che dovrà scomparire) che il non comparso sia di bel nuovo citato col ministero di usciere specialmente delegato: e allora la reiterata citazione, la difesa dei comparsi coi quali il non comparso ha comune la causa, la facoltà dell'appello per ogni eventualità, assicurano pienamente la giustizia, e la inducono a dichiarare, che la sentenza da emanare si avrà come sentenza in contraddittorio riguardo a tutti.

(1) Pr. civ., art. 239.

CAPITOLO III.

Della rinuncia ai mezzi d'impugnare le sentenze: delle facoltà dei procuratòri.

I.

La decadenza pel solo fatto di non reclamare nei termini perentorii si fonda sopra una presunzione assoluta di acquiescenza al giudicato: e la presunzione assoluta si fonda sopra una necessità indeclinabile della vita civile. Nulla vi ha di arbitrario, fuorchè il regolamento dei termini: ma questo è l'arbitrario o l'*arbitrato* della ragione.

II.

Prima che scadano i fatali, l'acquiescenza può essere anticipata con espressa dichiarazione.

Dovremo ammettere anche l'acquiescenza tacita? Quella che si deduca dai fatti? Nel tema generale del tacito consenso la *deduzione* procede in due modi; o per modo di conseguenza *necessaria*, la quale dà per risultato la certezza matematica, la certezza assoluta; o per via di presunzioni, le quali secondo il vario loro valore danno per

risultato o una semplice *probabilità*, ovvero una piena convinzione, e la *certezza morale*.

Ora a tenore dei principii di *jus commune*, la *probabilità* non ha virtù di estinguere un diritto *certo* dell'altra parte, dovechè la *certezza morale* è la prova ordinaria generalmente ammissibile: perocchè nel giudicare dei casi e dei rapporti della vita civile mal si potrebbe esigere di regola generale la *certezza assoluta*. Però sappiamo che ai principii di *jus commune* talora si deroga *propter utilitatem*; e noi nell'argomento, di cui si tratta, crediamo di doverne dare il consiglio alla legislazione ed alla giurisprudenza, ritenendo, che la rinuncia tacita al diritto di reclamare non altrimenti si debba ammettere salvochè si deduca da fatti, i quali concludano in via di conseguenza *necessaria*, cioè di fatti assolutamente *inconciliabili* col supposto contrario. Questa opinione è giustificata dalle considerazioni seguenti:

III.

Finchè sta aperto un ricorso contro una sentenza, ciò vuol dire, che non si sono ancora adempiute tutte le garentie della verità e della giustizia. Certamente la legge dee provvedere imparzialmente a tutti gli interessi, e coi diritti possibili del vinto dee difendere anche i diritti del vincitore: ondechè secondo la varietà delle situazioni s'impongono *condizioni varie* alla facoltà di ricorrere: ma *nei limiti legali* il ricorso merita favore siccome quello che adempie le garentie della giustizia; e tacciarlo siccome odioso è un brutto pregiudizio degno di altri tempi non di un Codice razionale. Ciò non basterebbe, *se la facoltà di ricorrere durasse per lungo tempo*: ma per un mese! la

facoltà del riclamo ben può mantenersi *assoluta* senza compromettere gli interessi del vincitore fortunato. E in questo mese di *tregua* sono ben pochi e ben semplici i fatti contingibili nei rapporti tra le due parti belligeranti: e se una di esse pretende, che l'altra *nel corso stesso del mese* abbia rinunciato al suo diritto, perchè non interponeva una espressa stipulazione, e si appagava di fatti, *ancora suscettivi di una interpretazione diversa? E perchè faremo sorgere liti da liti, che è il pessimo dei sistemi legislativi?* Escludiamo adunque, *per sì breve termine*, ogni apprezzamento arbitrario di presunzioni e di circostanze, e a chi allega la rinuncia domandiamo un atto espresso, o un fatto concludente in via di conseguenza *necessaria*, cioè di evidenza innegabile ed assoluta, non di semplice e sempre disputabile convinzione morale.

IV.

Il convenuto è condannato al pagamento: potrebbe appellare e rimettere tutto in questione. *Ma egli paga.* Questo fatto è *inconciliabile* col supposto che siasi conservato il diritto di reclamare: esso conclude in via di conseguenza *necessaria*: l'acquiescenza, benchè non espressa, è di una innegabile ed assoluta evidenza.

Il convenuto è condannato, salvo l'appello, ma *coll'esecuzione provvisoria della sentenza non ostante appello.* Viene l'usciera coll'atto di comando e coll'intimazione di voler procedere agli atti esecutivi. Il condannato paga: si acquieta forse? No, *cede alla forza*, non porge argomento di rinunzia, e senza bisogno di riservarselo espressamente ei conserva illeso il diritto di appellazione. — Ma il condannato non aspetta la visita, e il comando dell'ufficiale,

e manda senza più la somma, che l'*esecuzione provvisoria* gli richiede. Si acquieta forse, e rinuncia egli al diritto di appellare, che non ostante l'esecuzione provvisoria la sentenza e la legge gli riservarono? Sì, rispondono! E perchè? Era forse tenuto ad aspettare la forza? No: ma, pagando prima, *doveva* (dicono) riservarsi espressamente l'appello: tacendo, mostrò di acquietarsi. Ed io dico, che quando a sì lieve e fallace argomento si aggiungessero ancora altre circostanze più significanti, *per un mese* ogni apprezzamento arbitrario vuol essere escluso, e non introdurre una seconda lite per sapere se si debbano compiere nella prima le garentie legali.

V.

Il ricorso in Cassazione non sospende l'esecuzione dei giudicati della Corte d'Appello, i quali perciò non ostante il ricorso, e decorrendo il termine per ricorrere, conservano e spiegano la forza giuridica di costringere all'ubbidienza. Eppure la vigente legge di procedura dichiara, che si perde il diritto di reclamare per effetto di *acquiescenza tacita* nel caso di pagamento *volontario* (prima che sia intimato il comando) delle spese, o con qualunque altro atto *spontaneamente fatto e senza riserva* in esecuzione della sentenza, di cui si tratti (1).

Ma non è vero (osiamo dire) che l'atto di ubbidire e anche di prevenire, quando sovrasta la forza, sia *un atto spontaneo*: prevenire un disdoro, un turbamento della fa-

(1) Pr. civ., art. 587, n. 2.

miglia, un'umiliazione, un aggravio di spese, *ed anche solo il pericolo di tutto ciò*, è un atto di *necessità*: e se non *egite un'espressa riserva del diritto* di ricorso quando io pago per accomiatare l'uffiziale entratomi in casa, perchè la pretendete, se anticipo il pagamento onde risparmiargli l'incomodo? Ma tutte queste le son vane argomentazioni: quando mi accordate una garentia, restringetela, se vi piace, a brevissimo tempo, ma per quel termine fisso ve la domando sicura, senza nuove contestazioni, e senza sorprese (1).

VI.

V'ha chi propone la seguente formola: « L'acquiescenza « ad una sentenza importa la rinunzia al diritto d'impugnarla ». Questa, a mio avviso, è una formola troppo semplice: è la formola *primitiva*, che ci richiama ancora alle origini della giurisprudenza, e ci obbliga a rifare il cammino, e a riprendere tutte le controversie. Io direi così: — l'acquiescenza espressa, o risultante da fatti che *necessariamente* la suppongono, importa la rinunzia al diritto d'impugnare la sentenza (2).

(1) In pratica ho veduto questa legge *funzionare* (parmi) meschinamente in mezzo a un corteo di controversie, che essa medesima ha generate e non sa nettamente risolvere.

(2) Prendo la formola dell'art. 988 del Codice civ. Altre volte la legge omette la condizione del concludere *necessariamente*, e allora ammette l'apprezzamento delle circostanze, e la convinzione morale (V. Cod. civ., art. 2356).

VII.

L'acquiescenza è posteriore. Che pensare (domandiamo) della rinuncia preventiva delle parti a qualunque ricorso contro una sentenza preveduta e non ancor pronunciata? La legge ammette formalmente la rinuncia preventiva all'appello in tema di compromessi, ed anche di giudizi commerciali (1): tace dei giudizi civili: ma al silenzio della legge sùplisce il principio di *jus commune*, il quale abilita ognuno a rinunciare ad un suo diritto eventuale d'interesse privato. Indarno si affaccia la massima — *inclusio unius*; — essa incontra un potente avversario nell'altra massima — *ubi eadem est ratio* — e senza guardare nè l'una, nè l'altra, la logica del diritto risale ai principii (2). Nè per questo si muta l'ordine pubblico delle giurisdizioni: il tribunale rimane colla sua autorità legale di sentenziare in prima istanza; ma le Parti rinunciano al loro diritto di appello; e al ricorso in Cassazione *nell'interesse pubblico della legge* (quando le Parti vi abbiano rinunciato anche preventivamente nel loro interesse privato) provveda, come crederà coll'autorità amplissima del suo ufficio, il pubblico ministero (3).

VIII.

Talvolta i procuratori concludendo sopra una determinata questione *si rimettono alla saviezza del magistrato*.

(1) Pr. civ., art. 1119. — Cod. comm., art. 684, n. 2.

(2) *Logica del diritto*, p. II, capo 19.

(3) Pr. civ., art. 594.

Una parola cotanto ambigua, pronunciata da chi non ha facoltà di pregiudicare la Parte con dichiarazioni di rinuncia, non importa una efficace acquiescenza alla prelodata saviezza, e non impedisce l'appello.

IX.

Infatti il mandato generale alla lite conferisce ai procuratori *l'esercizio ufficiale* dell'azione e della difesa in giudizio, *non la facoltà di disporre*. Investiti *dell'esercizio* essi soli propongono, producono, e concludono, e *omettendo* un atto di procedura, un'istanza, una conclusione, pregiudicheranno irreparabilmente la Parte. Ma non investiti *della facoltà di disporre* dei mezzi appartenenti all'azione e alla difesa, vanamente si attenterebbero di rinunziarvi in tutto o parzialmente. In onta a qualunque rinunzia *preventiva* il procuratore stesso o altri per esso e per la Parte interessata conserva il diritto di proporre tutti quei mezzi di azione o di difesa, che lo *stato legale* della procedura, e *il grado* a cui già sia pervenuto il giudizio, possa ancora permettere. Così il procuratore alla lite (fatta astrazione dai mandati speciali che possono modificare le sue facoltà generali e legali) *omittendo nocet, committendo non nocet*.

X.

In verità l'esercizio dell'azione e della difesa in giudizio importa la necessità di discutere la questione di diritto, e *la questione di fatto*, e in quest'ultima (separando il certo dall'incerto) di designare i fatti che si confessano da quei che si negano: e il giudice, sentenziando, ha pur

diritto di *presumere* veri i fatti confessati dal procuratore. Ma la presunzione (finchè non è sopraggiunto un giudicato irrevocabile) cederebbe *alla prova contraria*. Per dare all'acquiescenza una forza maggiore bisogna la facoltà di disporre: è d'uopo che la dichiarazione proceda direttamente dalla Parte stessa o da un suo *procuratore speciale* (1).

(1) Cod. civ., art. 1470.

CAPITOLO IV.

Schiarimenti sulla istanza di appello.

I.

Appello incidente. — Una sentenza mi concede solo in parte ciò che ho domandato: non me ne appello: la legge presume, che la mia acquiescenza sia alligata alla condizione che anche l'avversario si acquieti in quello che la sentenza mi ha concesso: se l'avversario promuove reclamo, manca la condizione, farò non ostante il trascorso dei termini, la mia dichiarazione di appello *in via incidentale* nel giudizio promosso dall'altra Parte. Indarno il mio avversario si pentirebbe di poi, e offrirebbe di rinunciare: e anche rigettato il suo appello come non fondato in ragione, il mio sussiste, quanto a procedura, e dovrà essere giudicato nel merito. Se però l'appello dell'avversario fosse rigettato perchè *non interposto in tempo utile*, l'esito mostrerebbe, che la condizione della mia acquiescenza anteriore non era mancata, e cadrebbe, colla procedura principale, anche quella dell'appello incidente (1).

(1) Pr. civ., art. 536, 540.

II.

Nuovo tema di pretesa acquiescenza e di decadenza: appello individuo, omissione di uno o più nomi. — Rivendico una servitù attiva che mi è contrastata, e chiamo in giudizio i *comproprietarii*, che tengono il fondo serviente *pro indiviso*: la sentenza mi nega il diritto di servitù: e nell'atto di citazione in appello occorre l'omissione di uno dei nomi dei citandi. Non mi sono certo acquietato *rimpetto a nissuno dei comproprietarii*, perchè la servitù individua è o non è *rimpetto a tutti*: dunque l'omissione non può essere stata che l'effetto dell'errore, di una dimenticanza: *errore innocuo, epperchè riparabilissimo a termini di ragione*, perocchè il non chiamato, vedendo chiamati i *condomini* consorti di lite non ha potuto lusingarsi un istante. Eppure la vigente legge pronuncia la decadenza dall'appello intero anche *rimpetto ai citati*, appunto perchè si tratta di causa *individua*! (1). L'antica romana sapienza decideva il contrario: *Illud cecidit in quaestionem, si plures habuerit adversarios, et quorumdam nomina libellis sint plexa, quorumdam non: an aequè praescribi ei possit ab his, quorum nomina comprehensa non sunt, quasi adversus ipsos adqueverit sententiae? Et, cum una causa sit, arbitror non esse praescribendum* (2). E noi preferiamo il dettato antico, la ragione e la giustizia all'opinione moderna.

Poniamo una causa *dividua*: chiamo in giudizio *gli eredi* del mio debitore: la sentenza del tribunale dichiara nullo il mio titolo di credito e gli assolve: nell'atto di citazione in appello uno degli eredi è omissso da me, o dal mio

(1) Pr. civ., art. 542.

(2) L. 3, § 1, dig. de appellationibus.

procuratore, o dall'usciera: chi crederà che io abbia inteso di assolverlo dalla sua porzione di debito, quando *la causa è una sola*, e continuo a sostenerla? *Cum una causa sit, arbitror ei non esse praescribendum*; e potersi integrare il giudizio non ostante il trascorso dei trenta giorni, chiamando *nella già aperta causa d'appello* anche quello che prima era stato dimenticato. — Ma la vigente legge decide implicitamente il contrario (1).

Invertiamo l'ipotesi, e troveremo per la prima volta una vera difficoltà. Sono *gli eredi* del creditore, che promossero una domanda contro il debitore. Assolto questi dal tribunale, alcuni appellano, altri lasciano trascorrere il termine perentorio. Essendo ognuno degli eredi padrone e forse estimatore diverso della porzione e del fondamento del proprio credito, ben si potrebbe sospettare in questo caso che alcuni di loro, quelli che si astennero, abbiano inteso di ritirarsi dalla lotta e liberarsi dalle spese corrispondenti. Ma no: la legge si fa ad un tratto indulgente, e vuole che l'appello anche interposto da un solo giovì agli altri che ebbero comune, benchè dividua la causa, e introduce l'appello per adesione anche dopo il decorso del termine (2). Pare a noi, che alternando siffattamente l'indulgenza e il rigore, il legislatore faccia miglior prova d'onnipotenza che di giustizia.

III.

Esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado in relazione all'istanza d'appello. — La dichiarazione di ese-

(1) Pr. civ., art. 542.

(2) Pr. civ., cit. art.

cuzione provvisoria, non ostante appello, ha il carattere di provvedimento interinale di necessità e d'urgenza: e la causa intera passa alla istanza di appello: deduciamo logicamente da questi due principii, che il tribunale di seconda istanza debbe aver facoltà di inibire *in via incidentale*, sentite entrambe le parti, l'esecuzione provvisoria ordinata dal tribunale, che abbia oltrepassato i limiti della legge, o male apprezzato le circostanze, o ignorato i documenti, che meglio rischiarino i fatti in secondo grado: non vi ha ragione di limitare *nel provvisorio* i poteri del tribunale superiore che pur sono illimitati nel *giudizio definitivo*. Quello solo, che non si dee permettere al giudice di appello, sarebbe di revocare *ex primo decreto*, o sopra ricorso di una sola parte ciò che fu ordinato dal tribunale in contraddittorio di entrambe.

Che se l'esecuzione provvisoria non si chiese in prima istanza, ovvero fu diniegata dal tribunale, noi diciamo, che il giudice d'appello a cui passa la causa intera, darà *in via incidentale*, sulle istanze delle Parti, tutti i provvedimenti interinali di urgenza e di necessità a tenore delle regole generali di procedura civile; ma non avrà più a decretare *l'esecuzione provvisoria di nessuna sentenza*, non di quella del tribunale, che pel fatto stesso dell'appello ha cessato di esistere (1), non della sua propria, che egli non ha ancor pronunciata. Così insegnerebbe la logica. Ma *contra rectam disputandi rationem* la legge vigente introduce disposizioni speciali: essa vuole, che la esecuzione provvisoria *possa ancora essere domandata nella istanza di appello* (2). Che se il tribunale la concede, la legge

(1) L. 6, § 1, dig. de his, qui notantur infamia.

(2) Pr. civ., art. 547 — Altri invece esige, che la domanda siasene fatta in prima istanza: respinta dal tribunale potrà rinnovarsi nell'istanza di

vigente inibisce al giudice superiore di rivocarla *per solo apprezzamento di circostanze*, limitandone la giurisdizione al caso in cui il tribunale abbia errato in diritto o violato la legge (1).

IV.

Perenzione. — Quando avviene la perenzione d'istanza, le cose tornano in quello stato, in cui sarebbero se l'istanza *perenta* non si fosse introdotta: ora, non introdotta l'istanza di appello, la sentenza di primo grado passa in giudicato: dunque, avvenendo la perenzione dell'istanza di appello, la sentenza appellata si ha come non appellata, passa in giudicato, e la perenzione dell'istanza estingue in questo caso anche il diritto. Così dichiara testualmente la legge stessa ricopiata dal Codice francese (2). Noi ne deduciamo, che similmente dee succedere nelle istanze di opposizione alle sentenze contumaciali: l'istanza di opposizione *perenta* si ha come non avvenuta, e non avvenendo l'opposizione, passa in giudicato anche la sentenza contumaciale: vero, che a tal conseguenza si oppongono dottrine e decisioni francesi, le quali avvertirono, che la sentenza contumaciale rimane estinta pel fatto stesso dell'opposizione, e da ciò dedussero che la perenzione posteriore del giudizio vertente annullar debbe il procedimento intero sin dalla sua origine a carico dell'attore (3). Ma pare a noi che l'argomentazione si ri-

appello in via incidentale, *adempiute all'uopo le condizioni dell'appello incidente.*

(1) Pr. civ., 548, 549.

(2) Pr. civ., art. 552.

(3) V. il Bourbeau, che ha continuato, e, a mio avviso, superato il Boncenne (*Théorie de la procédure civile*).

solva in una petizione di principio. Anche la sentenza contraddittoriale appellabile rimane estinta pel fatto stesso dell'appellazione; e come potrebbe sussistere *la cosa decisa* quando il tutto è rimesso in questione, abbandonato ad un nuovo e liberissimo esame? La sentenza appellabile abbisogna di una conferma, senza della quale non ha vigore: l'accettazione o l'acquiescenza del soccombente è la prima di queste conferme, e l'appellazione esclude l'acquiescenza, come la dichiarata opposizione esclude l'accettazione della sentenza contumaciale, la quale perciò pel fatto stesso della opposizione svanisce. Ma ad escludere l'acquiescenza bisogna pure che il fatto della appellazione o della opposizione sia avvenuto: se questo non avviene, si adempie quello dell'acquiescenza: ora il fatto abbandonato è cancellato, come non avvenuto; e la perenzione, che supponiamo, delle istanze di opposizione o di appello equivale all'abbandono delle medesime. Il sistema che combattiamo darebbe questo risultato singolarissimo, che una sentenza contumaciale avrebbe sorti contrarie secondochè venisse impugnata col mezzo della opposizione o con quello dell'appellazione, che pur la legge considera come equivalenti: perciocchè, nella via dell'opposizione, il sistema che combattiamo vuole annullata la sentenza anche nel caso di opposizione perenta, e niuno nega che, presa la via dell'appellazione (opposizione in via di appello), la stessa sentenza contumaciale passerebbe in giudicato in caso di appellazione perenta.

V.

Ampliamento della causa: raffronto tra la prima e la seconda istanza. — Due formole pare che si combattano:

l'una dice, che in grado di appello non si possono proporre nuove domande; l'altra afferma, che si possono proporre *nuovi mezzi*, e così anche nuovi punti di controversia. Con qual criterio si distingueranno le nuove controversie ammissibili dalle nuove domande inammissibili? Sopraciò si fanno innumerevoli dispute. Poniamo un esempio che valga per molti. Si contese in prima istanza sulla validità di un contratto, ma le Parti non disputarono che sull'errore e sul dolo obbiettato da una, negato dall'altra: nell'istanza di appello sarà egli permesso proporre un'altra causa di nullità, a mo' di esempio, l'incapacità personale di uno dei contraenti? Questa nuova proposta sarà ella un *nuovo mezzo* diretto a conseguire *lo stesso fine*, l'annullamento del contratto? ovvero una nuova azione dipendente da una causa diversa che debba passare per due gradi? A risolvere questa e tutte le altre dispute di simil genere, noi dobbiamo ricordare i principii svolti in un altro libro (1). Il soggetto del giudizio proposto dall'attore può essere ampliato dal convenuto nei limiti della *causa petendi*. Se il convenuto accetta il tema ristretto, se, ad esempio, impugnandosi dall'attore un contratto per un vizio speciale (v. gr. per difetto di consenso), il convenuto accetta la questione in tali termini, e conchiude acciò si dichiari, *non ostare alla validità del contratto il vizio opposto dall'attore*, il soggetto del giudizio rimane limitato alla questione trattata, la sentenza del tribunale sarà di diritto e necessariamente contenuta nei medesimi limiti, e non potendo il soggetto della istanza di appello essere più esteso che quello di prima istanza, ne dedurremo, che ad impugnare il contratto

(1) *Logica del diritto*, P. I, Capo 21.

non sarà permesso proporre in secondo grado una nuova causa di nullità non stata opposta nel primo. Ma il convenuto potrà ampliare, nella cerchia della impugnata validità del contratto, il tema della controversia; potrà concludere in generale, perchè fosse dichiarato valido ed esecutorio per ogni rispetto il contratto. La qual conclusione venendo sanzionata dalla sentenza, che passasse in giudicato, tutti i mezzi d'impugnazione, cioè tutte le cause possibili di nullità ne rimarrebbero estinte, benchè non proposte dall'attore; perocchè una domanda proposta legalmente dal convenuto costituisce in mora l'attore medesimo a contrapporvi tutti i mezzi atti a combatterla, sotto pena che, anche omessi, tutti rimangano estinti dal giudicato conforme alla domanda. In questo caso essendo nella prima istanza *virtualmente* comprese tutte le cause possibili di nullità, e il soggetto intero del giudizio passando dalla prima alla seconda istanza, non dubiteremo che sia permesso all'appellante di opporre l'incapacità, benchè in primo grado non avesse espressamente proposto che l'errore e il dolo. Aggiungiamo, a maggior schiarimento, un altro esempio. L'attore rivendica un fondo in forza di un titolo determinato: il convenuto oppone la nullità del titolo, e conclude acciò si dichiari, *ostare alla domanda dell'attore le eccezioni di nullità del titolo da lui obbiettate*. Il soggetto del giudizio e del giudicato sarebbe limitato al titolo prodotto e discusso: e non sarebbe permesso all'attore appellante proporre in secondo grado od aggiungere un titolo nuovo, e rivendicare, a mo' di esempio, a titolo di legato quel fondo che nella prima istanza aveva addomandato per solo titolo di compra dichiarata invalida dai primi giudici. Ma qui pure torniamo a dire, che il convenuto potrà ampliare

il soggetto del giudizio per quanto si estende la causa della rivendicazione, cioè la proprietà; esso potrà concludere generalmente acciò si dichiari, *non spettare all'attore la proprietà del fondo di cui si tratta* — o meglio ancora — *spettare la proprietà a lui, convenuto, in forza di titolo e di possesso prodotto e provato*. In questo caso l'attore (riconvenuto virtualmente) deve contrapporre tutti i mezzi atti a combattere la conclusione del convenuto, cioè tutti i titoli possibili di rivendicazione: *omnes causæ uno iudicio comprehenduntur*; e quei mezzi, che avrà omissi nella prima istanza, potrà proporli nella seconda, alla quale si trasferisce tutta intera la controversia. Teniamo dunque, a spiegazione e conciliazione delle due formole sopradette, il seguente principio — Le nuove controversie non espressamente trattate in prima istanza si possono tuttavia proporre in seconda, se già erano virtualmente comprese nel soggetto del giudizio, determinato dalle conclusioni di entrambe le Parti: le nuove questioni eccedenti cotesti limiti, e che non potevano in nessun caso essere colpite virtualmente dal giudicato, sono domande nuove non proponibili in grado di appello. Or siccome l'azione deduce *virtualmente* in giudizio tutte le eccezioni che le si possano contrapporre, e il giudicato conforme alla domanda le colpirebbe tutte, così ne avviene quello, che la legge medesima dichiara testualmente, essere sempre permesso al convenuto appellante opporre nell'istanza di appello la compensazione, la prescrizione, la nullità dell'atto anche per causa non opposta prima, e qualunque altra eccezione stata omissa in primo grado, purchè diretta a combattere l'azione dell'avversario (1).

(1) V. Cod. Pr. civ., art. 550.

Mentre le Parti stanno ancora dinanzi al primo giudice, l'ampliamento della causa non incontra ostacolo che nei limiti del mandato dei procuratori. E in verità i limiti del mandato, così del procuratore che agisce come di quello che difende, sono determinati dal libello della domanda significato nelle vie legali alla persona del convenuto. Ondechè se il libello conclude alla restituzione di un mutuo, inutilmente il procuratore dell'attore si avviserebbe nel corso dell'istanza introdurre per semplice cedola la domanda in rivendicazione di un fondo: il suo mandato alla lite introdotta dal libello non si estende a ciò: e quando egli presentasse per la nuova domanda un mandato speciale, il procuratore del convenuto non troverebbe nel mandato conferitogli sul primo libello i poteri necessari per difendere il convenuto contro la novella proposta. Sarebbe dunque necessario un nuovo libello e un nuovo atto di citazione nella forma comune. Tuttavia il mandato dei procuratori riceve interpretazione in conformità del *fine diretto* che la primitiva domanda si propone. Così nel corso della prima istanza la nullità del contratto per causa d'incapacità si proporrebbe validamente dal procuratore dell'attore per semplice cedola, e quello del convenuto sarebbe tenuto di rispondervi, ancorchè nel libello l'annullamento del contratto si fosse chiesto per vizio di consenso: perciocchè il *fine diretto* della domanda, quello che l'attore si propone di conseguire istituendo il giudizio e costituendo il procuratore è l'annullamento del contratto. E così pure i frutti e gli interessi scaduti anteriormente all'atto di citazione, anche omessi in questo, si possono chiedere in tutto il corso della prima istanza, e la domanda fattane deduce in giudizio espressamente o *virtualmente* anche i frutti, inte-

nessi, ed altri simili accessori della cosa che siano per maturare durante il corso intero del giudizio sino al termine della seconda istanza (1). Dal canto suo il procuratore del convenuto trova nel suo mandato i poteri necessari per proporre non solo qualunque eccezione o difesa strettamente intesa, ma ancora le domande riconvenzionali dipendenti dallo stesso titolo dell'attore, ovvero anche da causa diversa, purchè dirette a *liquidare* un credito compensabile, nel mentre stesso che l'attore sta *liquidando* il suo proprio (2). Il che non vieta al tribunale di distinguere le questioni, se per avventura il credito dell'attore fosse liquido o presto liquidato, e quello proposto dal convenuto affatto illiquido e involuto in controversie di lunga indagine e d'esito incerto. Che poi nella istanza di appello si proponga per la prima volta una domanda riconvenzionale dipendente da un credito incerto, e da titolo affatto diverso, anche a volerla restringere all'effetto di una sperata compensazione, i *principii di ragione* e il sistema del doppio grado di giurisdizione che protegge egualmente entrambe le Parti, non lo permettono: la legge dee solo permettere, anche in via di nuova proposta, *tutte le eccezioni*, e così anche l'eccezione *non impleti contractus*, ovvero l'eccezione di compensazione propriamente detta, *dove concorra la condizione della liquidità*, non le domande nuove, che dovrebbero formarsi e svolgersi come azioni (impossibili a prodursi *ex novo* in secondo grado) prima di trasformarsi in eccezioni.

(1) Pr. civ. 550.

(2) Già ne abbiamo ragionato nel titolo quarto a proposito della competenza.

CAPITOLO V.

Considerazioni speciali in materia di garentia.

Garante è colui, che deve difendere un altro, e garantire il successo della difesa, ed in caso di non fatta o non riuscita difesa assumere egli medesimo le conseguenze dell'esito in luogo del garentito, o in via preventiva, o in via di riparazione e d'indennità.

Così l'essenza giuridica della garentia è identica sotto tutte le forme: ma per rispetto alla procedura si distingue in due specie, designate coi nomi oscuri ed equivoci di *garentia semplice* e *garentia formale*. Se uno debba essere garentito contro una obbligazione personale che altri pretenda imporgli, è il caso della garentia semplice: se il garante deve difendere il garentito *nel possesso d'una cosa o nell'esercizio di un diritto*, è il caso della garentia formale. — Così il fideiussore *solidale* è chiamato in giudizio dal creditore; egli si rivolge al debitore principale che lo dee garentire, dimostrando estinta ovvero estinguendo l'obbligazione, *rilevarlo* e in tutti i casi tenerlo indenne (garentia semplice). — Il compratore e possessore del fondo è chiamato in giudizio da un terzo che se ne pretende proprietario; egli si rivolge al suo venditore, il quale lo deve difendere nel possesso della cosa vendu-

tagli e guarentitagli (garentia formale). Guardiamo accuratamente 1° in *che convengano*; 2° in che differiscano in riguardo alla procedura le mentovate due forme di garentia.

Il garante ha l'obbligo di assumere la difesa del garentito, ma come principale interessato *ne ha pure il diritto illimitato*. Il garentito, benchè abbia chiamato in suo aiuto e riparo il garante, tiene però dal proprio suo diritto la facoltà di premunirsi e difendersi anche direttamente con tutti i mezzi: tuttavia, *diffidandone espressamente il garante*, potrebbe anche astenersene affatto; perocchè l'obbligo di una piena difesa incumbe al garante, il quale intervenendo nel giudizio vertente tra il garentito e il principale molestante (l'attore in azione principale), diventa Parte nel giudizio e conseguentemente ammissibile a proporre i mezzi della difesa direttamente contro l'attor principale. Siccome però *ad factum nemo compelli potest*, anche il garante potrà astenersi: lo potrà non di diritto ma di fatto, e a tutto suo pericolo e danno, perciocchè egli dovrà in tutti i casi subire, almeno in via di risarcimento, le conseguenze del giudicato.

Ora se tutte queste proposizioni sono incontrastabili non solo, ma comuni a qualunque specie e forma di garentia, perchè derivano necessariamente dall'essenza giuridica della garentia considerata in se stessa, e se per gli accennati rispetti convengono pienamente fra di loro la così detta garentia semplice e la garentia formale, domandiamo, in quale altro punto le medesime differiscano: e rispondiamo a chi ben riguarda, che esse differiscono in un punto solo, ed ecco quale. Chi è obbligato personalmente verso *l'attore in azione principale* (ad esempio il fideiussore solidale verso il creditore) come non può sot-

trarsi alla obbligazione che assunse direttamente, e a cui deve egli stesso direttamente rispondere, così non può sottrarsi al giudizio nè alla condanna personale, che in caso di non fatta o non riuscita difesa sarà pronunciata direttamente contro di lui. Il garante, il debitore principale, deve intervenire nel giudizio, assumere la piena difesa del suo fideiussore, e se ne asterrebbe a tutto suo pericolo e danno; il garentito a sua volta, chiamando in causa il garante, avrà facoltà di concorrere alla difesa, ovvero *rivolgendo sempre e comunicando al garante le cedole dell'attor principale*, starsene spettatore tranquillo all'ombra della garanzia dovutagli; *ma non ha il diritto di uscire dalla causa*, la quale ne' suoi rapporti personali coll'attore principale continua quale fu introdotta. All'incontro nei casi di garentia formale succedono bensì le stessissime cose che abbiamo già detto in ordine all'obbligo e al diritto della difesa comune, e alla facoltà, che compete al garentito, di astenersene a rischio del garante; ma il garentito ha un diritto di più, ed è questo, *di essere messo fuori di causa*, cioè di uscire dal giudizio anche *dirimpetto all'attore principale*, lasciando che il garante, in luogo del primo convenuto che si dimette ed esce, assuma e continui solo la causa contro il rivendicante, il quale non avrà più altro contraddittore che l'intervenuto e subentrante al primo chiamato. Gli è che nei casi della così detta garentia formale, il primo convenuto, essendo solo chiamato in qualità di possessore della cosa, non ha rapporto alcuno di obbligazione col rivendicante, epperò quando sostituisce e lascia in causa il suo autore a *difendere la cosa*, se ne può partir dal giudizio senza ledere i diritti di alcuno. Infatti, se la persona chiamata in giudizio da chi rivendica il fondo fosse un colono o altro detentore

a titolo precario, niuno dubita che il convenuto, facendo conoscere e intervenire in causa il vero padrone e possessore civile della cosa, avrebbe piena facoltà di andarsene. Il caso del compratore diversifica, è vero, in questo, che ei tiene la cosa in nome proprio e fu chiamato in giudizio dal rivendicante qual possessore civile del fondo, e conseguentemente qual contraddittore legittimo all'azione vindicatoria. Eppure il caso del compratore s'identifica, se ben si riflette, con quello del detentore, quando è promossa l'azione vindicatoria. Infatti, il compratore non altrimenti assunse il possesso civile della cosa salvo in quanto esso fosse pacifico e libero: in caso di molestia egli volle esser difeso dal venditore, e questi ne assunse l'impegno: dunque avvenendo la molestia, il compratore ha diritto di riconsegnare *civilmente* il possesso contrastato al difensore che lo riassume per difenderlo, e si presenta realmente *qual possessore* contro il suo avversario finchè dura il combattimento — *Se se liti offert* (dicevano gli antichi Romani) *et pro possessore habetur*. — E veramente con qual titolo il rivendicante pretenderebbe opporsi al risultato di queste esplicite o *implicite* stipulazioni seguite tra altri? Il possessore del fondo, vendendolo, si obbliga in caso di attacco, di riprendere il possesso civile in quanto sia necessario per difenderlo: così stipulando, le Parti dispongono di un possesso che tengono, e non pregiudicano all'azione vindicatoria, che ad altri per avventura compete. Teniamo dunque: 1° Che nei casi di *garentia formale* il garentito ha diritto di dimettersi dal giudizio lasciandovi solo il garante; 2° Che questo è il solo punto in cui differiscano la *garentia semplice* e la *garentia formale*: e qualunque definizione che possa lasciar supporre altre

differenze sarebbe, a nostro avviso, una definizione viziosa (1).

E nondimeno sulla facoltà di *uscire dalla causa* dobbiamo dare una spiegazione, e soggiungere un'eccezione. Il garante rimasto solo in causa potrebbe trascurare la difesa e anche colludere coll'avversario; e il *garentito*, dimesso in modo assoluto dal giudizio, non avrebbe mezzo di sorvegliare il suo interesse. La legge dunque gli permette di prendere una posizione intermedia: egli impetrerà di *essere messo fuori di causa*, cioè fuori del campo in cui si combatte attivamente tra le due Parti, ma colla facoltà di *assistere* al proseguimento della causa medesima, vale a dire, che vi sarà ancora rappresentato da un procuratore, il quale senza prendere parte attiva all'istruzione e allo svolgimento della causa, avrà diritto di chiedere al procuratore del garante la comunicazione degli atti e dei documenti, e all'uopo, vedendo male indirizzata la difesa, rientrerebbe nel campo della lotta immediatamente di propria autorità senza implorare la sua ammissione colla procedura dell'intervento ordinario. E un altro vantaggio ancor più prezioso e di tutta attualità conseguiranno i *guarentiti* se dimessi dal giudizio attivo assisteranno al proseguimento di esso nel modo che abbiamo detto; e il vantaggio è questo, che giunta la causa al suo termine, il *garentito* potrà, rientrando, concludere contro il garante, acciocchè il tribunale, in caso di soccombenza, lo condanni colla stessa sentenza al risarcimento dei danni; dovechè, non assistendo, dovrebbe instaurare nuovo giudizio contro il garante al fine suddetto quando nella causa principale le difese fossero rigettate. Ed è

(1) V. Pr. civ., 260 e seg.

questa la spiegazione che dovevamo dare sulla facoltà di uscire dal giudizio.

Ora ricorderemo, che questa medesima facoltà si fonda interamente sulla considerazione, che nei casi di *garanzia formale* il convenuto non ha rapporto alcuno di obbligazione personale coll'attore: dunque, se esista un tale rapporto, cesserà il diritto di essere messo fuori di causa. Il possessore (in ipotesi) ha percepito i frutti in mala fede, e deteriorato il fondo; e alla domanda di rivendicazione l'attore aggiunge un'azione personale accessoria, cioè la domanda in restituzione dei frutti e in risarcimento dei danni. In simili casi il convenuto, obbligato personalmente all'attore, non avrebbe diritto di dimettersi dal giudizio; e così va intesa la troppo vaga e generale formula della legge (1). Ma che? Questo riflesso semplicissimo in se stesso non distruggerebbe per avventura tutto l'antecedente sistema? Qualunque possessore, anche di buona fede e con giusto titolo, pure è sempre tenuto in caso di soccumbenza sulla questione della proprietà, di restituire i frutti percepiti dopo la domanda giudiziale. Se dunque l'obbligo personale ed eventuale di restituire i frutti basta a ritenere forzatamente in causa anche il convenuto per azione reale non ostante che il garante si offra di assumere tutta la causa, dov'è quel possessore che debba essere messo fuori di causa, lasciandovi solo il garante? Rispondiamo rammentando che, promossa appena l'azione vindicatoria, il compratore ha diritto di riconsegnare al suo autore il possesso civile perchè lo difenda, e per questo rispetto il garante, assumendo la causa *pro possessore habetur*, e risponde anche dei frutti.

(1) Pr. civ., 262.

Se si dubitasse della sua solvenza, se si temessero *degradazioni* nel corso del giudizio, e per commetterle impunemente il garentito, detentore del fondo, si ostinasse a chiedere la sua dimissione dalla causa, il giudice vi provvederebbe sequestrando il possesso del fondo controverso, in virtù del potere discrezionale concessogli dalla legge (1).

In caso di soccumbenza del garante formale, il detentore del fondo sarà in qualunque ipotesi tenuto per effetto della sentenza di rilasciare il fondo al rivendicante; perciocchè, come dicemmo, egli dimettendosi dal giudizio non altrimenti il potè fare salvo affidando il possesso civile della cosa al garante suo difensore, e questi, in ipotesi, fu condannato a restituirlo all'attore. Però contro il *garentito* uscito dalla causa, benchè abbia assistito per diritto di sorveglianza al proseguimento di essa, non si possono prendere conclusioni nè profferire condanne a titolo di spese o d'indennità. Che se vi rimase *volontariamente*, o perchè l'attore ve l'abbia ritenuto a titolo di *azione personale accessoria*, potrà essere condannato nelle spese del giudizio in sussidio, pel caso d'insolvenza del garante che vi è tenuto qual principale interessato e difensore, e potrebbe pure per degradazioni del fondo ed altre simili cause personali essere condannato colla stessa sentenza al risarcimento dei danni (2).

Il testo della legge limita la teoria della garanzia formale alle materie reali ed ipotecarie, come se il garante formale fosse soltanto quello che difende il garentito nel possesso della cosa contro un'azione vindicatoria, ipote-

(1) Cod. civ., art. 1995.

(2) Pr. civ., 262.

caria, od altra azione reale. La crediamo una inesattezza ; avvisiamo che si debbe allargare la formola, e riconoscere un *garante formale* tuttavolta che esso difenda il garentito, non già contro un'obbligazione, ma *nell'esercizio di un diritto*. Poniamo che il cessionario di un credito esercitando l'azione personale cedutagli incontri un'opposizione o per parte del debitore che impugni la sussistenza del debito, o per parte di terzi. Il cedente interviene e dee intervenire a difendere il cessionario nell'esercizio del diritto cedutogli, ed è senza dubbio un *garante formale* ; perciocchè il cessionario, quando ha condotto il creditore cedente a fronte del debitore ceduto, ha il diritto indubitabile di uscire dalla causa, lasciandovi solo il garante, benchè gli piaccia assistervi a titolo di sorveglianza, il quale punto, come già sappiamo, costituisce tutta la differenza e l'essenza caratteristica della *garentia formale*. E abbiamo intanto portato l'attenzione sopra questa nuova forma di garentia, perchè fra pochi istanti la richiameremo sotto un altro aspetto onde combattere un errore della dottrina francese.

Il garante assume la difesa nel fòro stesso, in cui pende la causa principale di molestia ; e come infatti potrebbe difenderese non intervenisse nel teatro stesso della guèrra? Ma il citato in garentia ben sovente solleva la questione pregiudiziale, negando il *supposto rapporto giuridico*, che lo obblighi ad assumere la difesa contro l'azione, di cui si tratta ; il *coobligato* dirà che egli non è il debitore principale, e che sotto forma di *correo* egli non fece che prestare una fideiussione per chi ora pretenderebbe di essere garentito : oppure nelle azioni vindicatorie opporrà al compratore, che egli, chiamato in garentia, non è l'erede del

venditore, o che la cosa fu venduta a rischio del compratore; — o farà simili altre eccezioni preliminari. Potrebbe egli richiamarsi in tali casi al suo giudice naturale, alla giurisdizione del suo proprio domicilio? Sì, a tenore dei principii generali di *jus commune*: no, a tenore della legge, che derogò ai principii generali *propter utilitatem* (1); la legge spera che nella maggior parte dei casi le eccezioni preliminari si possano prontamente risolvere, e in un solo giudizio o colla stessa sentenza terminare la questione principale colle accessorie riguardo a tutti: in quella vece la facoltà del garante di richiamarsi al proprio fòro sulle eccezioni pregiudiziali, tornerebbe di soverchio aggravio al garentito trascinato in giudizi diversi; — impedirebbe l'efficace esercizio dell'azione in garentia, non potendosi imporre all'attor principale di sospendere lungamente la sua azione per attendere l'esito di un giudizio pendente dinanzi a giurisdizione diversa e trasmissibile di grado in grado: — e infine nuocerebbe allo stesso garante, al quale generalmente la prudenza consiglierebbe di farsi intanto rappresentare anche nella causa della molestia principale, dove si deciderebbe eventualmente anche la sua sorte: e così anch'egli andrebbe gravato delle spese di due giudizi contemporanei.

Senonchè la causa principale può essere immaginaria, fittizia, introdotta al solo oggetto di distrarre il vero convenuto dal suo tribunale traendolo a quello dell'attore. Poniamo: chi ha ricevuto una merce, che poi vorrebbe respingere, annullando il contratto, e ripetendo il prezzo coi danni, dovrebbe al certo convenire lo speditore, comunque lontano, al tribunale del suo domicilio; ma egli

(1) Pr. civ., 259.

se la intende con un amico, a cui si finge che la merce appena giunta sia stata rimessa per precedenti accordi: l'amico chiama in giudizio il supposto rivenditore per vizio della merce, e questi chiama in garentia lo speditore. Quando risulti *della frode*, lo speditore dovrà essere rimesso al suo proprio tribunale, e il vero compratore rinviato a provvedersi regolarmente (1).

Non confondiamo però, come par che faccia l'antica e la nuova dottrina francese, due generi di casi affatto diversi. Altro è che il fatto stesso, *quale si propone*, non costituisca titolo di garentia; altro è, che s'impugni non la concludenza giuridica, ma la sincerità del fatto. Così, nell'addotto esempio, dato per vero il fatto della rivendita della merce e data per sincera l'azione del secondo compratore, questi fatti concluderebbero giuridicamente ad una azione di garentia in favore del primo compratore contro il primo vendente, cioè contro lo speditore, il quale perciò non avrà che un mezzo di declinare il fôro della causa principale, cioè quello di provare *la simulazione* di questa e dei pretesi fatti, da cui si vuol derivare. Poniamo all'incontro un altro caso, quello a cui nel tema in discorso, ricorrono i più insigni scrittori francesi. — *Primus* di Parigi cede a *Secundus* un suo preteso credito verso *Tertius* di Lione. Quest'ultimo convenuto in giudizio, dinanzi al tribunal di Lione, dal cessionario, nega di essere debitore; e il cessionario si rivolge tosto al cedente (garante del credito ceduto) e invece di chiamarlo in garentia a Lione nel fôro della causa principale (dove il cedente avrebbe egli stesso introdotto la causa contro il supposto

(1) Pr. civ., art. 259.

Questa specie di frode è praticata forse più che non si creda *nelle cause mandamentali per vizii redibitorii*.

debitore, se non la avesse già introdotta per lui il suo cessionario), in vece (diciamo) di procedere così secondo le norme della garentia formale (1), il cessionario chiama il suo autore di Parigi dinanzi al tribunale di Parigi; e allora il cedente chiama il supposto debitore di Lione, e gli dice — voi siete la causa delle molestie, che mi sono inferte dal mio cessionario; guarentitemi e venite a Parigi a discutere con me la vostra pretesa di non pagare il debito che io vi apposi!! Gli scrittori francesi insegnano, che il supposto debitore di Lione potrà richiamarsi al suo giudice naturale, quando risulti, che la cessione e la causa tra il cedente e il cessionario furono *simulate* all'intento di distrarlo dal proprio domicilio; donde seguirebbe, che posta la sincerità della cessione, e posto che il cessionario, vista l'opposizione del debitore, avesse in realtà e senza frode preferito di ritornare a Parigi ed ivi promuovere contro il cedente solo le sue speciali e più certe ragioni, il preteso debitore di Lione sarebbe validamente chiamato in garentia e forzatamente distratto dal suo giudice naturale dovrebbe recarsi a Parigi, domicilio del pretendentesi creditore, e ivi difendersi dal debito che questi con un atto di cessione pretese di apporgli!! Questo a noi pare un manifestissimo errore. Il titolo della garentia può certamente essere contrattuale, quasi-contrattuale, nascere da un delitto, da un quasi-delitto o direttamente dalla legge medesima; ma, qualunque sia l'origine, egli è pur sempre mestieri che il titolo importi *l'obbligo di difendere il garentito nel possesso, nell'esercizio di un diritto, ovvero contro una obbligazione che al garentito stesso sia imputata dall'attore principale*. Se adunque il fatto, quale si propone,

(1) Pr. civ., 259.

anche dato per vero non importerebbe *l'obbligo di difendere*, vien meno l'azione di garentia. Ora chi non vede che la cessione non genera altri rapporti giuridici, che fra il cedente ed il cessionario? e che il terzo in massima ipotesi può essere tenuto ad assumere la difesa dell'uno o dell'altro nelle contese sorgenti dal loro contratto? Il terzo evidentemente dovrà solo pagare il proprio debito cogli interessi, quando il debito venga dichiarato in regolare giudizio dal suo giudice naturale. Adunque il supposto debitore non avrà ad occuparsi altrimenti della sincerità della cessione, o dell'intento del giudizio che altrove sorga tra il cedente ed il cessionario; egli attenderà tranquillamente l'uno o l'altro, od entrambi, al suo proprio domicilio. — Il primo ad insegnare cotanto errore fu il *Rodier* ne' suoi Commenti sopra l'Ordinanza di procedura civile del 1667; ed egli intese con tale esempio mostrare una applicazione del disposto di quella legge, la quale già restituiva il garante al suo giudice, quando la causa principale apparisse introdotta coll'intendimento di distrarnelo. Tradotta questa disposizione nei Codici posteriori, i più insigni commentatori ripeterono la stessa erronea spiegazione (1), la quale in verità sarebbe da trapassarsi in silenzio, se lo stesso errore non avesse lungamente echeggiato nella giurisprudenza commerciale, dove il caso figurato da *Rodier* e ripetuto dagli altri si rappresenta facilmente in forma cambiaria. — Un commerciante spedisce le merci, vendute da' suoi agenti: le merci son rifiutate e lasciate in deposito nel luogo dell'arrivo. Egli tuttavia si tiene creditore del prezzo, e trae una cambiale, che viene respinta e protestata; il prenditore o un giratario si

(1) Carrière, Boncenne, Boitard, Dalloz, Mourlon, ecc.

rivolge al traente chiamandolo al suo fôro, e questi chiama in garentia il trattario, il quale declina la competenza e se ne richiama al suo giudice naturale. La giurisprudenza francese fece talvolta dipendere la questione di competenza da un esame di fatto, se cioè la cambiale fosse tratta e la causa di ricorso instituita *coll'intendimento* di distrarre il trattario (il preteso debitore del prezzo delle merci rifiutate) dal tribunale del proprio domicilio. In quella vece la questione è di puro diritto. Pongasi che per una causa qualunque un commerciante si tenga in buona fede creditore di un suo corrispondente, e tragga sopra di lui una cambiale, la quale non accettata gli susciti contro un ricorso del prenditore o d'un giratario: non per questo il preteso debitore, straniero affatto al contratto di cambio, come lo sarebbe alla cessione d'un credito civile che il cedente si fosse attribuito contro di lui, potrà essere chiamato in garentia: perocchè per il preteso debito egli dovrà essere convenuto dinanzi al suo giudice naturale, e *intanto non esiste titolo giuridico, che gli imponga l'obbligo di assumere la difesa o l'impugnazione di un atto passato fra altri*. Ondechè in ultimo la giurisprudenza francese convenne, a quanto pare, nella seguente sentenza, cioè: che il terzo, il quale non abbia nè creata, nè girata, nè altrimenti sottoscritta, nè accettata una cambiale non debba essere distratto dal proprio fôro sotto pretesto, che egli ne avesse la provvisione. La qual sentenza, a sua volta, presa in termini assoluti ci parrebbe non sempre consentanea al vero. Imperocchè se tra i due corrispondenti è stabilito e si prova l'accordo, che uno sia autorizzato a trarre sopra l'altro a misura delle provvisioni, il traente, nella sopra indicata ipotesi, avrà l'azione di garentia contro il trattario, perchè allora il fatto, quale lo propone il traente, *dato per*

vero, costituirebbe un titolo giuridico tale da rendere il trattario *garante* del pagamento *della cambiale da lui autorizzata*; e la verità del fatto, che sia per sè abile a fondare un'azione di garentia, debbe essere discussa dinanzi a quel tribunale medesimo, che già conosce della causa principale. Ma allora (lo si avverta bene) rimarrà ancor salva la question della frode, che è l'ultima sempre riservata dalla legge. Il corrispondente, in virtù della sua promessa di accettar cambiali a misura del suo debito, potrà bensì essere chiamato in garentia dal traente al fòro della causa principale mossagli dal prenditore o dal giratario, e contestando solo l'esistenza di provvisioni, dovrebbe colà discutere il fatto; ma se egli prova, o se dalle circostanze risulta, che la cambiale e il ricorso del supposto prenditore contro il supposto traente sono atti simulati al solo intento di distrarre il terzo dal suo domicilio e traslocarlo dinanzi a giurisdizione lontana per una contabilità, che gli si appone, da lui contestata, potrà senz'altro declinare la competenza speciale e richiamarsi al suo giudice naturale.

Chi ha diritto di essere guarentito, se non esercita la sua azione *in via incidentale* nel modo che abbiamo finora discusso, e sostiene da solo il giudizio contro il molestante, non per questo, avvenendo la sua condanna, perderà il suo diritto e la sua azione contro il garante, che allora diventerà azione *principale* di regresso. Ma così procedendo, si espone a un grave pericolo; perciocchè il garante all'azione di regresso potrebbe opporsi, *provando* che esistevano altri mezzi di difesa *sufficienti*, non fatti valere dal *garentito*, e che egli, garante, *chiamato in tempo*, avrebbe proposti. La qual prova riesce impossibile, se il garante

fu chiamato anche solo nella istanza di appello, dove ogni mezzo di difesa è ancor proponibile (1). Così la chiamata ad intervenire, od anche l'intervento volontario del garante sono ammissibili ancora in grado di appello; perciocchè l'intervento *ad adjuvandum* non include una nuova domanda, non muta i termini della questione decisa in prima istanza, benchè introduca un nuovo difensore in aiuto del primo. All'opposto l'intervento *ad excludendum* si fonda sopra un'azione e un diritto proprio che l'interveniente crede competergli e che propone contro quei due i quali già si disputano la cosa litigiosa: esso dunque, siccome includente una domanda ed azione nuova, non sarebbe ammissibile per la prima volta in grado di appello (2).

Se dalla natura stessa dei fatti, quali sono proposti, risulterà chiaramente, che il terzo chiamato non ha nè obbligo nè interesse di difendere il preteso *garentito*, l'attore in azion principale non sarà tenuto ad accettare nella causa da lui promossa questo nuovo avversario, ancorchè questi, colludendo col primo convenuto per trarre in lungo e complicare il giudizio principale consentisse d'intervenire colla maschera di garante. Si opporrà dunque all'intervento, e la questione sarà decisa in via incidentale. Ma se la questione di garentia dipendesse da più lunga indagine, l'attore principale avrà bensì diritto di separare la

(1) Cod. civ., art. 1647, — identico all'art. 1640 del Cod. civ. fr.; ondechè non sappiamo comprendere come gli scrittori francesi abbiano potuto insegnare, che il garante non può esser chiamato nella istanza di appello. In questa certamente non si prenderanno per la prima volta conclusioni personali contro il garante, ma può esservi chiamato e dee intervenire acciocchè la sentenza da emanare sopra la domanda dell'attore principale sia, nei rapporti tra garante e garentito, un giudicato comune.

(2) Pr. civ., 551.

sua propria causa, già matura a decidersi, da quella di garentia; ma il chiamato in garentia avrà diritto di essere rappresentato e contraddire anche nella causa principale, dove pur si decide eventualmente il suo interesse. Altro è disgiungere le cause, altro respingere l'intervento; e anche disgiunte le cause, il tribunale non perde per questo la sua giurisdizione sulla causa di garentia, benchè la debba decidere dopo la principale (1).

(1)-Pr. civ., 261.

Nel tema intiero, che abbiamo discorso, il testo francese è oscuro in alcuna parte, quello del nostro Codice ci pare inesatto su qualche punto: forse converrà tornare ancora al testo francese coll'aggiunta di ben ponderate dichiarazioni.

CAPITOLO VI.

Dell'esame dei testimonii, del sistema della legalità nell'apprezzamento della prova testimoniale.

L'esame orale e diretto dei testimonii in pubblico dibattimento all'udienza del tribunale può al certo fornire maggiori lumi, che non l'esame scritto o ricevuto da un giudice delegato. Ma la moltitudine degli affari civili in confronto del numero dei tribunali (che dovrebbe ancora essere diminuito per sollevare a migliori condizioni, e a quell'alto grado che le conviene, l'amministrazione della giustizia) si oppone praticamente a quella, che illustri scrittori reclamano come una riforma. E a nostro avviso vi si oppone ancora lo stesso organismo giudiziario nelle materie civili. Niuno pretende, che il pubblico dibattimento per l'esame dei testimonii s'abbia *regolarmente* a ripetere due volte in ogni giudizio; non solo i riguardi dovuti ai testimonii, che prestano un servizio gratuito, e l'economia delle spese e del tempo lo vietano, ma l'interesse ben più rilevante della verità e della giustizia, il pericolo dei maneggi, delle subornazioni, degli intrighi tra l'una e l'altra istanza, lo scandalo possibile d'inesplicabili contraddizioni avvertono il legislatore, che anche

ammesso il pubblico dibattimento per l'esame dei testimoni in materia civile dovrebbe per ogni giudizio tenersi regolarmente una volta sola. Adunque, dove il vorreste fare? forse nella prima istanza, *che nell'organismo giudiziario civile suole essere un'istanza di pura preparazione?* E alla seconda istanza, dove si matura la discussione, e si pronuncia la vera decisione che ha forza di giudicato, vorreste mandare memorie incomplete o fugaci cenni raccolti all'udienza dei primi giudici? Oppure riserverete l'esame alla seconda istanza? e allora nella prima mancheranno le prove. Noi dunque teniamo l'esame scritto come norma ordinaria di procedimento nei giudizi civili; ed aggiungiamo, che l'esame scritto aiuta la memoria e la riflessione, e frena l'arbitrio (1).

Colla questione di procedura si collega quella concernente il valore e l'apprezzamento della prova testimoniale.

Prevale di giorno in giorno l'opinione, che tale apprezzamento deggia abbandonarsi, anche nelle materie civili, all'arbitrio sovrano dei tribunali, liberi e sciolti come un giurì da ogni norma legale. Noi respingiamo questa dottrina, dettata da uno spirito di falso progresso, contraria ai principii organici del diritto civile, solo propizia all'assolutismo dell'arbitrio giudiziario. Quella dottrina al certo è la sola ammissibile nei giudizi criminali, dove la prova

(1) Nei giudizi penali correzionali, il *fatto è più semplice e disgiunto dal diritto*: in essi dunque si può ammettere che i giudici del tribunale pronuncino sulla questione di fatto quasi come giurati, salvo l'esame libero in Corte di Appello dell'applicazione della legge penale, e salvo pure eccezionalmente la revisione del fatto mediante all'uopo la ripetizione del pubblico dibattimento. — Lo stesso o un simile sistema si può eccezionalmente ammettere nelle cause civili, minime, semplici, sommarie.

legale a carico dell'accusato sarebbe una flagrante violazione dei diritti inviolabili dell'umana persona (1); ma in quella vece *nella sfera degli interessi* la ragion civile reclama in ogni parte il sistema della legalità. *La ragion civile* si studia di circoscrivere d'ogni intorno con norme legali l'arbitrio giudiziario, imponendo al giudice *possibilmente* una regola certa, da cui non si deggia dipartire sino a certezza contraria (2). Nè per l'applicazione de' suoi metodi la ragion civile esige per condizione l'infallibilità: le basta, che la regola generale, la presunzione legale, ed ogni altra simile istituzione giuridica destinata a correggere l'arbitrio effrene del giudice, risponda nella massima parte dei casi alla verità: togliete questo metodo, e vedrete subbissarsi la legislazione civile, scomparire il diritto. E perchè dunque non vorreste applicare lo stesso metodo alla prova testimoniale? — È impossibile, voi mi dite: la naturale costituzione della prova per testimonii è tale, che a volerla governare con un sistema legale darebbe più generalmente o in troppo gran numero di casi un risultato erroneo. Ed io vi rispondo, che la pretesa impossibilità sussiste per un riguardo, non sussiste per l'altro. Analizziamo.

Nelle dichiarazioni dei testimonii distinguiamo un soggetto di prova, e un soggetto di presunzione. Quello che è compreso nella causa immediata di scienza, cioè il fatto di aver veduto, udito, o letto, infine tutto ciò che cadde immediatamente sotto i sensi del dichiarante, quello è il vero, unico soggetto di prova. Le conseguenze che il testimone stesso deduce dalla causa di sua scienza imme-

(1) V. La parte seconda di questo volume.

(2) *Logica del diritto*, P. I, Capo 7 *et passim*.

diata, e le ulteriori illazioni che il giudice trae dalle conseguenze già dedotte e tradotte forse in forma di dichiarazione dal testimone, tutto questo è soggetto di presunzioni. Ora io abbandono tutta la parte presuntiva al criterio subbiiettivo dell'intima convinzione; ma dico, che il soggetto immediato della prova testimoniale deve essere protetto con norme legali: e non permettere al giudice di rigettare senza motivi, ad arbitrio, a dettame di sua coscienza un fatto dichiarato (poniamo) da cinque testimonii concordi non sospetti, e *per causa di scienza immediata*. E a chi esclamasse, essere questo un caso immaginario, impossibile in pratica, avrei buono in mano per replicare.

E ricercando una norma legale, dichiaro innanzi tutto che io non intendo ricondurre il sistema delle cause legali di sospetto in quel senso di esclusione, nel quale alcune legislazioni abusarono di tale sistema; no; tutti i testimonii, anche i sospetti legalmente, debbono essere esaminati (eccettuati quei pochissimi che la morale e la natura stessa respingono nel modo il più assoluto) (4): ma vorrei che la legge dichiarasse con molta diligenza le cause ragionevoli di sospetto, tassandole, nel solo scopo di separare, nella questione della legalità, testimonii da testimonii. Qualunque detto di testimonii, contro i quali militi un articolo di sospetto legale, benchè si appoggino a cause di scienza immediata, io lo abbandono ancora al criterio personale dell'intima convinzione. Ma quando un fatto è dichiarato: 1° per causa di scienza immediata; 2° da testimonii *non eccezionali* per alcuna delle cause di sospetto diligentemente fissate dalla legge; 3° da testimonii concordi in numero legale: allora io dico, che la *ragion civile*

(4) Pr. civ., 309, 310.

e con essa la legislazione debbe riconoscere in questa dichiarazione una prova *piena e legale del fatto*, cioè una *presunzione legale* di verità, da mantenersi *sino a piena prova contraria*. E questa prova contraria (il riconosciamo) potrà desumersi anche da un complesso di presunzioni, ma che siano tali da produrre *la viva luce della certezza morale* dichiarata avvertitamente dal giudice, *non il fumo di tenebroso probabilismo, fra cui si aggira l'arbitrio irresponsabile*.

Questa dottrina va messa in correlazione con quella che abbiamo altrove discorso sulla competenza di quella giurisdizione, a cui si affida la custodia della legalità e delle regole del diritto: e così facendo, eccone i risultati pratici spiegati in una sola e semplicissima ipotesi:

Tre testimonii concordi, *non eccepibili* per alcuno dei motivi di suspizione legale, dichiarano di aver veduto eseguirsi un pagamento: la Parte contraria si difende con qualche supposizione: il giudice, sorvolando la prova testimoniale, si decide in favore della Parte che nega il fatto. Questa decisione, *nel sistema arbitrario*, è una *decisione sovrana*. — *Nel sistema legale* potrebbe essere annullata: 1° per violazione della legge, se il giudice non avesse preso *il suo punto di partenza* dalla prova legale risultante dalla dichiarazione dei testimonii; 2° per errore di diritto e ancora per violazione della legge; se avesse ritenuto sufficienti le *semplici probabilità* a distruggere la prova legale, ovvero *con manifesto travisamento* avesse dato ad un vano indizio la forza e il carattere di piena prova contraria; 3° per difetto di motivi, e ancora per violazione della legge; se nel dichiarare la sua piena certezza in senso contrario alla prova legale, avesse trascurato di far conoscere gli elementi di convinzione. In una parola, il si-

stema legale non toglie al giudice del merito la libertà di ragionamento, ma lo guida per retto cammino, e garantisce il diritto. Il giudice debbe occuparsi *espressamente* di tutti i fatti dichiarati dai testimonii concordi, non sospetti, in numero legale, per causa di scienza immediata; e ritenendoli intantosiccome provati legalmente in se stessi, debbe: 1° esaminare se concludano all'assunto, di cui si tratta; 2° se contro la prova legale stiano semplici indizii, ovvero un complesso tale che dia una piena prova di convinzione; 3° e allora dichiarare il risultato indicandone gli elementi, ovvero rigettare gli indizii siccome inammissibili di fronte alla prova legale. — Rinunziate a queste garentie, e vedrete forse regnare una leggerezza e un dispotismo giudiziario non consentaneo al diritto, e alla dignità stessa del cittadino.

Ma resta il pericolo, che la prova legale fondata sulle dichiarazioni di testimonii, anche limitandola colle rigorose norme predette, imponga in troppi casi una verità fittizia alla coscienza del giudice. E noi anche a questo pericolo vogliamo un riparo. Vogliamo, che nella istanza di appello, quando l'istruzione ha fornito tutti i possibili elementi di cognizione, quando già stanno sotto gli occhi della Corte gli esami scritti dei testimonii dove si sollevi contro la prova legale un grave dubbio *morale* sulla fede delle persone benchè *legalmente* non eccepibili, e contro il loro detto sorgano gravi indizii benchè non costituenti piena prova contraria; vogliamo che allora *in via di eccezione* la Corte abbia facoltà di ordinare il dibattimento all'udienza coll'intervento delle Parti e dei testimonii, e allora sulla questione di fatto accetteremo e rispetteremo *il verdetto*. Il carattere eccezionale di questo provvedimento ne previene gli abusi, mentre d'altra parte ripara

alle eventualità, e darebbe in prevenzione un avviso salutare a tutti coloro, che fossero troppo corrivi nella ricerca di testimonii sospetti all'ombra delle legalità. Ma *un verdetto di giurì, a beneplacito*, come cosa ordinaria, e *senza pubblico dibattimento* (come lo vorrebbe il sistema che minaccia di prevalere) ci pare un eccesso. Del resto, valgano almeno questi riflessi a dimostrare la gravità del problema, e a porre in luce un nuovo aspetto della questione, intorno a cui la dottrina e la legislazione si travagliarono sinora senza riuscire ad una conclusione generalmente accettata (1).

(1) Bordeaux — *Réformation de la justice*, — Lib. 4, Capo 22.

CAPITOLO VII.

Del giuramento: riflessioni speciali.

I.

Il giuramento è *affermativo* o *negativo*.

Affermativo: quando uno sia *ammesso a completare* col suo giuramento la prova di una sua affermazione; cioè di un fatto che egli afferma e che deve provare (1).

Negativo: quando uno, che nega l'assunto dell'avversario, viene *obbligato* a confermare con giuramento la negativa, benchè la prova dell'assunto negato stia a carico dell'avversario che afferma.

II.

L'obbligo del giuramento negativo mi può essere imposto dal giudice, quando l'assunto avversario, *negato* da me, pur sia avvalorato da un principio di prova.

(1) V. *Logica del diritto*, P. I, Capo 2.

III.

Anche il mio avversario ha diritto di deferirmi il giuramento negativo: e la legge dichiara che egli ha questa facoltà di obbligarmi a confermare con giuramento la mia negativa, quantunque l'assunto negato da me non sia avvalorato da alcun principio di prova, purchè nel deferirmelo, ei rinunci ad ogni ulteriore discussione di Parti *ed esame di giudice*, e faccia dipendere *senza riserva* e nel modo il più assoluto la decisione della lite dal fatto *stesso* del giuramento.

Così il giuramento *sussidiario*, dedotto in via subalterna, non rinunciando anzi reclamando in via principale il giudizio del tribunale, non può essere un giuramento *decisorio*, nè ammettersi senza principio di prova: altrimenti il mio avversario avrebbe, nella delazione del giuramento, maggiore autorità che il giudice stesso.

IV.

Diciamo col testo della legge, che il mio avversario *può*, cioè ha diritto di deferirmi il giuramento decisorio della lite, benchè il suo assunto, negato da me, non sia convalidato da alcun principio di prova: dunque (ne deduciamo) *per la sola deficienza d'ogni principio di prova* il giudice non ha diritto di rigettare quel giuramento. Ma non estenderemo questa disposizione di *gius singolare* ad un caso diverso, che *non appare in modo sicuro* sia stato egualmente apprezzato dal legislatore: se dunque l'assunto del mio avversario, oltre all'essere sprovveduto di ogni amminicolo favorevole, si trovi *già combattuto da una prova*

od anche solo da un principio di prova in contrario, il giudice avrà facoltà di rigettare anche il giuramento decisivo deferitomi in forma di decisione.

Così, a nostro avviso, si risolve una disputa, che già da lungo tempo ferve nella giurisprudenza e nella dottrina francese.

V.

La delazione del giuramento *negativo* non è altro insomma, che una *interpellanza* solenne. Ora nelle *interpellanze* giudiziali teniamo per certissimi i seguenti principii:

1° Che il *tema legale* (obbligatorio per entrambe le Parti) della *interpellanza* è il soggetto intero della questione vertente fra le Parti, cioè dell'azione o dell'eccezione in litigio;

2° Che comunque l'interpellante abbia ristretto la *formula* del suo interrogatorio, il rispondente ha diritto di abbracciare il soggetto intero della questione, spiegando ed anche aggiungendo tutti quei fatti e quelle circostanze che vi appartengono;

3° Che nei limiti del *tema legale* della *interpellanza*, le dichiarazioni del rispondente sono *indivisibili*; val quanto dire, che l'interpellante non ha diritto di dividerle in parti per rigettarne alcune; eccettuate quelle parti, di cui sia stabilita legalmente la falsità. La quale falsità può essere stabilita:

a) Da una prova positiva, che già esista o si produca di poi;

b) Da una presunzione legale, che contraddica le modificazioni o le aggiunte introdotte dal rispondente;

c) Da un complesso di presunzioni di mero fatto che portino la *piena convinzione* nella coscienza del giudice.

4° Che però per semplici *probabilità*, dubbii, e indizii scompagnati dalla *certezza morale* non si ha diritto di dividere la risposta dalle sue modificazioni e aggiunte: il giudice, tenuto anch'esso di accettare le dichiarazioni del rispondente nel loro complesso, avrà però la facoltà di astringere, anche d'ufficio, il rispondente a confermare col suo giuramento le modificazioni e le aggiunte introdotte dal rispondente, concludono sempre *a negare* l'assunto dell'interpellante: e il giudice può esigere il giuramento in conferma della negativa a cui contraddica anche solo un principio di prova (1).

VI.

E poichè la delazione del giuramento decisivo genera essenzialmente lo stesso rapporto di interpellante e di rispondente, i diritti e i doveri che ne risultano s'informano essenzialmente alle medesime norme.

VII.

Però se identica è la sostanza, alquanto diversi sono i procedimenti.

In tema d'interrogatorio semplice il rispondente non ha a discutere la formola, comunque incompleta e ristretta, che l'interpellante propone. Egli risponde ampiamente sul soggetto intero della quistione; e sa che la sua dichiara-

(1) Sulle proporzioni scritte nel testo. V. *Logica del diritto*, P. I, C. 18, § 5. — e P. II, Capo 22.

zione non potrà essere divisa, e gratuitamente rigettata in parte: *salvo all'interpellante ogni sua prova ulteriore*. In quella vece la delazione del giuramento decisorio aggiunge all'interpellanza la rinunzia di ogni diritto ulteriore, e questa rinunzia è alligata alla formola del giuramento dedotto. Dunque una formola incompleta, o troppo ristretta va subito rigettata. Non ricuserò di giurare; spiegherò il complesso dei fatti: e il giudice dovendo statuire sull'incidente prenderà ad esaminare:

1° Se le modificazioni e ampliazioni proposte da me appartengono al soggetto della questione, cioè dell'azione e dell'eccezione in litigio secondo le norme che reggono le interpellanze e le dichiarazioni giudiziali;

2° Se anche appartenenti al soggetto, non sia per avventura alcuna parte di esse già esclusa allo stato degli atti.—Non appartenenti od escluse, il giudice le rigetterà, e passando in giudicato la sentenza, io sarò strettamente obbligato alla formola di giuramento proposta dal mio avversario. Ma trovandole attinenti al soggetto, e non combattute da prova contraria, il giudice stesso modificherà o amplierà la formola in conformità delle medesime, salvo al mio avversario il diritto di *recedere* dalla delazione del giuramento (1); e in questo modo o sarò dispensato dal giurare (se l'avversario recede) o giurando, sarò liberato dall'azione (se l'avversario accetta la formola ampliata dal giudice).

VIII.

Che se le modificazioni e le aggiunte, non escluse da prova positiva, nè da presunzione legale, nè da un com-

(1) Pr. civ., 283.

plesso di riscontri che valgano piena prova, si presentino tuttavia *fortemente sospette di falsità*, il giudice potrà *mantenere la formola proposta dal deducente, riservando però al giurante la facoltà di aggiungere nel giuramento le spiegazioni che crederà nella sua coscienza. Imperciocchè (come già dicemmo) il giudice può esigere anche d'ufficio che le aggiunte sospette siano dal rispondente confermate con giuramento*. In questo caso avremo un giuramento decisivo accompagnato con un altro deferito d'ufficio dal giudice. Se il giurante si attiene alla formola e nega in modo assoluto, è liberato: se valendosi della riserva ammessa dal giudice aggiunge modificazioni non conseguirà la liberazione inseparabile dalla formola, ma le modificazioni non rigettate dal giudice faranno col resto del giuramento *un tutto indivisibile*; come se il giudice avesse detto — non posso rigettare le aggiunte; anzi le ammetterò quando saranno confermate con giuramento (1).

IX.

Primus tiene un *pagherò* sottoscritto da *Secundus* — valuta in contanti. — Questi chiamato in giudizio oppone di non aver ricevuto i contanti, e interroga l'attore con formola ristretta sopra di ciò. L'attore risponde confessando che non fu dato danaro, ma aggiunge che fu dato l'equivalente e lo specifica. Il convenuto deferisce il giuramento decisivo, ancora con formola ristretta al punto

(1) Se il giudice, in luogo di una semplice riserva inserta nella sentenza, introducesse le modificazioni nella stessa formola decisoria, questa forse sarebbe ritirata dal deferente, e così scomparirebbe il giuramento, e noi supponiamo che nelle circostanze il giudice voglia il giuramento anche per conto del proprio ufficio.

del non numerato danaro. L'attore ricusa la formola così ristretta, e chiede che sia estesa alle spiegazioni già da lui dichiarate; ma il giudice mantiene la formola soggiungendo, che il giurante potrà introdurre le occorrenti modificazioni. Non cercheremo, se a così sentenziare il giudice siasi indotto per gravi sospetti ed abbia realmente inteso di assoggettare, anche d'ufficio, le modificazioni alla prova di un giuramento, ovvero se abbia errato in diritto; fatto sta sempre, che la variazione non fu rigettata, dunque la spiegazione, che in luogo del danaro fu dato l'equivalente, farà col resto del giuramento un tutto indivisibile, che non profitterà all'assunto dell'eccezione; e intanto sussisterà la carta di credito: ma il giurante avendo *modificata la formola non modificata dal giudice*, non sarà liberato dalla eccezione, se per avventura il convenuto riuscisse a stabilire *con prove indipendenti* la falsità della causa espressa nel pagherò, o di quella spiegata nell'atto di giuramento (1).

X.

Dice il legislatore — « Quando la parte, cui fu deferito « il giuramento, abbia chiesto aggiunte, detrazioni, variazioni alla formola proposta del deferente, è lasciato ALLA « PRUDENZA del tribunale la facoltà di correggere la formola in modo, che siano tolti gli equivoci e le coercizioni di coscienza » (2). Avvisiamo, che qui, come al-

(1) V. *in terminis* dec. della Corte di Cassazione del 12 marzo 1864, ref. Pescatore.

(2) Pr. civ., 282.

trove, sotto il nome di PRUDENZA il legislatore intenda, non già *l'arbitrio indistintivo, confuso, istintivo, ma sì la coscienza del giudice illuminata dalla scienza dei principii giuridici*. E questa è la *juris prudentia* degli antichi giureconsulti.

CAPITOLO VIII.

Perenzione d'istanza.

Prima di estinguere *un titolo giuridico* in forza della prescrizione, che pur si chiama la protettrice del genere umano, la legge suole concedere *tempus longissimum* (*præscriptio longissimi temporis*); essa vuole riparare a tutte le possibili contingenze di età minorenni, di trascurate amministrazioni, di eredi non informati, di assenti, di documenti ignorati o smarriti. Ora *se a mezzo del lungo cammino* della prescrizione l'interessato si presenta coi titoli alla mano; se promuove e spinge il giudizio; e poi di fronte alle resistenze si ritrae ancora e lascia in abbandono l'istanza; potrebbe parere non ingiusto nè irragionevole, che la legge, deposto ormai ogni timore di supposizioni che il fatto ha dileguate, troncasse gli indugi, e colla istanza abbandonata estinguesse anche l'azione. Ma la legge procede con maggiori riguardi; essa si appaga di fissare un tempo, dopo il quale l'istanza interrotta si debba presumere *abbandonata*; e ciò avvenendo, la dichiara *perenta*, anche *retroattivamente*; le cose tornano (come già altrove dicemmo) in quello stato in cui sarebbero se la istanza non si fosse introdotta. Così la prescrizione avrà continuato anche nel tempo della istanza che

poi rimase *perenta* e come non avvenuta, e si compirà a suo tempo, computandone senza interruzione il corso dal primo dì in cui era incominciata; e ben potrebbe con tale compito trovarsi compiuta nel corso stesso della istanza anche prima che fosse *perenta*: nel qual caso avverrà accidentalmente che la perenzione della istanza giudiziale estingua anche l'azione.

Così l'intento principale della *perenzione* si è quello di *cancellare* l'effetto interruttivo e sospensivo della prescrizione: se l'istanza giudiziale, che interrompe e sospende la prescrizione già prossima a compiersi, visse, anche nel silenzio e nell'abbandono, di trenta in trent'anni, *lites pene immortales fierent*: per questo rispetto niuno vorrà accusare la legge di soverchio rigore.

E sotto un altro rispetto la istituzione, di cui ragioniamo, soddisfa pure ad un bisogno reale. Dopochè il giudizio rimase lunga pezza abbandonato pel fatto di entrambe le parti, possono essere succeduti cangiamenti di stato, morti, dimissioni, mutazioni nei rapporti tra i clienti e i procuratori, convenzioni, smarrimenti di carte e tante altre eventualità, che, volendo ripigliare il giudizio, non è atto di rigore legale, ma prudenza ed anche necessità della pratica lo esigere, come fa la legge, che s'intimi un nuovo atto di citazione, che si riassuma il fatto, si riassumano le conclusioni, si riproducano i documenti, e si dia campo alla parte contraria di fare altrettanto: e rifacendosi per tal modo l'istruttoria della causa da capo, ne avviene, che gli atti dell'antica istruttoria rimangono, quali atti di semplice procedura, eliminati. Richiamando adunque la perenzione d'istanza a' suoi principii razionali, ne riconosciamo questi due giustissimi effetti: essa dee cancellare l'interruzione e la sospensione della pre-

scrizione: essa inoltre obbliga le Parti a rifare tutta intiera l'istruttoria del giudizio.

Il Codice francese (se pure su questo punto ebbe l'intenzione che gli attribuiscono i suoi commentatori) trasse dalla perenzione dell'istanza conseguenze non giustificate dal fine, evidentemente irragionevoli. Esso vuole (se pur lo vuole), che colla istruttoria rimangano annullate, estinte, cancellate anche le prove! Così il convenuto ha interrogato solennemente l'attore e lo costrinse a confessare una parte dei fatti: altri fatti a difesa furono provati coll'esame di testimonii, e già se n'è costruito il documento (il processo verbale): si sono *verificate* scritture, si è proceduto a perizie, e il risultato contraddittorio col giudizio dei periti è pur consegnato in un documento; a fronte di tali prove l'attore *si ritira tacitamente*: ma sol perchè il convenuto non assale il nemico ridotto al silenzio, o non lo insegue fuggente, ecco che in capo a tre anni tutte le prove già da lui acquistate svaniscono, i documenti delle perizie, della prova testimoniale, e delle stesse confessioni giudiziali sono lacerati, e l'attore sen può ritornare con migliori speranze e ritentare un'ingiusta guerra!! Ma che? Vorreste forse conservare le prove acquistate dal convenuto e distruggere quelle dell'attore? Che se, perenta la istanza, si vuol conservata l'azione, perchè dunque si torranno al giudice i *mezzi* (che sono le prove) di giudicare rettamente il merito, e vorrete sostituire la finzione alla verità? No, no: lo diceva la dottrina antica degli stessi Francesi — *probata remanent* — cioè *remanere debent*, quando le leggi nuove abbiano corretto il loro errore.

Anche le sentenze già profferite nell'antica istanza e attributive di qualche diritto, comprese le interlocutorie

che ammettono una prova già contestata (poichè si vuol conservato il diritto non ostante la perenzione d'istanza) dovranno essere conservate. I soli provvedimenti d'istruttoria cadranno coll'istruttoria che cade (1).

(1) Il Codice nostro tace delle sentenze, e quanto alle prove già acquisite prende una *mezza misura*. V. Pr. civ., art. 462-466.

CAPITOLO IX.

Conclusioni del Pubblico Ministero.

Il Pubblico Ministero esercita l'ufficio di pubblico accusatore nei giudizi penali (1): è *l'occhio del Governo* sui tribunali per quanto ha tratto alla parte amministrativa, al buon ordine, al servizio, alla disciplina, per quanto in somma interessa l'adempimento delle funzioni del Governo dirimpetto all'ordine giudiziario in genere e *ai singoli suoi membri in ispecie*. Infine il Pubblico Ministero sostiene ancora l'ufficio di attore quando si avesse a chiedere allo stesso ordine giudiziario la censura, la punizione, o la destituzione di uno de' suoi membri. — Ma l'intervento del Pubblico Ministero nelle cause civili, ossia il modo d'intervenirvi, costituisce il soggetto di un grave problema legislativo.

Riconosciamo che col diligente esame, collo studio, colle pazienti ricerche, colla discussione interna e col riassunto di tutto questo nelle conclusioni civili all'udienza, il Pubblico Ministero presta opera utilissima alla magistratura nel preparare la decisione. Aggiungiamo i vantaggi del *controllo* nella relazione degli affari all'assemblea dei

(1) Vedasi la parte II di questo volume.

giudici. Esso inoltre conserva le tradizioni della giurisprudenza, e contribuisce all'uniformità dei principii. E ancora l'instituzione di cui discorriamo, quale si era altra volta ordinata, formava collo studio e colla pratica, preparava con lento ma sicuro esercizio, e forniva quindi a suo tempo alla magistratura i migliori giudici.

Ma al cospetto dell'ordinamento attuale noi dobbiamo ricordare, che il Pubblico Ministero è l'agente del potere esecutivo, e non debbe quindi essere costituito in maniera che il medesimo *impoverisca* la magistratura e poi la *domini*.

Le opinioni che esso *adotta*, i sistemi in cui *s'impegna* prima ancora che la discussione orale dei veri interessati abbia viemmeglio illuminata la causa, non sono sempre senza pericolo, e se il *voto* degli agenti del Governo, i quali vi si impegnano pubblicamente, non eserciterà sull'animo dei giudici un'influenza di posizione e di grado, ben potrebbe talvolta ingenerarne il sospetto, screditare la giustizia, turbare la quiete civile e la fiducia nei giudicati. In questa parte, rinviando *alle appendici* ogni maggior discussione, ci limitiamo a dire per ora che l'ordinamento attuale del Pubblico Ministero ne' suoi rapporti coll'autorità giudiziaria non tocca il culmine della perfezione.

Il Pubblico Ministero è il protettore nato dei pupilli, dei pii e pubblici stabilimenti, e, generalmente, di tutte quelle persone e di quegli enti morali che dipendono dall'amministrazione, dalla fede e dalla diligenza altrui (1): esso dunque *conclude* per obbligo nelle loro cause civili. Ma in primo luogo esso interviene ben tardi, cioè quando, chiuso già da lunga pezza il processo scritto, non avrebbe

(1) Proc. civ., art. 184.

mezzo di riparare gli errori e le omissioni che gli avvenisse di scorgere in quanto concerne lo svolgimento delle questioni di fatto, le produzioni di documenti, le deduzioni di prove, e le conclusioni della causa. In secondo luogo, e per quanto riflette la questione di diritto, la Parte non protetta non avrebbe ella ragione per avventura di chiamarsi gravata da un protettore, così influente, del suo avversario *privilegiato*? Però il Pubblico Ministero conclude sempre a dettame di sua coscienza, e quando crede che il suo *protetto* abbia torto, conclude *contro il protetto*, e lo sentiamo, non di rado, diffondersi in lunga disputa contro di lui: singolar protezione! per cui avviene che il protetto debba talora combattere, in un col suo avversario, anche il protettore, dovechè se non fosse protetto gli basterebbe combattere contro il suo naturale contraddittore.

Ma per ora bastino questi cenni: solo ripetiamo che negli ordinamenti attuali forse vi ha qualche cosa a riordinare.

SEZIONE SECONDA

Sentenze.

CAPITOLO I.

Dell'autorità della cosa giudicata in riguardo alle persone.

Res inter alios judicatas aliis non praejudicare, lo dichiara un principio trasmesso dalla giurisprudenza romana alle moderne legislazioni. *Tutti gli aventi diritto sulla cosa, o contro l'obbligazione controversa, conservano illesa la loro azione e la loro eccezione, comunque si sia già giudicato inter alios sulla cosa o sulla obbligazione medesima.* In materia civile il giudicato è una verità non assoluta ma *relativa*: dico relativa a quelli, in contraddittorio o legittima contumacia dei quali la sentenza siasi proferita.

Parrebbe che un principio così semplice e chiaro non dovesse incontrare difficoltà nelle applicazioni. Ma si commisero errori di logica; vi si introdussero falsi concetti; e poi non si avvertì che in questa come in tutte le altre parti del diritto civile l'*utilitas* talvolta richiede temperamenti contro la *juris ratio*, e a soddisfare a queste *sentite* esigenze si volle ancora costringere e torturare la logica.

Il giudizio non cessa di procedere in contraddittorio di una persona, benchè l'azione o la difesa di questa sia esercitata da un procuratore *ad negotia*, o da altro mandatario, i di cui poteri si estendano a ciò: e il mandatario può essere costituito anche dalla legge, come il tutore, e in generale qualunque amministratore legittimo di enti morali e collettivi: *ed anche per clausola di contratto bilaterale* uno potrebbe darsi in anticipazione un rappresentante giudiziale, come avverrebbe, se il fideiussore *consentisse espressamente* di essere validamente rappresentato in giudizio dal debitore principale per ogni controversia che sia per insorgere in esecuzione del contratto, a cui il fideiussore si aggiunse. — Ma non paghi del mandato volontario, legale o contrattuale, del mandato espresso o legalmente presunto, o pienamente provato, i giuristi talvolta vi aggiungono mandati *supposti*, immaginari, e portano così arbitrariamente l'effetto della cosa giudicata sui veri terzi, che si fingono rappresentati in virtù di un mandato non convalidato nè da prova reale nè da espressa presunzione di legge.

Non parliamo di falsi concetti e di inesattezze che paiono, ma realmente non sono, senza tratto di conseguenza. Così il successore si giova della vittoria giudiziaria del suo autore, non già perchè questi *rappresentasse virtualmente* (come si suol dire) *il suo futuro successore*, ma sì perchè il successore rappresenta l'autore, avendone acquistati i diritti: e per contro la vittoria giudiziaria della parte contraria nuoce ai successori del soccombente, non tanto in virtù della ridetta virtuale rappresentanza, quanto per la ragione molto più chiara e netta, che il soccombente avendo perduto il diritto in forza del giudicato, nol può trasmettere ai successori, ai quali si devolve ciò che

l'autore ha, non quello che più non ha. Noi respingiamo il concetto *delle rappresentanze virtuali* perchè introdotto una volta come modo figurato nelle dottrine giuridiche esso viene stranamente abusato pretendendosi, in certi casi, di attribuire ad una espressione figurata il valore di un principio.

Torniamo a dire, che nell'argomento di cui si tratta la logica del diritto, la *juris ratio*, ci fornisce un solo principio ed è quello già detto, che *gli aventi diritto sulla cosa, o contro l'obbligazione controversa, conservano illese le loro azioni e le loro eccezioni, quantunque e comunque già si sia giudicato inter alios sulla cosa o sulla obbligazione medesima*. La *juris ratio* potrà in certe emergenze trovarsi a fronte l'*utilitas*, la *necessitas*, insomma i bisogni della pratica; e allora il diritto si piegherà ad esigenze provate senza addossare alla logica giuridica ciò che è dovuto alle convenienze civili. Entriamo con questo metodo in qualche speciale considerazione.

Chi rivendica un fondo, se vuole guarentita la sentenza, che spera, contro ogni ulteriore azione ed opposizione, dee procedere in contraddittorio di tutti gli aventi o pretendenti avere diritto sulla cosa, e così non di un solo ma di tutti i condominii, non del solo direttario, ma ancora dell'utilista, non del solo proprietario, ma anche dell'usufruttuario: se no, il giudicato favorevole al rivendicante non pregiudicherà i non chiamati, rimpetto ai quali si avrà come non avvenuto (*res inter alios judicata*). Ora la ipoteca è anch'essa un diritto reale sul fondo, è uno dei più importanti diritti inclusi nel dominio, cioè il diritto di vendere la cosa e percepirne il prezzo nei casi previsti (1):

(4) *Logica del diritto*, p. I, capo 21; p. II, cap. 1, 26, 28.

dunque il giudicato emanato in solo contraddittorio del possessore non pregiudica l'ipoteca. E tale si è indubbiamente la dottrina dei giureconsulti romani (1). Ma in presenza delle difficoltà pratiche, apparenti o reali, la giurisprudenza ed anche l'opinione di gravi scrittori s'illusero, e ricusarono di applicare al diritto ipotecario i principii generali, che pur seguono senza difficoltà per ogni altro diritto reale; si accumularono sofismi, si torturò la logica, s'introdusse una rappresentanza immaginaria, quasiché la stipulazione di una ipoteca sia un atto di fiducia nella persona del debitore, e si presuma abbandonata a lui medesimo la difesa di una guarentigia stipulata contro di lui (2). Ma perchè sostituire una questione logica, o meglio illogica, sostenuta solo da una perpetua petizione di principio, ad una questione di mera pratica? A chi abbia, *prima del giudizio di rivendicazione*, acquistato sul fondo un diritto reale che si chiama ipoteca, voi dite — *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. — E perchè non dite lo stesso a chi abbia acquistato dallo stesso possessore, poscia evitto, un diritto reale che si chiama usufrutto? E volete, che quest'ultimo non chiamato in causa rimanga illeso dalla sentenza di evizione, e che l'altro all'opposto ne rimanga pregiudicato? Il patrimonio del debitore può essere onerato di debiti, e sarebbe (si dice) soverchiamente gravoso

(1) LL. 11, § 10, Dig. *De exceptione rei judicatae*: 3, Dig. *De pignoribus et hypothecis*. — La legge 63, Dig. *De re judicata* pone lo stesso principio siccome incontestato, e solo aggiunge *ex constitutionibus* (come temperamento del diritto positivo) che il creditore ipotecario, *cerziorato* del giudizio vertentesulla proprietà, potendo intervenire e non intervenendo, *si presume* che se ne riferisca, anche pel suo interesse, alle difese del debitore proprietario. — Per difendere certe sue requisitorie, *Merlin* ha sofisticato sui chiari insegnamenti del diritto Romano (*Rép. vº Opposition tierce*, § 2, art. 3; *Questions*, vº *Opp. tierce*, § 1).

(2) *Merlin*, *Proudhon*, *De l'usufruit, etc.* V. *Marcadé*, all'art. 1351.

l'obbligo di chiamare tutti i creditori ipotecari in un giudizio speciale di rivendicazione di un fondo; ecco la vera difficoltà. Si cessi dunque dal sofisticare sulla *juris ratio*, e solo si cerchi se il bisogno della pratica non esiga un temperamento. Ci pare, che nel sistema ipotecario attuale il preteso bisogno sia molto contestabile; e quando tutte le ipoteche, anche legali o giudiziali, siano rese *speciali*, compiendosi una riforma universalmente reclamata, allora ci par manifesto che la legge stessa dovrà intervenire a garanzia del sistema ipotecario, e consolidare le basi del credito fondiario colla espressa dichiarazione che l'avente ipoteca non possa venire *evitto* del suo diritto sul fondo, se non gli è notificata la domanda del terzo rivendicante (1). Altrimenti l'ipoteca speciale, unica garanzia del creditore, sarebbe abbandonata a discrezione di altrui, alla negligenza di un debitore poco interessato a difendere il *fondo del creditore* ed anche *alle sue collusioni coi terzi*. L'azione di revoca contro la sentenza, *col carico di provare la frode*, è un rimedio oneroso, sovente inefficace, e *niente rassicurante*: ciò che basterebbe a scuotere le basi *del credito ipotecario*.

Il debitore principale, chiamato in giudizio, oppone la nullità del titolo per difetto di causa o di forma, ovvero la estinzione del debito per pagamento od in altro modo: -

(1) La notificazione dovrà farsi al domicilio eletto nell'iscrizione: il creditore, se *notificato* non interviene in causa, si presumerà giustamente che se ne riferisce alla difesa del possessore (L. 63, Dig. *De re judicata*). Tuttavia crederemmo che *in lesi legislativa* si dovrebbe fare qualche concessione ai bisogni della pratica, eccettuando dall'obbligo della notificazione: 1° le ipoteche eventuali; 2° ogni altra ipoteca per crediti già scaduti. Ma la legge sola, non la giurisprudenza, potrebbe accordare simili temperamenti. — Già ci occorre di delibare in Corte di Cassazione la questione, di cui abbiamo discorso nel testo: e il magistrato ci parve inchinevole alla sentenza, che il creditore ipotecario, non stato chiamato, non sia pregiudicato per l'evizione sofferta dal proprietario: ma non si decise.

ma le sue eccezioni sono rigettate, ed egli è condannato. Chiamato a sua volta il fideiussore, che prima l'attore aveva lasciato in disparte, *eccepisce* contro l'obbligazione fideiussoria, che si pretende imporgli, dicendo non poter sussistere una fideiussione senza un debito principale, e rinnova sul preteso debito principale quelle medesime eccezioni, che *res inter alios judicata* già ebbe a rigettare. E perchè non sarà in diritto di farlo? Ne lo impedisce (si dice) la cosa giudicata contro il debitore, *che in tal parte rappresentava il fideiussore*. Ma che? Forse è stata inserta nell'atto della fideiussione una clausola espressa per dichiarare, che per ogni controversia che potesse emergere in avvenire in dipendenza del contratto, egli, fideiussore, intendeva essere rappresentato in giudizio dal debitore principale? — No: ma si presume. — Ed io vi rispondo, che la vostra presunzione è un sogno: essa non è introdotta da un'espressa disposizione di legge; — non è una conseguenza logica del contratto; è in materia contrattuale una pretesa presunzione non appoggiata a disposizione di legge, nè dedotta dalla logica del contratto è un supposto arbitrario ed illegittimo. Nè la legge, nè la logica ci hanno mai detto che guarentire un contratto importi rinuncia *alla difesa propria e personale* in caso di contestazioni sulla assunta garanzia: ed è strano, che si pretenda estendere siffattamente con supposti immaginari un atto di stretta ragione. — La fideiussione (si replica) è una dipendenza del debito principale, dunque ne segue le sorti: dunque la condanna del vero o supposto debitor principale fa stato di cosa giudicata anche riguardo al fideiussore. — Ora chi ragiona così (diciamolo nettamente) non ha mai compreso il significato della massima — *res inter alios*. — Il diritto del compratore del fondo; — il diritto di chi

ottiene per contratto l'usufrutto di un immobile dal proprietario di esso, *sono al certo una dipendenza* della proprietà, che era o si suppose che fosse nella persona del venditore o di chi ebbe a cedere l'usufrutto: e così un *diritto* qualunque degli aventi causa è sempre una dipendenza del diritto dei loro autori dai quali proviene la concessione, e va senza dubbio soggetto al principio che — *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*; — eppure il loro diritto persiste *in onta alla logica*, quando il giudizio, terminato colla sentenza che risolve in via dichiarativa il diritto del loro autore, sia *posteriore* ai loro contratti, ed i terzi, *già a quel tempo aventi causa, interesse e diritto*, non vi siano stati chiamati. E qual bisogno sarebbe stato della massima — *res inter alios* — se non per avvertire che non si avesse a dedurre, a pregiudizio dei non chiamati, *la conseguenza logica* del giudicato intervenuto fra altri? Nè la conseguenza logica sarebbe da respingere, se la verità presunta del giudicato fosse una *verità assoluta* (*adversus omnes*): ma essa è, lo ripetiamo, una verità *meramente relativa* a coloro, in contraddittorio o in legittima contumacia dei quali la sentenza si proferisce: rimpetto ai non chiamati, non intervenuti e non rappresentati in virtù di un *mandato reale*, la sentenza non esiste, si ha come non avvenuta: indarno adunque si direbbe all'acquirente di una proprietà, di un usufrutto, di un'ipoteca — *cadde il diritto del vostro autore; cade anche il vostro, identico logicamente con quello*; — i terzi, aventi causa anteriore al giudizio che non li riguarda, rispondono vittoriosamente: — *il diritto del nostro autore è caduto per lui, non è caduto per noi*. — E così, tornando alla quistione, il fideiussore risponderà che le eccezioni identiche erano però di appartenenza comune dei due coobbligati, niuno

dei quali ha rinunciato alla integrità della sua difesa, e che perciò annullate per l'uno rimangono illese per l'altro: il debito sussiste pel debitore principale, e può ancora non sussistere pel fideiussore non chiamato a difendersi.

Liberato il debitore principale con una sentenza che lo assolve, il fideiussore, benchè non intervenuto in giudizio, profitta necessariamente della liberazione. Non è l'autorità della cosa giudicata che si estenda sino a lui; ma sì la condizione primitiva nel contratto lo libera in qualunque caso e modo il debitore principale riesca a conseguire *personalmente* la sua liberazione.

La condanna del fideiussore non fa stato di cosa giudicata contro il debitore principale, non chiamato, poniamo, in giudizio, benchè il fideiussore abbia opposto eccezioni relative alla sussistenza del debito principale, e queste sieno state respinte: e ciò tutti il confessano; nessuno trovò pretesti per asserire il contrario: nessuno osò immaginare che il fideiussore si presuma incaricato di difendere il debitore.

Ora si tratta di due condebitori solidali, obbligati entrambi in modo egualmente principale dirimpetto al creditore, ma che *tra di loro* possono trovarsi in rapporto di debitore a fideiussore, ovvero di socii nel debito per eguali, o altrimenti determinate porzioni. Noi diciamo, che la condanna di uno di essi non fa stato di cosa giudicata contro dell'altro: non lo fa, a supporre che il condannato fosse, nei rapporti coll'altro, o il vero debitore principale, o un mero fideiussore (già lo abbiamo dimostrato): non lo fa, a supporre, che i condebitori fossero socii nel debito: perocchè ognuno allora ha diritto di difendersi per la sua porzione di debito. Ora qui si torna ad immaginare un preteso mandato per cui il condebitore

solidale non chiamato nè intervenuto sarebbe *rappresentato* e validamente condannato nella persona dell'altro. Ma dov'è il mandato che si suppone? Forse in *una clausola espressa* dell'atto di costituzione del debito solidale? In tal caso ammettiamo. Forse nelle conseguenze necessarie del contratto? Ma con qual logica si dimostra che il *correo*, solo perchè si obbligò a rispondere solidalmente e direttamente per tutte le conseguenze dell'atto, abbia rinunciato alla difesa personale sulle conseguenze medesime?

Il tacito mandato (si replica) si desume questa volta da una *presunzione legale*: vediamola; ma prima sappiamo, che contro la logica del diritto la presunzione legale, da serbarsi nel caso espresso, *non producitur ad consequentiam*. La legge vi dice, e il contratto, per presunzione di legge, tacitamente ripete, che la citazione di uno dei condebitori interrompe la prescrizione, fa decorrere gl'interessi e conserva il diritto contro qualunque eventualità, anche in riguardo al condebitore solidale non ancora chiamato in giudizio (1). Sta bene. Chiamato più tardi io non vi oppongo la prescrizione, nè la perdita della cosa dovuta (contro i quali eventi vi preserva un sufficiente atto di diligenza), nè vi niegherò gli interessi del debito, qualora sussista; ma vi oppongo eccezioni intrinseche al preteso credito, lo dico estinto per pagamento, per novazione: discuto insomma il diritto che voi avete conservato tal quale, ma che non avete sottratto alla discussione; e la regiudicata *inter alios* non mi riguarda,

(1) Cod. civ., art. 1295-96-97.

CAPITOLO II.

Del principio (*res inter alios*) considerato ne' suoi rapporti colla procedura: dell'intervento, dell'appellazione, e dell'opposizione del terzo e dei creditori.

I terzi, di cui abbiamo discorso nel precedente capo, hanno, senza dubbio, il diritto d'intervenire, benchè non chiamati, in quel giudizio, le di cui conseguenze logiche costituiscono per essi, se non un pregiudizio giuridico, certamente *una turbativa civile*. Così rivendicandosi un fondo contro il nudo proprietario, l'usufruttuario avente causa da questi, benchè non chiamato dall'attore rivendicante, interverrà legittimamente nel giudizio per associarsi al convenuto nella difesa de' comuni diritti. Così pure il fideiussore avrà diritto d'intervenire nel giudizio, in cui tra l'attore e il convenuto, qual debitore principale, si disputa sulla sussistenza del debito.

Poniamo che già in prima istanza l'attore abbia vinto senza l'intervento d'alcuno: e il soccombente abbia portato la causa in secondo grado. Il terzo potrà ancora intervenirevi direttamente. Infatti, consideriamo per un istante gli esempi già allegati che valgono per tutti gli altri. — L'usufruttuario venendo direttamente in appello per associarsi alla difesa dell'appellante, non vi porta una nuova

questione : egli sostiene, pel suo interesse, che la proprietà del fondo appartiene realmente a chi già ebbe a cedergliene l'usufrutto : ed è la questione già decisa in primo grado dal tribunale. Egli ancora, venendo direttamente in appello, *accetta come data in suo contraddittorio* la sentenza favorevole al rivendicante, e così pone per concesso ed avvenuto quello che il rivendicante avrebbe solo ragion di sperare, se egli, usufruttuario, ricominciasse da capo : ei dunque non offende nè la legge del doppio grado e della competenza del tribunale di appello, nè l'interesse del vincitore della prima istanza. Quanto al suo proprio e personale interesse di ricominciare da capo o di accettare il fatto compiuto in prima istanza, egli ne è il sovrano estimatore. — E similmente il fideiussore prendendo *anche a suo carico* la sentenza di condanna del debitore principale non offende al certo l'interesse del creditore, e venendo direttamente in grado di appello ad impugnare il debito principale dichiarato dai primi giudici, non vi porta una questione nuova. — Nè veramente crediamo potersi dubitare dell'ammissibilità del discorso intervento anche a tenore di legge (1).

Ma ora ci tocca progredire a tenore di logica. — Il soccombente, in ipotesi, non appella : il terzo non ha diritto di appellare per conto di lui : la sentenza, che toglie la proprietà al nudo proprietario o che dichiara debitore il convenuto, se essi medesimi non ne appellano, passerà in giudicato, e rimarrà stabilito irrevocabilmente nei rapporti tra le due Parti, che la proprietà spetta al rivendicante, o che il debito era valido e tuttora sussiste. Ma il terzo non avrà egli diritto di appellarne per conto pro-

(1) Proc. civ., art. 551.

prio? Risponde senza esitazione la logica, benchè taccia la legge. L'intervento diretto in secondo grado, ammesso dalla legge, è un vero appello che il terzo propone per conto proprio in via incidentale. Or che importa la forma? Egli, *di diritto*, non è pregiudicato, e potrebbe ricominciare per conto proprio dalla prima istanza, dove il fortunato vincitore spererebbe una sentenza eguale contro il nuovo avversario: e perchè dunque sarà disdetto al terzo di concedere d'un tratto all'avversario ciò che il medesimo chiederebbe, di accettare come contraddittoriale la sentenza di primo grado, trasformando in conseguenze giuridiche a proprio carico le conseguenze logiche della medesima? E ciò prestabilito, la ragione di appellarne anche in via di citazione diretta nasce da sè.

E ripetiamo, che l'appello del terzo in via d'intervento o di citazione, non porta mai in appello la causa del convenuto primitivo, ma solo quella propria del terzo. Mentre durano i termini, se appella il convenuto primitivo, interviene il terzo anche per conto proprio; se appella il terzo con citazione prevenendo lo stesso convenuto primitivo, questi interverrà, se gli piace, ovvero lascerà passare in giudicato la sentenza per quanto il riguarda. Il diritto del terzo procede sicuro e indipendente nella via delle garanzie legali. — Che se adunque il terzo appellante e precorrente il cointeressato non ha punto da curarsi, nè da vedere se questi lo segua, egli è pur palese che non ci occorre nemmeno distinguere, se al tempo in cui il terzo usa del suo diritto, durino ancora o siano già trascorsi pel convenuto principale i termini dell'appello.

Così se una sentenza di prima istanza evince il proprietario senza intervento dell'usufruttuario, o condanna il debitore principale senza intervento del fideiussore,

questi terzi, a tenor di logica a cui la legge non ha motivo di contraddire, debbono aver il diritto di appellarne *a tutela dei loro turbati interessi*: 1° in via d'intervento, se il soccumbente ne appella pel primo; 2° anche in via di citazione in dipendenza dei termini che decorrono al soccumbente; 3° e ancora in via di citazione, e sempre per conto loro esclusivo, dopochè trascorsi i fatali, la sentenza sia passata in giudicato rimpetto al convenuto primitivo.

Or viene l'ultimo corollario, che suppone i precedenti, incontestabile al pari di essi. Infatti, che la sentenza dei primi giudici abbia acquistato forza di giudicato per acquiescenza, o per la conferma del tribunale di appello, ciò nulla aggiunge o detrae all'autorità della medesima. Dunque se il terzo ha diritto di rivolgersi direttamente al tribunale di appello, quando la sentenza dei primi giudici passa in giudicato per acquiescenza, debbe avere eguale facoltà quando sia confermata dal tribunale di appello senza il suo intervento: ed ecco nella propria ed esplicita sua forma l'opposizione del terzo: essa ha per suo antecedente logico l'appellazione del terzo dopo trascorsi i fatali: *questa* ha per antecedente logico l'appellazione del terzo in pendenza dei fatali: e *questa* ha per antecedente logico l'intervento del terzo in via di appello incidente. La legge, che rompesse questa serie di corollarii non avrebbe coerenza di principii, nè concetti adeguati al soggetto.

L'opposizione in via di azione, quale l'abbiamo descritta, debbe essere concessa come una facoltà, non imposta come una necessità. Perciocchè il diritto del terzo non essendo punto menomato dalla regiudicata *inter alios*, debbe godere di tutte le garanzie ordinarie, se al

terzo stesso piace di usarne. — Egli dunque potrà esperire de' suoi diritti dinanzi al tribunale competente, secondo le norme comuni, come se il giudicato *inter alios* non esistesse, e quando questo gli venga opposto, egli lo respingerà *in via di eccezione incidente*, dicendo — *quel giudicato per me non esiste — res inter alios judicata aliis non præjudicat.* — *Finge*: il possessore, dopo aver ceduto l'usufrutto del fondo, viene *evitto* in via di azione rescissoria per sentenza di tribunale che non sia quello del luogo *rei sitæ*. L'usufruttuario esperirà, ciò non ostante, de' suoi diritti, o *in excipiendo* se possiede, o *in agendo* se non possiede, dinanzi al tribunale del luogo *rei sitæ*, ed in nuovo giudizio; ed ivi produrrà l'atto di costituzione dell'usufrutto, e l'atto di acquisto del suo autore. Indarno il vincitore del primo giudizio invocherebbe la *regiudicata* che rescinde quest'ultimo atto (il titolo dell'autore): il terzo avente causa, rimasto straniero al primo giudizio rescissorio, *respinta in via di eccezione incidente* la *regiudicata inter alios*, invocherà, con ragione, nel suo interesse il titolo dell'autore, finchè non sia anche in di lui contraddittorio dichiarato nullo nelle vie legali. Così avverrà che il tribunale del luogo *rei sitæ* potrebbe giudicare la stessa questione in senso opposto alla decisione non pur dell'altro tribunale suo pari, ma forse di una Corte di appello che ne abbia confermato la sentenza: ed è questo un caso affatto ordinario; perciocchè le decisioni dei tribunali di qualunque grado, fuori della causa in cui furono pronunciate (e la diversità di persona basta a diversificare la causa) sono autorità rispettabili di dottrina, non leggi che scemino l'indipendenza di altri tribunali, benchè inferiori di grado, chiamati a giudicare in cause diverse.

In conclusione, l'opposizione del terzo alla regiidicata *inter alios* si effettua a elezione del terzo medesimo, o *in via di eccezione incidente*, o *in via di azione*: nel primo caso il terzo segue le norme generali di competenza e di procedura, niun riguardo avuto al grado gerarchico del magistrato, autore del giudicato *inter alios*. Nel secondo l'opponente s'indirizza, *omisso medio*, cioè omesso il primo grado, a quel tribunale superiore, che potrebbe conoscere o che abbia già conosciuto e pronunciata la conferma della prima sentenza. Così l'opposizione del terzo in via di azione volontaria si eserciterà o in forma d'intervento in seconda istanza, o per appellazione principale, od anche in forma di opposizione del terzo (*stricto sensu*), caso che siasi terminata anche l'istanza di appello senza il suo intervento: *ma non avverrà mai*, avvertiamolo bene, *che l'opposizione in via di azione volontaria debba portarsi al tribunale di prima istanza per questo solo, che il medesimo sia l'autore della sentenza impugnata*. Questa specialità di competenza non ha luogo, *a termini di ragione*, fuorchè nei casi *eccezionali* di opposizione che si abbia a promuovere *in via di azione necessaria*, dei quali ci rimane a discorrere brevemente.

I creditori personali non hanno un diritto attuale sui beni dei quali il debitore può liberamente disporre, e in riguardo ai quali i creditori *presenti* sono, o, a meglio dire, saranno pareggiati ai creditori *futuri* come se anche i presenti non esistessero ancora. Perciò la cosa giudicata col debitore sulla pertinenza dei beni, fa stato anche riguardo ai di lui creditori meramente personali, come se tutti fossero aventi causa *posteriore* al giudicato medesimo.

Però la ragione e la legge eccettuarono il caso di col-

lusione e di frode: nel qual caso si ristabilisce per necessità delle cose la differenza naturale tra i presenti ed i futuri, essendo la frode possibile contro i presenti, impossibile contro i futuri. Se adunque il debitore aliena le sue sostanze in frode e in pregiudizio dei creditori, partecipante alla frode il compratore, oppure, se col medesimo intento si lascia spogliare delle sue sostanze in un simulato giudizio, nel quale il vinto colludesse col vincitore, i creditori fraudati tengono dalla legge un'azione rescissoria, così del giudizio e del giudicato, come dei contratti di alienazione. — Intanto il giudizio e il giudicato sussistono, e i creditori personali non hanno qualità di *terzi*, finchè non avviene la *rescissione*: essi dunque non avrebbero facoltà nè di respingere da sè in via di eccezione incidente il giudicato come regiudicata *inter alios*, nè di portarne appello od opposizione al tribunale superiore, come abbiamo detto dei terzi, aventi per titolo certo un diritto reale sui beni: la cognizione dell'azione rescissoria spetta razionalmente per connessione di fatti a quel medesimo tribunale di primo o di secondo grado, che già tenne, conobbe e decise il giudizio ora impugnato per causa di collusione e di frode. Permettere la cognizione di tale azione ad un tribunale diverso, per il solo motivo che esso sia di grado superiore od eguale al primo, sarebbe sostituire alla forza dei principii un vano riguardo di gerarchia: non si tratta di dignità nè di suscettività gerarchica; si tratta di naturale dipendenza di azioni, di revisione, di connessione. — E questo è il primo caso di opposizione del terzo in via d'azione *necessaria* colla competenza speciale che abbiamo notata. I creditori personali, dicendosi fraudati, si presentano colla pretesenza di terzi: per legittimare cotesta nuova lor qualità debbono prima necessariamente impetrare l'azione rescissoria con-

tro il giudizio e il giudicato da quel medesimo tribunale che tenne il giudizio e proferì la sentenza.

Altro caso. — Senza il contraddittorio di tutti gli aventi diritto, il tribunale profferisce una sentenza, la quale, benchè innocua di diritto, tuttavia ricevendo esecuzione recherebbe ai non intervenuti un pregiudizio *di fatto*, difficile o anche impossibile a rimediarsi nelle varie contingenze dei casi. Poniamo, che in contraddittorio del nudo proprietario o anche del solo detentore precario, siasi ordinata la demolizione di un edificio. — L'interessato, non intervenuto nel primo giudizio, *ma che si trovi al possesso*, impedirà, *in excipiendo*, dinanzi al suo proprio tribunale, l'esecuzione stessa della sentenza fino a causa conosciuta e decisa in suo contraddittorio. Che se non si trova a possesso dovrà *intanto* rassegnarsi all'esecuzione della sentenza *inter alios*, o se ad ogni modo vuole antivenire anche il pregiudizio di fatto, dovrà, *necessariamente*, opporsi in via di azione, chiedere la sospensione della sentenza *anche in riguardo a quello contro cui fu proferita*: e la ragione ci dice che, quando non si mutano le persone, il tribunale, che ordinò, è il solo competente a sospendere: e qui ancora tornerebbe affatto inconcludente la considerazione gerarchica. Così due sono i generi di contingenze, nelle quali l'opposizione si promuove in via di azione *necessaria* dinanzi al tribunale autore della sentenza; e sono: 1° la contingenza dei creditori personali fraudati; 2° il caso del terzo *non possessore*, il quale non pago dell'eccezione — *res inter alios* — attà solo a difenderlo da ogni pregiudizio *di diritto*, intenda impedire anche *inter alios* la stessa materiale esecuzione della sentenza.

Ricapitolando; distinguiamo l'opposizione dei creditori,

e l'opposizione dei terzi, che già siano tali per titolo certo : e in questa distinguiamo ancora : — 1° L'opposizione del terzo in via di eccezione incidente, che segue le norme comuni di competenza e di procedura ; 2° L'opposizione in via di azione volontaria, che si reca al tribunale di appello sotto la triplice forma d'intervento, di appellazione principale, o di opposizione (*stricto sensu*) ; 3° L'opposizione del terzo in via di azione *necessaria*, che si promuove, come quella dei creditori, presso quel tribunale di primo o secondo grado, del quale si tratta di sospendere o rinvocare la decisione.

Or come rispondono ai dettami della logica i testi di legge?

La legge nostra ha regolato a dettame di logica l'opposizione dei creditori personali (1). Quanto all'opposizione del vero terzo *in via di azione*, ne accenna e ne ammette indirettamente una sola applicazione, là dove, vietando l'intervento in appello del terzo con nuova domanda, tacitamente il permette quando si limiti alla questione già decisa, benchè *inter alios*, in primo grado (2).

La legge francese, dopo aver dato un vivo raggio di luce là dove identifica in un comune principio l'intervento in appello e l'opposizione del terzo (3), si fa nebulosa ed oscura e confonde i concetti, colà appunto dove imprende a regolare di proposito la materia (4) : i suoi interpreti si affaticarono in lunghe contese per chiarirne il senso e distinguere le applicazioni (5) : e ne risultò infine, che,

(1) Pr. civ., 581 e seg.

(2) Pr. civ., 551.

(3) Cod. pr. civ. fr., art. 466.

(4) Cod. pr. civ. fr., art. 474 e seg.

(5) Merlin, Proudhon, *De l'usufruit*, etc. V. Boitard, Mourlon.

ridotta anche alla sua migliore interpretazione, la legge francese impone arbitrariamente le stesse norme a casi giuridicamente diversi. A nostro avviso, il testo francese in questa parte non sarebbe accettabile, senza farvi le correzioni che abbiamo indicate.

CAPITOLO III.

Del criterio giuridico delle sentenze in materia di azioni reali.

I titoli e gli atti di possesso sono gli elementi di decisione in materia *reale*. Quando le parti hanno esaurito le rispettive prove dei fatti e la produzione dei titoli, il giudice esamina se ne risulti per l'una o l'altra di esse *un titolo attributivo di proprietà*: che se non risulta per alcuna di esse, la decisione della controversia prende necessariamente per base *il possesso civile*: i principii di ragione e il metodo che in tali casi il giudice dee seguire, ci paiono i seguenti:

1° Il possesso civile, benchè non abbia ancora compiuto la prescrizione, attribuisce il *diritto di possedere*.

2° Il possesso civile perde ogni efficacia, e il diritto di possedere, *proveniente da esso solo*, svanisce nei seguenti casi: — *a*) se il possesso medesimo sia abbandonato espressamente, o anche tacitamente, quando un complesso di fatti o di non fatti (la cessazione) dimostri realmente l'intenzione di abbandonarlo; — *b*) se il possesso sia vinto da un titolo giuridico più efficace, cioè o da un titolo attributivo di proprietà (che abbiamo supposto non esistere), ovvero da un possesso posteriore contrario al primo egual-

mente legale e certo, che si sia assunto da un'altra persona. Avvertasi, che nei principii del diritto moderno il possesso posteriore, legale e certo, importa se non la prova effettiva, almeno *la presunzione legale* dell'abbandono del primo per parte del possessore cessante.

3° Così il possesso antico e il nuovo stanno tra di loro in questa relazione giuridica. Il nuovo vince l'antico; ma il possesso anteriore dura in vigore e continua a conferire *il diritto di possedere*, finchè non sia provato nella persona dell'avversario un possesso posteriore egualmente legale e certo.

4° Questa relazione giuridica indica il metodo di procedere. Il giudice risale alle origini, e ricerca, innanzi tutto, il possesso più antico; indi scende di grado in grado esaminando se sia avvenuto un abbandono, ovvero un possesso contrario. In codesto esame che abbraccia i due estremi e lo spazio intermedio (tutta intera la linea) il giudice considera:— *a*) le prove dirette dei fatti di possesso;— *b*) le presunzioni: in quanto che dal possesso attuale può arguirsi uno stato simile anteriore; e da un possesso antico può arguirsi la continuazione, e così l'induzione può riempiere gli intervalli vacui di prove dirette;— *c*) i titoli, che, nelle questioni di possesso, adempiono funzioni molteplici. Essi possono costituire veri atti di possesso, come gli affittamenti, oppure darne le prove: essi interpretano e qualificano il possesso altrimenti stabilito, ed anche lo viziano quando esternamente apparirebbe legittimo (come fanno i titoli di precarietà anche di antichissima data), oppure lo possono legittimare quando esternamente apparirebbe vizioso.

5° Così condotta la questione di possesso con tutti gli elementi che vi appartengono, può dare, secondo le varie

contingenze, diversissimi risultati, e talvolta sarà giudicato possesso civile *lo stato ultimo*, tal altra volta *viziato lo stato ultimo*, si riconoscerà come *possesso civile tuttora sussistente* uno stato intermedio, od anche lo stato più antico; ma i risultati i più diversi emanano sempre da un solo principio, ed è questo, che dove manchi ad entrambi i contendenti un titolo attributivo di proprietà, *vince il possesso civile*. Il qual principio, *nel sistema romano*, si era combinato colla procedura *per formulas* (della quale non resta vestigio nell'odierna pratica), e con una rigida teoria del possesso più prossima al *verbo giuridico* che allo *spirito del diritto* (la qual teoria scompare egualmente dalla moderna giurisprudenza): e così combinandosi, riusciva ad un metodo non accettabile in diritto moderno (1), per cui *prima di entrare nel giudizio si fissava il possessore, onerando la parte contraria dell'obbligo assoluto di provare la proprietà*. — Nel sistema moderno teniamo bensì lo stesso principio, che, non provata la proprietà da nessuno de' contendenti, vince il *possesso civile*: ma soggiungiamo, che una decisione sicura sul possesso civile (principalmente nelle cause più dubbiose) non può altrimenti emergere che dallo svolgimento completo e dallo esame complessivo di tutti gli elementi del petitorio; ciò che non esclude punto il sistema dei provvedimenti provvisionali da darsi anche per mezzo di apposita giurisdizione in materia di azioni reali.

(1) Vi fu però accettato per errore con danno della giustizia (V. il capo seguente).

CAPITOLO IV.

Dei provvedimenti provvisoriali in materia di azioni reali.

In ogni qualità di giudizio il criterio giuridico della sentenza definitiva è *la certezza* : il criterio dei provvedimenti provvisoriali, che l'urgenza talvolta reclama dalla giustizia (benchè, a mezzo della discussione, non ancora abbastanza illuminata) è la *probabilità*, accompagnata però dalla sicurezza di potere in ogni caso riparare l'errore. E regolarmente la domanda di provvedimenti interinali si presenta, e deve proporsi come un accessorio incidentale nella questione principale di merito, e ne appartiene il giudizio agli stessi giudici.

Quello però che nelle azioni personali suole essere una necessità, diventa nelle azioni reali una semplice facoltà, potendo in queste la domanda di provvedimenti interinali promuoversi in via incidentale, o per azione principale, a scelta dell'attore più diligente.

Dopo istituito il giudizio petitorio (ne dice la legge) ogni richiamo relativo al possesso dipendente da fatti, sia anteriori che posteriori alla istituzione della causa, sarà deferito all'autorità giudiziaria, innanzi cui pende il giudizio petitorio, e questa vi provvederà *a termini di ragione*,

osservate le norme (come accade in tutte le quistioni incidentali) del procedimento sommario (1). Un solo caso eccettua la legge; quello di attentato violento od occulto: allora il giudice di mandamento, trovandosi, come a dire, sul luogo stesso dell'attentato, ne prende cognizione, e provvede per la pronta reintegrazione, rimandando, per ogni ulteriore provvedimento, le parti avanti la predetta Autorità (2).

Ma la menzione stessa di attentati violenti od occulti, che possono commettersi anche più audacemente quando non verte ancora nissun giudizio, già ci fa avvisati, che le proprietà ed i possessi abbisogñavano di una protezione speciale. Il possesso *attuale* è criterio legittimo per un provvedimento interinale contro un pretendente: ora il possesso attuale è cosa di fatto; il giudice locale può facilmente conoscerne coll'esame orale di testimonii e coll'ispezione dei luoghi: e pure importa alla pace pubblica mostrare ai perturbatori un'Autorità ognor presente e pronta a reprimere immediatamente i disordini. Che se per far cessare le indebite molestie di un mio vicino, la legge m'imponesse la necessità di un lontano, lungo e dispendioso giudizio, sproporzionato al valor del soggetto, in verità, io direi, che mi è negata la protezione della legge e della giustizia.

Da queste considerazioni ebbero origine le azioni possessorie: le quali consistono essenzialmente nella facoltà di chiedere al giudice locale, in via di domanda principale e in apposito e speciale giudizio, quel provvedimento provvisoriale, che si darebbe in via incidentale dal giudice del petitorio ossia del merito, se un attore più dili-

(1) Pr. civ., art. 132.

(2) Cit. art.

gente avesse già introdotta la causa nel merito. Corre solo questa differenza, che al giudice del merito è lasciato libero arbitrio di provvedere *a termini di ragione*, dovechè alle azioni possessorie dinanzi al giudice locale si aggiungessero alcune norme legali.

Lasciamo in disparte la repressione degli attentati violenti od occulti, commessa, in tutti i casi, al giudice di mandamento, purchè si proponga entro l'anno dall'avvenuto spoglio (1).

Se un possesso immobiliare è contestato, ed uno dei contendenti ricorre al giudice di mandamento, il giudice esamina quale dei due possenga da oltre un anno pubblicamente, pacificamente e non a titolo precario: e mantiene il possessore che crede di poter riconoscere, *nel possesso annale* (2). E così nelle questioni di servitù prediali, il giudice locale mantiene la pratica dell'anno antecedente, ed ove si tratti di servitù esercitate ad intervalli maggiori di un anno, mantiene quella dell'ultimo godimento (3). E così pure il giudice interpone la sua giurisdizione, *entro l'anno dal commesso fatto*, per novità intorno alle acque, ed altri simili fatti includenti una pretesenza; e più ancora se l'usurpatore, l'autore dei danni e dei guasti non allegghi nemmeno a sua giustificazione un preteso possesso (4). Dove poi la questione cada non già sul possesso di fatto di una proprietà, che può essere incontestato, *ma sul modo di usarne*, la legge non niega neppure all'attore più diligente la facoltà di ricorrere per un provvedimento interinale al giudice locale: nelle quali contingenze però

(1) Cod. civ., 446, 447 — pr. civ., 132.

(2) Cod. civ., 445.

(3) Cod. civ., 668.

(4) Pr. civ., art. 5.

venendo meno ogni norma di possesso di fatto, anche il giudice di mandamento decreterà secondo la varietà delle circostanze *a termini di ragione e giustizia*, purchè si ricorra a lui prima che l'opera sia terminata, ed entro l'anno dal suo principio, e salvo pienamente e illeso il vero diritto delle parti nel giudizio di merito (1). Così la legge.

E noi faremmo plauso a un complesso di disposizioni sì provvide, purchè rimanesse ben stabilito ed inteso, che i provvedimenti del giudice servano pei bisogni del momento, e dati con sì imperfetta cognizione di causa non rechino pregiudizio a quel giudizio plenario, in cui sarà discusso e deciso il diritto. *Ma pur troppo questa è appunto la condizione che ci vien diniegata, almeno in materia di possesso annale.*

Non sapremmo ben dire, se per volontà della legge o della giurisprudenza, ma prevale, ad ogni modo, il principio, che il possesso annale dichiarato dal giudice di mandamento sia *una presunzione legale* di proprietà, di tale efficacia da vincere ogni altro migliore e più vero possesso: essa non cede più che di fronte ad un titolo o fatto giuridico pienamente provato, e attributivo della proprietà all'altro dei contendenti. Posto questo principio, succede nei giudizi possessorii mandamentali una lotta, una confusione deplorabile. Quello dei contendenti che crede di poter prevalere, considerando solo la pratica materiale dell'anno antecedente, ricorre all'azione di possesso annale: e l'altro che vede compromessa la causa di merito, si oppone con estremi sforzi: invoca lo stato anteriore, offre le prove che dissipano qual vana apparenza il fatto dell'ultima pratica, contrappone titoli al fatto; e così per diritto di legittima difesa *il petitorio irrompe nel possesso-*

(1) Proc. civ., art. 5.

rio. Indarno la legge proclama che petitorio e possessorio si deggiono mantenere disgiunti (1). La forza delle cose prevale sopra il divieto della legge; e il giudice stesso, a cui *la falsa dottrina* ingiunge di trovare e determinare *a qualunque costo* il possessore dell'ultimo anno, si vede costretto a cercare nei titoli e nello stato anteriore *una presunzione e una derivazione legale* di quel possesso, *che di fatto non esiste*, ma che egli deve ad ogni modo stabilire almeno per equivalenti giuridici. Intanto sopraggiunge la dottrina colle sue mille distinzioni; si può risalire allo stato anteriore *con molte riserve*, colle quali si disputa a solo profitto dell'arbitrio giudiziario: si possono anche nel possessorio mandamentale produrre ed apprezzare titoli e documenti *non ut de proprietate pronuntietur, sed ut de possessione bene judicetur*: e di sistema in sistema, di disputa in disputa sulle condizioni del possessorio e del petitorio, or disgiunti violentemente, or uniti artificiosamente, l'instituzione fallisce al primitivo suo scopo che era quello di dare provvedimenti tutelari con semplicità e prontezza: essa diviene *una teoria, argomento di molti volumi*; essa diviene, a tormento dei giudici locali e delle parti, *la metafisica* della giurisprudenza civile.

Noi portiamo fermissima convinzione, che si debba non già sopprimere, come altri propose, ma richiamare l'instituzione, di cui ragioniamo, al suo principio; e restituire alle azioni possessorie il loro vero carattere, che è quello d'impetrare provvedimenti provvisionali, valevoli pel momento, senza nissuna influenza sulla questione di merito. Nel rimanente vogliamo conservata nella piena sua efficacia l'azione possessoria; ed acciocchè il convenuto non

(1) Cod. civ., 448.

abbia mezzo di eluderla, traendo immediatamente l'attore e con lui la sua domanda di provvedimento interinale nel giudizio di merito, manteniamo quello che già dispone la legge attuale, e cioè che il giudizio-possessorio, finchè la causa non sia decisa e la sentenza non sia pienamente eseguita in quanto concerne il provvedimento provvisorio prescritto da essa, impedisca al convenuto di esercitare la propria azione nel petitorio (1). Ma a che serve questa disgiunzione materiale senza la piena separazione giuridica? Quando si attribuisce al possessorio la virtù di compromettere il merito e il diritto della difesa, la disgiunzione materiale, se la giurisprudenza stessa non ne avesse temperato il rigore, parrebbe quasi una violenza.

Si obietta che nelle quistioni di proprietà, prima di dar moto al processo, vuolsi determinare il possessore, il quale abbia a sostenere le comode parti di convenuto, aspettando tranquillo ed inoperoso che l'attore abbia fornito la piena prova del suo assunto, per cedergli il posto. Rispondiamo, che entrambe le parti debbono con tutti i loro mezzi concorrere a illuminare la Giustizia; — che nissuna debbe esserne dispensata; — che, del resto, nissuno dei contendenti accetterebbe giammai in pratica una dispensa cotanto pericolosa: e allora soltanto si spiega l'ufficio dei canoni di diritto probatorio, quando la causa sia maturata colla produzione e collo svolgimento di tutti gli elementi che le appartengono. Perciocchè raccolti tutti i documenti, ed eseguite le prove possibili, il giudice del merito ne apprezzerà certo il risultamento colla scorta degli accennati canoni, e sono essi appunto, che gli insegnano il metodo di esame che abbiamo tracciato nel pre-

(1) Pr. civ., 133.

cedente capo: poichè — se il possesso più antico dura in vigore sino alla prova di certo abbandono o di possesso contrario egualmente legale e certo; — se il titolo attributivo di proprietà prevale al possesso non trasformato ancora in titolo giuridico di eguale efficacia; — se il possesso civile, determinato con piena cognizione di causa, benchè non adempia le condizioni della prescrizione, debbe essere mantenuto come titolo sufficiente, tutto ciò avviene in forza dei canoni di diritto probatorio e del processo logico del diritto civile. Ma ripetiamo, che prima della discussione del merito con tutti i mezzi, con tutti i documenti e colla prova di tutti i fatti, potrà benissimo occorrere un provvedimento interinale della giurisdizione locale, che nissuno dei contendenti possa eludere indirettamente, ma non occorre il bisogno nè si hanno i mezzi di determinare quel possesso civile, il quale debba all'uopo aver forza di un titolo; *non il bisogno*; perchè nel giudizio petitorio potrà per avventura emergere pienamente provato un titolo o fatto giuridico attributivo della proprietà; *non i mezzi*; non conoscendosi ancora nè i documenti nè tutti i fatti: la questione sul possesso civile, *qual titolo suppletivo*, costituisce evidentemente *la questione subordinata* del giudizio di merito; nel quale, esaurite oramai tutte le prove possibili, chiamato il giudice a pronunciare una decisione definitiva aggiudica la proprietà, se la può riconoscere, o in via sussidiaria mantiene il possesso civile, dove lo trova, giudicando alla luce di tutti i documenti e di tutti i fatti; e questo è il *possessorio plenario*, conosciuto altra volta in giurisprudenza, e fondato, per quanto ci pare, sui principii stessi della ragion giuridica naturale (1).

(1) Del resto la teoria intiera del possesso (altro tormento dei civilisti

dovrebbe essere semplificata richiamandola a quei principii di *ragion sostanziale e formale* che governano incontrastabilmente ogni altra parte della legislazione civile (*Logica del diritto*, capo 7°): e ci pare, che in codesta impresa si dovrebbe cominciare laddove finiscono gli scrittori, che ne hanno trattato sinora. Forse ardiremo di darne qualche saggio nel secondo volume della *Logica del diritto*.

SEZIONE TERZA

Giurisdizione.

CAPITOLO I.

Limiti della competenza dell'Autorità giudiziaria: contenzioso amministrativo.

L'autorità giudiziaria protegge i diritti dell'uomo e del cittadino: il suo regno è la *giustizia civile*, e la *giustizia penale*: ma stende anche un braccio potente nel dominio politico, dove l'universalità dei cittadini manda una sua rappresentanza a *controllare* l'azione del potere esecutivo: perciocchè il diritto di *controllo* sul potere non saprebbe dipendere dal potere, e così l'elettorato e l'eleggibilità (onde si creano le rappresentanze del paese dirimpetto al Governo) per mantenerli indipendenti dall'azione del potere furono affidati *alla giurisdizione indipendente*; sulla qualità di elettore e di eleggibile, i funzionarii dell'ordine amministrativo preparano il giudizio, ma propriamente decide l'autorità giudiziaria.

La giurisdizione dell'autorità giudiziaria non si estende più oltre: gli atti del Governo e di tutti i suoi funzionarii

in quanto reggono lo Stato ed amministrano la cosa pubblica, *quando non cadano nel dominio della giustizia penale*, sfuggono alla giurisdizione, ad ogni censura, ad ogni esame dei tribunali, essendo principio insito ed inalterabile delle costituzioni monarchico-rappresentative, che l'azione del potere esecutivo sia indipendente dall'autorità giudiziaria. Non è certamente impossibile, che gli agenti governativi nell'amministrazione della cosa pubblica offendano il diritto dei cittadini. La Società non avrebbe i mezzi di conservarsi e di operare il bene comune secondo il suo fine, se la legge non imponesse ai singoli membri nei loro rapporti col corpo sociale le necessarie obbligazioni di dare, di fare e di non fare in riguardo al corpo medesimo; ora può avvenire che gli agenti del potere nell'esecuzione della legge sociale esigano o proibiscano più di quanto si debba, od anche ledano diritti acquistati già in forza di legge o di precedenti atti governativi. Ma codesta possibilità o facilità di offesa è quella appunto che dimostra la necessità di diniegare ai cittadini l'azione giudiziaria contro gli atti del Governo. Perciocchè se ogni cittadino sotto pretesto di lesa diritto avesse facoltà di trarre ad ogni passo le pubbliche amministrazioni e le autorità governative dinanzi ai tribunali, e sottoporre ogni loro atto all'esame dell'autorità giudiziaria, e fossero pur limitati l'esame e la censura *al rapporto giuridico*, non mancherebbe tuttavia l'autorità giudiziaria di acquistare più che un'influenza, una vera supremazia sull'amministrazione della cosa pubblica. Adunque l'interesse minore dovrà cedere al maggiore, e nella cerchia dell'azione governativa il diritto del cittadino non avrà contro le possibili offese la protezione dell'autorità giudiziaria.

Ma non per questo il diritto sarà abbandonato all'as-

soluto arbitrio degli agenti. Di fronte all'*amministrazione attiva* la legge colloca un'*amministrazione consultiva e deliberativa*, e questa può ascoltare i richiami. Il qual principio si può attuare in diversissime forme secondo la varia natura e le condizioni speciali di ogni ramo di pubblico servizio: ed è pur cosa degna della giustizia del legislatore, che un tribunale con giurisdizione generale amministrativa sia costituito a giudicar sui richiami di offeso diritto per ogni caso a cui manchi all'uopo un istituto o consiglio speciale, e questo tribunale noi lo vorremmo abbastanza elevato perchè non fosse una garanzia illusoria, ma non vincolato ai sistemi di appello, di cassazione e simili, le ragioni dei quali sistemi da noi altrove esposte, non si confanno, a chi ben riguardi, alla natura più semplice e ad un tempo eccezionale del contenzioso amministrativo.

Nè si tema, che il tribunale amministrativo invada le attribuzioni dell'*amministrazione attiva*: perciocchè questa ultima dovrebbe avere la facoltà di sollevare all'uopo il conflitto; e il *potere esecutivo*, superiore comune, giudice del conflitto, richiamerà, occorrendo, nelle contingenze pratiche il tribunale amministrativo a quei confini che non si possono tracciare esattamente ed in prevenzione con formole astratte.

Lo Stato qual rettore della società, difensore dell'ordine e amministratore della cosa pubblica è dunque pienamente sottratto alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria. Ma lo Stato *possidente* e *contraente*, lo Stato qual ente morale, qual persona giuridica godente dei diritti civili e pareggiata ai cittadini, vi è pienamente soggetto. Onde avverrà talvolta una complicazione di rapporti che nella pratica esecuzione possono urtarsi. Così nelle operazioni di spropriaione forzata per causa pubblica lo Stato

procede con tutta la indipendenza del potere che eseguisce le leggi sociali e provvede all'interesse comune; *ma qual debitore del prezzo da accertarsi in contraddittorio del proprietario*, lo Stato va soggetto alla giurisdizione civile. Così pure è il potere esecutivo che mantiene l'osservanza dei regolamenti nell'uso delle cose comuni, delle acque pubbliche e delle vie, e veglia al buon governo di esse, e *reprime anche le usurpazioni*: ma se un suolo altra volta di pubblico uso, ora abbandonato dal pubblico si trova posseduto da lunga pezza qual privata proprietà, lo Stato, *rivendicandolo*, si presenta ancora col titolo di proprietario contro un altro che si pretende proprietario egualmente, e l'autorità giudiziaria riprenderà il suo naturale impero sui contendenti. — E la stessa duplice qualità si riproduce ancora nelle provincie e nei comuni, godenti, *nella esecuzione delle leggi di pubblica amministrazione anche provinciale e comunale*, di tutta la indipendenza governativa, e soggetti alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria quali enti morali, quali persone giuridiche, possidenti e contraenti nella sfera della vita civile.

Quelli, che esponemmo, sono i principii normali, il *gius comune* della materia. Il legislatore su certi punti vi deroga per considerazioni speciali. Così, a tenore del *gius comune* della materia, sarebbe contenzioso amministrativo tutto quello che dipende dalla esecuzione delle leggi di imposta: ma il legislatore ne ha staccato una parte, e sottopose alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria *il contenzioso delle principali contribuzioni indirette*. — In senso inverso, a tenore del *gius comune*, appartiene all'autorità giudiziaria *tutto il contenzioso dei contratti* benchè stipulati da comuni, da provincie, o dallo Stato: ma la legge ne stacca una parte, e investe la giurisdizione amministrativa

del contenzioso degli appalti pubblici (1). Ed ogni eccezione può bene avere le sue giustificazioni particolari, purchè si avverta e si sappia, che si declina per esse dai principii normali: lo si avverta dal legislatore, perchè si faccia un concetto adeguato di ciò che intende, e volendo ampliare la giurisdizione dell'autorità giudiziaria oltre i suoi naturali confini, sappia che egli debbe procedere per enumerazione di specie esattamente determinandole: e singolarmente poi lo si avverta dal giudice, acciocchè sappia limitare ai termini della disposizione legislativa qualunque competenza di gius anormale, lasciando luogo alla competenza di gius comune in ogni caso di silenzio e di dubbio nel testo della legge positiva (2).

(1) Su questo punto si guardi il legislatore *da un falso liberalismo inconsiderato e precipitoso*. Forse ogni appalto pubblico di qualche importanza dovrebbe portare con sè, *stipulato per clausola contrattuale*, il suo proprio tribunale composto d'uomini competenti anche *nella specialità*. Vi ha qui una materia speciale da regolarsi con molta cura per legge, attesa la gravità e la ognor crescente estensione degli interessi privati e pubblici che vi sono implicati.

(2) Sul contenzioso amministrativo, Vedi la legge 30 ottobre 1859. — La teoria, che abbiamo richiamata nel testo, si trova sviluppata nella decisione della Corte di Cassazione del 13 agosto 1863, ref. Pescatore: dove se ne fece una notevole applicazione. S'invocava nella specie una supposta *universalità* della giurisdizione *ordinaria*, e si pretendeva estenderla *al contenzioso dei dazii e dei pedaggi appartenenti a comuni od a provincie*, che la legge positiva non ha con disposizione espressa e indubitabile attribuito alla giurisdizione amministrativa. Ma ritenuto che i dazii e i pedaggi, ancorchè provinciali e comunali, sono leggi d'imposta e di pubblica amministrazione, si decise che il relativo contenzioso, nel silenzio o nel dubbio della legge, appartiene di sua natura, secondo i principii normali della materia, non già alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria, ma sibbene alla giurisdizione amministrativa. In questa decisione si accenna anche per incidenza, che qualunque azione penale, benchè dipendente da leggi e regolamenti di pubblica amministrazione, appartiene, *per diritto comune*, alla giurisdizione dell'Autorità giudiziaria, e che perciò ogni disposizione di legge che deferisca ai tribunali amministrativi il giudizio e l'applicazione di pene *per contravvenzioni*, si ha da

considerare quale disposizione eccezionale, deviazione dai principii ordinarii. Questa proposizione ci pare inocontrastabile: per combatterla bisognerebbe affermare, o che la giustizia penale non è di competenza ordinaria dell'autorità giudiziaria, ovvero che la giustizia penale non ha per ufficio di proteggere del pari i diritti dell'individuo, e quelli della società: or queste proposizioni sarebbero due errori manifestissimi, a chi riguardi anche solo la costruzione elementare di qualunque Codice penale, che abbraccia sempre, o espressamente o *per relationem*, tutti i reati contro i privati, e contro la cosa pubblica.

Nell'aprile del 1864, avendo il Pubblico Ministero presso la Corte di Cassazione manifestato qualche ripugnanza ad accogliere la teoria della Corte, questa (nella causa del comune di Acceglio contro Negro, a relazione di chi scrive queste righe) emanò la decisione seguente:

« Attesochè le contestazioni emergenti dall'eseguimento delle leggi di pubblica amministrazione non appartengono di regola generale alla giurisdizione dell'Autorità giudiziaria;

« Che da questo principio si eccettua solo il contenzioso penale ed anche il contenzioso politico per quanto esso possa dar luogo a contestazioni giuridiche;

« Che in verità lo Stato, la provincia, il Comune, quali enti morali possidenti un patrimonio loro proprio, e capaci di acquistare diritti civili e contrarre obbligazioni sotto l'impero e colle norme della legge civile comune, vanno pienamente soggetti alla giurisdizione dell'Autorità giudiziaria;

« Che però i medesimi, nell'altra loro qualità di difensori dell'ordine e di governanti la società generale e le società locali ne vanno pienamente esenti;

« Che questa dottrina è la conseguenza necessaria della indipendenza reciproca del potere governativo e dell'autorità giudiziaria, nè abbisogna di essere maggiormente dimostrata dopo la decisione di questa Corte Suprema in data dell'13 agosto 1863;

« Attesochè, se questi principii non hanno un valore assoluto dirimpetto alla legge la quale vi deroga parzialmente, ora attribuendo alla giurisdizione amministrativa certi casi di *contenzioso contrattuale*, ora deferendo all'Autorità giudiziaria le contestazioni relative a certe specie di contribuzioni pubbliche, essi però valgono come norme interpretative e suppletive pei casi di dubbio o di silenzio della legge; in quanto che, per sottrarre alla giurisdizione dei tribunali un caso di contenzioso giudiziario, come per togliere alla giurisdizione amministrativa un caso di contenzioso amministrativo, quale è definito dagli accennati principii di ragione, si richiederà sempre una espressa disposizione di legge, e questa non si estenderà per analogia, e in caso di dubbio non impedirà il ritorno ai principii di gius comune;

« Attesochè, scendendo all'applicazione di queste norme al caso di cui si tratta, egli è ovvio l'osservare che il Comune, quando concede in affitto i

beni comunali, fa atto di proprietà; ma quando tiene e conserva ad uso di pascolo pubblico una parte del territorio, ammettendo ad usarne la generalità degli abitanti; quando a tutela dei diritti e degli interessi della generalità il Comune fa un regolamento, che, approvato dal Governo, ottiene forza di legge; quando impone (senza stipulare coi singoli nè espressamente nè tacitamente) una prestazione determinata, portandola in bilancio, proporzionandola ai bisogni dell'erario comunale anziché al valore dei pascoli, e ripartendola quindi sui singoli come si ripartirebbe una tassa, in esecuzione del regolamento; egli è manifesto che allora il Comune non fa atto di proprietà o di gestione del suo patrimonio particolare, ma si procede nell'altra sua qualità di potere municipale, e come governo della Società comunale, tutelandone gl'interessi generali, e provvedendo nel medesimo tempo ai bisogni del suo erario;

« Attesochè la legge del 30 ottobre 1859 (art. 3, n° 3) assegna ai tribunali amministrativi la cognizione delle controversie relative al riparto e al pagamento delle contribuzioni comunali di qualunque genere;

« Che in verità la prestazione di cui si tratta (*) non è nè un fitto nè una contribuzione propriamente detta: *non un fitto*, perchè essa è imposta direttamente da un regolamento che ha forza di legge e viene regolata anche in relazione ai bisogni variabili dell'erario comunale: *non una contribuzione propriamente detta*, perchè essa costituisce pur sempre un corrispettivo del godimento di beni che il Comune potrebbe dare in affitto; e vien qualificata dalla legge medesima non tassa, ma *corrispettivo*, e considerata distintamente da quelle tasse e sopratasse, che il Comune è autorizzato specificamente ad imporre;

Che ad ogni modo le controversie relative al riparto o al pagamento della prestazione di cui si tratta, dovuta per legge, imposta dal potere municipale nella sua qualità di governo locale, riscossa a guisa di tassa e destinata a farne l'ufficio, cadono indubbiamente e per propria natura nel dominio del contenzioso amministrativo: e poichè esse, a tenore dei mentovati principii, apparterrebbero alla giurisdizione dei tribunali amministrativi anche nel silenzio assoluto della legge, con tanto più di ragione si riconosceranno spettare a questa giurisdizione dove la legge porge in questo senso un argomento di analogia. Imperciocchè l'argomento di analogia, in tema di contenzioso amministrativo, allora soltanto cesserebbe di essere un argomento legale ed ammissibile, quando si pretendesse estendere a

(*) Si trattava di una così detta tassa-pascoli, portata da regolamento municipale in base all'art. 407 della legge comunale, così concepito:

« I beni comunali deggiono di regola essere dati in affitto. Nel caso però in cui lo richieda la condizione speciale dei luoghi, il Consiglio comunale potrà ammettere la generalità degli abitanti del Comune a continuare il godimento in natura del prodotto de' suoi beni, ma dovrà formare un regolamento per determinare le condizioni dell'uso, ed alligarlo al pagamento di un *corrispettivo* ». Questa denominazione di corrispettivo pare quasi che stia in contrapposto alle tasse e sopratasse comunali specificate dalla stessa legge all'art. 413.

casi omissi un capo di legge, che attribuendo ai tribunali amministrativi una parte qualunque *del contenzioso comune* rivestisse il carattere di gius anormale ed eccezionale. Ma in quella vece la denunciata sentenza pone per principio la competenza universale dei tribunali civili sopra qualunque specie di contenzioso; respinge in tutti i casi qualunque analogia: e dove non trova una specifica disposizione di legge in contrario, richiama qualunque controversia all'Autorità giudiziaria, senza esaminare se la controversia appartenga di sua natura al contenzioso comune, ovvero al contenzioso amministrativo;

« Attesochè, così giudicando, la denunciata sentenza ha violata la legge, che dichiara formalmente essere i Consigli di prefettura i giudici ordinarii del contenzioso amministrativo, ed ha falsamente interpretato quell'altro capo di legge che disponendo sul contenzioso delle tasse comunali, vuole essere esteso per analogia al contenzioso *della tassa pascoli* della quale si tratta: per questi motivi cassa la denunciata sentenza, ecc.

« Dopo questa decisione, essendosi presentata (nello stesso aprile del 1864) nuova occasione di discorrere della teoria della Corte, il Pubblico Ministero, rappresentato in allora dall'illustre suo capo, *quem honoris causa nominò* (*), vi fece piena adesione, in conclusioni dette all'udienza pubblica, citando espressamente anche la decisione del 13 agosto 1863 ».

(*) S. E. il commendatore G. C. Domenico Ferrari, procuratore generale del Re presso la Corte di Cassazione in Milano.

CAPITOLO II.

Declinatoria del fòro: litispendenza: regolamento di competenza: conflitti di giurisdizione.

Se una causa già pendente avanti un primo tribunale viene da una delle Parti introdotta identicamente dinanzi ad un secondo, e se il convenuto oppone la declinatoria del fòro, il secondo tribunale dovrà innanzi tratto esaminare la questione di competenza, e provvederà nelle varie ipotesi come segue:

1° *Riconosce se stesso incompetente per ragion di materia o di luogo.* — Allora rinvia la causa per incompetenza, ed anche per litispendenza;

2° *Riconosce in massima la competenza simultanea di se 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: « ubi semel coeptum est iudicium, ibi finem accipere debet ». — Così nel concorso di due competenze si fa luogo alla prevenzione, la quale è determinata dal primo atto di citazione (1);

3° *Riconoscendo la propria competenza tiene nel medesimo*

(1) Pr. civ., art. 28.

tempo, che il primo tribunale sia incompetente per ragion di materia e così per incompetenza assoluta. — Allora rigetta la eccezione di litispendenza e ritiene la causa: la prevenzione non ha luogo se non fra due tribunali egualmente competenti (1). 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 num. 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, riterrà la causa avanti se stesso, unico competente, come si è detto nel precedente num. 3°.

Avverrà più sovente che la causa introdotta nel secondo tribunale non sia affatto identica, *ma si dica connessa* colla prima. Allora il secondo tribunale esaminerà innanzi tratto la questione di connessione (2). Esclusa per suo giudizio la connessione, riterrà la causa come indipendente dalla prima: ammessa la connessione, siccome questa *identifica* le due cause sotto il rispetto della competenza, il secondo tribunale distinguerà e provvederà come abbiamo detto distinguersi e provvedersi in causa

(1) Cit. art.

(2) Secondo i principii svolti nel titolo quarto.

affatto identica portata ad un primo e poi ad un secondo tribunale.

Se non che, dove pure sia fondata l'eccezione di litispendenza, converrà vedere se sia stata proposta a tempo. A differenza della eccezione d'incompetenza personale, la quale deve essere opposta prima di ogni altra difesa *sotto pena di presunta rinuncia*, la eccezione di litispendenza si conserva opponibile in qualunque stato di causa (1); perciocchè impedire la continuazione di due giudizi contemporanei sulla stessa quistione, i quali con duplicate spese potrebbero riuscire a giudicati contraddicenti, interessa sostanzialmente l'uno e l'altro dei contendenti e anche l'ordine pubblico: e nondimeno se il primo giudizio si fosse arrestato ai primi atti, e il secondo fosse continuato senza opposizione con perfetta conoscenza in ambe le Parti della esistenza del primo giudizio, e nel secondo si fosse così pienamente maturata la controversia, chi vorrebbe o potrebbe annullare il secondo, per ritornare al primo e rifare la discussione dà capo? La tacita rinuncia alla eccezione di litispendenza non è dalla legge vietata.

Intanto le varie questioni, che siamo venuti fin qui divisando, saranno risolte non solo dal secondo ma anche dal primo tribunale, e decise in sensi diversi potrebbero dar luogo di qua e di là a istanze di appello e di cassazione con infinito procedimento senza ancora giudicare la causa, e solo per trovare un giudice! Era dunque stretta necessità concedere un mezzo straordinario, e deferire immediatamente la questione di competenza ad un tribunale superiore: a questo scopo tende *l'azione in regolamento della competenza*, la quale emerge dal fatto di essere una medesima causa, o due cause connesse tra di loro,

(1) Pr. civ., 251.

promosse avanti due autorità giudiziarie; e deve essere proposta davanti quell'autorità giudiziaria immediatamente superiore, da cui le medesime siano dipendenti (1).

E questo è il caso di conflitto *virtuale, possibile*. Che se le due autorità giudiziarie già abbiano statuito in sensi opposti, e siansi dichiarate entrambe o competenti o incompetenti nella medesima causa o in cause connesse, allora sorge un conflitto reale (positivo o negativo), il quale chiama ancora l'intervento dell'autorità giudiziaria superiore (2).

Un conflitto di giurisdizione può sorgere fra l'autorità giudiziaria e i tribunali amministrativi. La vigente legge chiama, a dirimerlo, lo stesso potere esecutivo; crediamo, che la legge dovrebbe aver fiducia nella stessa autorità giudiziaria; essa dee proteggere i diritti dell'uomo, e del cittadino, e *dovrebbe intervenire con giurisdizione universale e direttamente nello stesso contenzioso amministrativo, se per tal modo non pericolasse l'indipendenza dell'amministrazione*. Ora, segnati esattamente i confini dell'autorità giudiziaria, come abbiamo indicato nel precedente capo, i casi di conflitto si presentano raramente e senza che la indipendenza dell'amministrazione possa esserne compromessa: non vi ha dunque ragione di declinare per le decisioni di tali casi giuridici dalla giurisdizione dell'autorità giudiziaria. Adunque per dirimere i conflitti fra tribunali ordinarii e tribunali amministrativi, la competenza *razionale* apparterebbe, per nostro avviso, alla Corte di cassazione, qual rappresentante, dirimpetto all'amministrazione, la suprema autorità giudiziaria.

(1) Pr. civ., art. 42 e seg.

(2) Pr. civ., 50.

SEZIONE QUARTA

ESECUZIONE FORZATA

**Principio dominante nella legislazione attuale:
cenni di alcuni problemi: rinvio.**

Il diritto individuale in tutto il suo rigore è il principio della legislazione regnante. Essa assiste ad una lotta sconfinata tra il debitore e i creditori, e dei creditori fra loro.

Quando l'assoluta insolvenza del debitore è notoria, provata dal fatto, e dai pubblici registri, i creditori dovrebbero aver modo legale di riunirsi e assumere con pareggiate sorti il possesso del loro pegno. Ma la legge esige il consenso, anzi una domanda del debitore stesso! Se egli non cede spontaneamente, la legge si trae in disparte.... ciascuno dei creditori si slancia per proprio conto.... e il pegno comune diventa la preda dei più abili o dei più violenti, che primi afferrino gl'immobili coll'ipoteca giudiziale, e i mobili col pignoramento (1).

Se la legge assumesse una protezione attiva dei cre-

(1) « Si le désordre inventait une loi sur cet objet il ne la créerait pas autrement » — Bellot sul Cod. Ginevr.

ditori, potrebbe in ricambio stipulare un sussidio pel debitore di buona fede, e regolare per l'avvenire le condizioni del suo lavoro, degli stipendii, o dei salarii che ne ritrae: e dovrebbe pur ricordarsi: — che il necessario di *necessità assoluta* appartiene a chi lavora; — che il superfluo appartiene ai creditori; — che il necessario di *necessità relativa* si deve equamente dividere; — e che infine la *progressione dei bisogni relativi* onde il *superfluo* è diviso dal *bisogno assoluto* porge facili norme a chi ami seguire l'ordine di natura.

Di faccia *alle ruine delle subaste* la legge edifica un sistema ingegnoso e benefico — *la purgazione degli immobili in via di vendita volontaria*. — Ma ne fa ancora un monopolio, anzi un'arma del debitore: il creditore ipotecario (che pure colla ipoteca ha stipulato il diritto di vendere) non trova nella legge mezzo alcuno di fare ciò che un debitore ostinato, disperato ed ostile, non voglia fare. — *Che la legge stipuli garanzie, adatte al bisogno ed anche all'interesse del debitore, quando le ipoteche non esauriscono anche il massimo valore del fondo, ben lo vogliamo: ma che si dinieghi ai veri interessati ciò che è trovato per l'interesse comune, quando vi si rifletta per bene, forse nissuno il vorrà.*

Temete forse, convocando i creditori, il fantasma dei giudizi di concorso? *Distribuiteli* in consorzii quanti sono gli interessi omogenei — i chirografarii per la massa mobile — per ogni immobile gli ipotecarii iscritti sul medesimo — *un rappresentante* degli ipotecarii presso i chirografarii — *un rappresentante* dei chirografarii presso gli ipotecarii — sotto la direzione di un giudice e dell'autorità

del tribunale pei casi rari di conflitto negli interessi siffattamente distribuiti.

Ora la persona stessa del debitore si fa il soggetto di un'azione civile, e di un mezzo di esecuzione: lo si tortura col carcere per sospetto. E questo mi pare, più che un rigore, un eccesso.

Comprendo; — che la infedeltà dell'amministratore, il dolo e simili azioni delittuose debbono essere punite; — che dopo temerarie e fallite imprese ridurre la sostanza dei creditori in un portafoglio e portarselo via, è anch'esso un delitto, — che nelle pubbliche amministrazioni e nel commercio anche l'imprudenza e la temerità possono, per disposizione espressa di legge, costituire un delitto:

Comprendo ancora; — che, nella incertezza, contro i debitori civili, accusati di tali colpe, si debba procedere con mitigate forme, non altrimenti che sopra istanza dei creditori e dinanzi alla stessa giurisdizione civile: — che la giurisdizione civile si chiami in luogo della penale, per sentimento di moderazione, per continenza di causa, ed anche perchè più avvezza alla disquisizione delle cose o delle amministrazioni civili:

Ma sostengo, che la carcerazione dei debitori colpevoli non debb'essere proposta nè decretata altrimenti che a titolo di azione penale: il qual principio mi par che distingua i casi, le condizioni di prova, e le forme di processo, assai meglio che i sistemi arbitrarii.

Così (nulla operandosi in natura per salti) tra l'azione pubblica, onde la società stessa insegue di moto proprio i facinorosi, e le innocue azioni civili che discutono e compongono gl'interessi privati, la riflessione distingue due altri gradi di azione che legano i due estremi, cioè:

1° l'azione per delitti men gravi, che procede ancora dinanzi alla giurisdizione penale, ma con forme assai meno aspre e non altrimenti che sopra istanza di una persona offesa; 2° un'azione penale sì, ma ancora più mitigata nelle forme, movente solo da un'istanza degli interessati e procedente dinanzi ad una giurisdizione civile.

Ma ripetiamo che la persona umana *nel suo essere inviolabile* non si fa stromento d'altrui anche quando s'inchina a quella giustizia che punisce le colpe.

Il sistema delle esecuzioni forzate apre dunque un vastissimo campo non solo al giurista, ma anche al filosofo il quale non teme le accuse *dei praticisti*: come i semi portati dal vento, le stesse utopie non vanno tutte perdute.

Noi però non vorremo assumere che il compito del giurista. — E volgendo addietro lo sguardo a contemplare il cammino percorso, ben vediamo di aver soltanto sfiorato, in tutto il corso del nostro tema, alcuno dei principali argomenti: abbiamo voluto in certo modo *idealizzare* la procedura; ma abbiamo seguito le orme di una sola legislazione: nulla abbiamo ancor detto delle altre, e nulla della storia, che illumina il presente, e aiuta il progresso. Così ci sovrasta una fatica maggiore di quella che abbiamo sostenuta finora. Sostiamo per poco: osserviamo il movimento della legislazione che si riforma, e prepariamoci a nuove disquisizioni *nelle appendici di complemento*.

FINE DELLA PARTE PRIMA

✕ SPOSIZIONE COMPENDIOSA ^c
DELLA
PROCEDURA CIVILE E CRIMINALE

nelle somme sue ragioni e nel suo ordine naturale

CON
APPENDICI DI COMPLEMENTO

SUI
TEMI PRINCIPALI DI TUTTO IL DIRITTO GIUDIZIARIO

del Commendatore

MATTEO PESCATORE

PROF. DI LEGGI EMERITO NELLA R. UNIVERSITÀ DI TORINO
E CONSIGLIERE NELLA CORTE DI CASSAZIONE SEDENTE IN MILANO

VOL. I. — PARTE II.

PROCEDURA CRIMINALE

TORINO
UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE
Via Carlo Alberto, n. 33, casa Pomba
1864.

4/8/50 *religioso*

INDICE

PARTE II. — **Procedura criminale**

LIBRO I. — **Parte Teorica**

INTRODUZIONE *Pag.* 3

SEZIONE I. — **L'azione penale considerata nel suo esercizio.**

TITOLO I.

Nozioni intorno alle diverse sanzioni dell'ordine morale e sociale . . . » 9

TITOLO II.

Dell'azione penale, ed a chi ne sia affidato l'esercizio » 14

TITOLO III.

CAPITOLO I. Delle persone contro cui si esercita l'azione penale, e della estradizione » 32

» II. Contro chi si eserciti l'azione penale: se ed in quali casi, benchè il reato sia commesso in estero territorio, i tribunali dello Stato siano competenti a giudicarne » 47

» III. Continuazione — contro chi si eserciti l'azione penale — delle immunità: delle garentie politiche ed amministrative » 64

TITOLO IV.

Dell'azione civile nascente dal reato sotto il rispetto delle persone a cui compete e di quelle contro cui si esercita » 73

TITOLO V.

Come si eserciti l'azione penale » 81

CAPITOLO I. Della giurisdizione » *ivi*

» II. Della polizia giudiziaria » 89

» III. Dell'istruzione preparatoria; del suo metodo e dei suoi mezzi » 93

707609

INDICE

CAPITOLO IV. Dell'istruzione preparatoria sotto il rispetto delle autorità che vi prendono parte, e della procedura	Pag. 104
» V. Dell'istruzione preparatoria compiuta: dell'ordinanza del giudice istruttore e della sentenza della sezione d'accusa	112
» VI. Del Giudizio in Corte d'Assisie	122
» VII. Del Giudizio in materia di polizia semplice e correzionale: dei procedimenti e delle sentenze in contumacia	147
» VIII. Del Giudizio di cassazione e di revisione: rinvio	157
» IX. Della formola delle sentenze e dell'autorità dei giudicati in materia penale	159

TITOLO VI.

Come si eserciti l'azione civile nascente dal reato: delle questioni civili incidenti	177

PARTE SECONDA

—

PROCEDURA CRIMINALE

LIBRO PRIMÒ

PARTE TEORICA

INTRODUZIONE

Il procedimento criminale consta di due parti. La prima, ossia l'istruzione preparatoria, ebbe nelle scuole il nome di processo inquisitorio. La seconda, che dalla legge è detta giudizio, fu nelle scuole chiamata col nome di processo accusatorio, poichè s'instituisce la causa con una accusa formale comunicata all'imputato, il quale esercita tutti i diritti e tutte le prerogative della difesa.

A chi ben riflette si fa manifesto che il processo inquisitorio ed il processo accusatorio rispondono ai due principii, che sono il cardine di tutta la legislazione. Perocchè il processo inquisitorio, istituito nell'interesse sociale, risponde al diritto della società, ed il processo accusatorio, che ha per ufficio di assicurare i diritti e le prerogative della difesa, risponde al diritto dell'individuo. E per vero, consultando la storia vediamo che, avendo in epoche

diverse prevalso nell'ordine sociale ora i principii protettori dell'ordine pubblico, ora il principio di libertà dell'individuo, anche il processo inquisitorio ed il processo accusatorio si alternarono, secondo che quelli o questo predominarono, ed era riservato alla grande rivoluzione francese dell'89 di richiamare, come tutte le altre istituzioni sociali, così il diritto giudiziario criminale a più ponderati principii e di operare anche in questa parte una riforma razionale, che essenzialmente consiste in riunire i due sistemi, il processo inquisitorio e l'accusatorio, temperando l'intero procedimento in modo, che i diritti della società e quelli dell'individuo ne rimangano egualmente protetti.

Così a Roma, al tempo della libera repubblica, la storia c'insegna essersi praticato unicamente il processo accusatorio. È conforme all'indole del governo repubblicano, che i varii uffici della pubblica potestà sieno attribuiti agli stessi cittadini. E veramente nella romana repubblica i cittadini esercitavano nei comizii la potestà legislativa ed in parte anche la governativa; perciocchè anche nella cerchia delle cose governative gli affari più gravi, discussi preliminarmente in Senato, erano deferiti ai comizii. I cittadini inoltre, sedendo come giurati nei giudizii, esercitavano la potestà giudiziaria, e prendevano anche parte ai procedimenti criminali come pubblici accusatori. Il processo inquisitorio, come noi lo pratichiamo, era affatto sconosciuto presso di loro. È ben vero che l'accusatore doveva preparare le prove, ma questo ufficio era lasciato alla sua cura ed alla sua sollecitudine, e se all'accusatore, munito di un permesso del pretore, era concesso qualche potere a fine di ricercare le prove del reato sia nei pubblici uffici, sia anche nel domicilio

dell'accusato, il procedimento però seguiva sempre in contraddittorio del reo.

Il procedimento criminale presso gli antichi Romani racchiudeva adunque tutte le prerogative della difesa, e lasciava in disparte quello che secondo i nostri principii costituisce la guarentigia sociale, e al difetto del sistema forse suppliva la severità dei costumi.

Perirono più tardi nella corruzione generale le virtù antiche, la repubblica si spense, sorse l'impero. Ma l'impero s'innalzò a poco a poco conservando intanto le forme dell'antica repubblica, e così conservando anche in mezzo al progressivo incremento del governo imperiale le forme antiche del procedimento criminale. Se non che appare da leggi e da costituzioni di imperatori che così esigendo l'imperiosa necessità delle cose, già cominciavasi ad introdurre l'ingerenza dei magistrati, e ad instituirsi il processo inquisitorio almeno contro i malfattori di professione e per quei crimini flagranti e notorii, che non trovavano accusatore privato. Siccome però l'impero andava decadendo, esso non ebbe virtù di ordinare quelle parti della legislazione che avessero origini nuove, e così anche le innovazioni del procedimento criminale rimasero necessariamente imperfette.

Scomparso l'impero e le sue potestà nella dissoluzione barbarica, sorse e dominò largamente la potestà della Chiesa.

Dapprima la giurisdizione ecclesiastica s'impadronì, quanto al procedimento criminale, delle tradizioni romane, e così il diritto ecclesiastico ammise anche il processo accusatorio. All'accusa propriamente detta sostituì di poi la denuncia semplice. In ultimo abbandonò affatto il processo accusatorio ed ogni immagine di esso, e

introdusse e spinse all'ultimo grado di violenza il giudizio inquisitoriale, di cui dopo il trascorso di secoli suona ancora così tremenda la fama. — Accanto alla giurisdizione ecclesiastica le potestà laicali del feudalismo tenevano pure i loro giudizi nei quali si conservava e prevaleva il processo accusatorio. Ivi si ventilavano quasi come questioni d'interesse privato i giudizi criminali, non già perchè prevalesse il principio di libertà, dacchè anzi regnava la forza e la violenza, ma perchè essendosi smarrita ogni idea di ordine pubblico, non aveva ragione di esistere il processo inquisitorio, che è appunto generato dall'idea dell'interesse sociale. — Sopra il feudalismo sor-geva da ultimo il Potere e lo Stato moderno, il quale vinte le resistenze, e quelle medesime libertà comunali, che prima lo avevano aiutato, si rese *assoluto*. E poichè l'*assolutismo* parla esclusivamente in nome dell'ordine, non è da meravigliare, che il medesimo avesse dovunque adottato come principio e come stromento di governo il processo criminale inquisitoriale. Così avvenne in Francia per le diverse leggi che poscia vennero codificate nella famosa Ordinanza criminale di Luigi XIV, pubblicata nel 1670. Così pure avvenne nel diritto comune e nelle diverse legislazioni locali della Germania in sèguito e ad imitazione della costituzione criminale detta la Carolina. E quanto all'Italia indicheremo le leggi che nel corso del secolo decimo ottavo, codificate tre volte nel 1723, nel 1729 e nel 1770 furono lungamente in vigore nelle antiche provincie del Regno sotto il nome di Regie Costituzioni, e che nel libro quarto regolando i giudizi criminali presero anch'esse sostanzialmente per base il processo inquisitoriale, dominante allora in tutta l'Europa.

Era riservato, come abbiamo già detto alla prima ri-

voluzione francese di riformare razionalmente anche questa parte della legislazione: essa fu la prima a comprendere come i due procedimenti inquisitorio ed accusatorio, i due sistemi, dei quali uno tende alla protezione del diritto della società, l'altro mira alla guarentigia del diritto dell'individuo, non dovevano dominare esclusivamente, ma temperarsi in modo, che proteggessero l'uno e l'altro egualmente.

La rivoluzione decretò: l'impero eseguì. Dal Codice di Francia è desunto nella sostanza quello che prendiamo ad esporre compendiosamente nei suoi principii elementari, e nel suo ordine razionale.



SEZIONE PRIMA

L'azione penale considerata nel suo esercizio.

TITOLO PRIMO

Nozioni intorno alle diverse sanzioni dell'ordine morale e sociale.

L'azione civile, che protegge i diritti privati, e l'azione penale, che protegge l'ordine pubblico, sono per diversi rispetti, l'una e l'altra la sanzione dell'ordine. L'ordine applicato alla generalità degli esseri è una disposizione siffattamente sancita che gli esseri soggetti sieno tenuti nella via segnata ad ognuno di essi.

Infatti ogni ordine suppone una sanzione, in mancanza della quale l'ordine si sconvolge e si scioglie. Così la sanzione dell'ordine fisico è la *fatale necessità*: il cieco istinto che costringe gli animali, è ancora *necessità*: ma la condizione dell'ordine morale è la *spontaneità*, la *libera volontà*. Laonde la sanzione dell'ordine morale non che dell'ordine sociale (poichè l'ordine sociale non è altro

che l'ordine morale applicato alla società) non poteva essere la *fatalità*, ma doveva e deve consistere nelle *ragioni determinanti*. Ora le ragioni determinanti la libera volontà degli uomini si riducono a due sommi generi, al sentimento morale, e alla considerazione dell'interesse; ma considerate quali sanzioni dell'ordine assumono cinque forme, ossia cinque modi di agire, e diventano la sanzione morale, la sanzione naturale, la popolare, la legale civile, e la sanzione legale penale. Sovrasta a tutte la sanzione morale: non vi ha forse grado o forza di corruzione che si sottragga affatto alla sua influenza: agisce potentemente sugli animi onesti, quantunque raramente si scompagni dalla considerazione dell'interesse.

Le altre quattro sanzioni procedono tutte dall'influenza dell'interesse.

Così la sanzione *naturale* procede da certi beni che ci fuggono, e da certi mali che derivano dalla violazione dell'ordine, come se la natura medesima abbia avuto pensiero di proteggerne l'osservanza disponendo che al mal fare fossero compagni inseparabili certi mali, ed al ben operare tenessero necessariamente dietro certi determinati vantaggi nell'ordine naturale anche indipendentemente dalla volontà e dalle disposizioni degli uomini. È una sanzione *fatale* che la natura stessa appresta contro i trasgressori delle sue leggi.

Ma l'osservanza delle leggi morali e sociali concilia al cittadino l'affetto e la stima, le buone disposizioni degli uomini; il mal operare, odio e disprezzo; onde l'isolamento e la privazione dei vantaggi che derivano dal commercio benevolo coi proprii concittadini. Queste conseguenze del bene e del male operare, usando il linguaggio di Bentham, diconsi *sanzione popolare* quasi fosse decretata dal popolo,

esecutore spesso inconsapevole anche in questa parte degli ordini di natura.

La sanzione legale civile consiste nell'obbligo di risarcire il danno recato dal delitto. Non è dessa, a vero dire, una pena diretta, poichè tale non è il suo scopo, e soventi volte occorre che il carico, che adduce, non sia proporzionato alla colpa e per una gravissima colpa non v'abbia risarcimento di sorta, ovvero uno gravissimo se ne debba subire per colpa menoma. Tuttavia esso contiene indirettamente una pena, poichè la certezza di dover risarcire il danno frena senza dubbio l'impulso al delitto, e così indirettamente con mezzi civili fa l'ufficio di sanzione penale.

Perchè poi l'ordine morale e sociale già si trova protetto dalle sanzioni enumerate, ne avviene che non tutte le azioni cattive sieno colpite da pena diretta, ed il legislatore interviene coll'ultima sanzione, la sanzione legale penale, solo per quei crimini e delitti, i quali presentano tale gravità o pericolo tale, che le altre sanzioni credansi insufficienti alla tutela dell'ordine pubblico. Quest'ultima sanzione è dunque diretta, e cioè direttamente destinata alla protezione dell'ordine che il delitto compromette e perturba.

A farsi però un esatto concetto di questa perturbazione occorre una distinzione tra il danno reale e la perturbazione morale che dal delitto derivano.

Il danno reale non colpisce l'ordine generale della società, ed è sempre limitato all'individuo contro cui il reato è diretto, ovvero a certi e speciali interessi della società. Nell'omicidio, nella grassazione, nel furto, nell'incendio, in tutti i reati contro le persone o contro le proprietà, *realmente* danneggiato è solo quello a cui si dirige il reato.

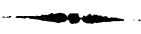
Ed anche nei crimini rivolti contro la cosa pubblica, se ben si riflette, il danno reale suole essere circoscritto in limiti assai ristretti. La cospirazione contro la sicurezza interna dello Stato, scoperta e repressa in tempo non arreca danno tale che sovverta lo Stato: favorita dalla fortuna o dalla opportunità anzichè pena, adduce premio ai cospiratori. Così pure nella ribellione alla giustizia, se è tosto repressa, non vi ha danno reale di sorta, se non è vinta, il danno reale è limitato alla fuga di un colpevole che per ora si sottrae alla pena, o alla perdita di una deliberazione di un corpo amministrativo o politico che non si potè prendere, o altri simili interessi di carattere affatto particolare. E così si dica di tutti i crimini e delitti in guisa che in tutti il danno reale si restringe o ad interessi privati ovvero ad interessi pubblici sì, ma affatto speciali.

Tuttavia l'ordine pubblico si trova pel reato *moralmente perturbato nella sua universalità*. E per vero il delinquente tenta l'impunità: l'impunità sarebbe la distruzione della sanzione e la distruzione della sanzione importerebbe lo scioglimento dell'ordine pubblico: e così il reato costituisce una minaccia di sovvertimento universale, attendendo alla sanzione; la qual minaccia si convertirebbe in realtà se l'impunità vagheggiata dal crimine conseguisse l'intento.

Adunque gli è il fatto di tale perturbazione morale che genera la necessità e il diritto della sanzione legale penale, della sanzione diretta. Non è già che il danno reale non entri per nulla nella estimazione della pena. Anzi, poichè il danno reale costituisce uno degli elementi della gravità del reato e la pena deve essere anche proporzionata al merito di quello, il danno reale ha da tenersi in conto

nella misura delle pene tanto più quando il risarcimento del medesimo col mezzo dell'azione civile non sia possibile. Ma la riparazione del danno reale non è quello che determini lo scopo della sanzione legale penale.

Nè per questo diremo che colla pena l'individuo sia immolato all'interesse sociale. È anzi questo uno dei punti in cui meglio si rivela la sublime armonia tra i due ordini, morale e sociale. Nel seno misterioso dell'umanità v'ha una intuizione permanente, invincibile, quasi come una rivelazione primitiva e continua, per cui la coscienza universale pronunzia, che il reato chiama nell'ordine morale un'espiazione. Ora ciò che nella sfera morale è espiazione, nella sfera sociale è repressione.



TITOLO SECONDO

Dell'azione penale, ed a chi ne sia affidato l'esercizio.

L'azione penale, avuto riguardo al suo ufficio di proteggere l'ordine pubblico, è essenzialmente pubblica. Essa appartiene quindi alla società, e per essa a quel potere che la rappresenta. Questo potere non sarà il legislativo, perocchè suo ufficio sia di fare, non di eseguire le leggi: non sarà nemmeno il potere giudiziario, perocchè colui che promuove l'accusa è attore nel giudizio criminale, ossia l'avversario dell'imputato; ed una legge indeclinabile dei giudizi esige che tra l'attore ed il convenuto sieda imparziale il giudice. Resta adunque che l'azione penale si attribuisca al potere esecutivo, il quale tiene dalla costituzione il mandato di promuovere l'esecuzione di tutte le leggi.

Ma se l'azione penale per se stessa appartiene al potere esecutivo, l'esercizio diretto della stessa deve essere per lui delegato ad un magistrato a tal fine dalla legge istituito. Generalmente i ministri del potere esecutivo debbono e sogliono delegare tutti gli affari della pubblica amministrazione, conservando persè solamente la direzione suprema; perocchè essi non potrebbero direttamente e per se soli attendervi o per mancanza di tempo, o per distanza di luoghi, o per difetto di notizie locali, o per altri simili

impedimenti: e quand'anche il potessero, nol si dovrebbe permettere, perchè ove queste persone riunissero nelle loro mani l'amministrazione diretta di tutti gli affari della società, peserebbe su di essa un dispotismo veramente insopportabile. Ma oltre questi generali motivi nasce dall'indole stessa dell'azione penale un motivo speciale di doverne delegare l'esercizio.

Infatti se fosse lecito al Governo di portarsi egli medesimo direttamente accusatore davanti ai tribunali, egli potrebbe per avventura colla sua influenza turbare l'animo dei giudici: l'autorità del Governo peserebbe troppo nella bilancia della giustizia. Perciò la legge vuole che tra il Governo e i tribunali s'interponga un magistrato che solo si presenti ufficialmente davanti alla magistratura giudicante, e solo debba essere dalla medesima riconosciuto.

Questo magistrato è il pubblico ministero, il quale venne costituito per modo che presso ognuno dei tribunali diversi gerarchicamente costituiti sia pure costituito un suo ufficiale. Presso i giudici di mandamento posti all'infimo grado della gerarchia giudiziaria, vi ha un ufficiale del pubblico ministero, ed è il delegato mandamentale. Presso i tribunali di circondario siede un altro ufficiale, detto procuratore del Re e qualche sostituto che lo coadiuva nell'esercizio delle sue funzioni, e che lo rappresenta in caso di assenza o d'altro impedimento. Presso le Corti d'appello v'ha infine un altro ufficiale supremo, detto procuratore generale del Re con parecchi sostituiti. Il complesso di questi ufficiali piglia il nome, che abbiamo già pronunciato di sopra, di pubblico ministero.

Una prima questione predomina in questa materia, e consiste in sapere, se il pubblico ministero sia arbitro dell'azione penale per modo che stia assolutamente in suo

potere di promuoverla o non. A risolvere rettamente la questione è d'uopo considerare il pubblico ministero in relazione all'autorità della magistratura che giudica, al Governo che lo istituisce, ai privati che sono lesi dal reato, ed anche nelle relazioni gerarchiche dei diversi ufficiali che lo compongono.

In relazione alla magistratura giudicante, il pubblico ministero è per regola generale affatto indipendente. Non può essa ingiungergli o vietargli di promuovere l'azione penale, perciocchè con tale ingiunzione parteciperebbe all'accusa.

Ma una volta promossa, il pubblico ministero non è più arbitro di continuarla o di ritirarla, come lo è di promuoverla.

Poichè è principio che domina tutta questa materia, che, se l'esercizio dell'azione penale appartiene al pubblico ministero, il giudizio sull'azione medesima è però sempre devoluto alla magistratura giudicante. Esiccome recedendo dall'azione penale una volta promossa, il pubblico ministero si arrogherebbe il giudizio dell'azione da lui intantata, così deve inferirne che esso non ha diritto di ritirarla. Ciò è conforme a ragione: e lo richiede anche l'interesse sociale. Perocchè se il pubblico ministero in faccia alla magistratura giudicante è costituito arbitro assoluto di promuovere o non promuovere l'azione penale, ciò avviene di necessità, perchè la magistratura giudicante non si faccia accusatrice. Ma questa necessità cessa, quando l'azione è promossa, epperchè deve anche cessare nel pubblico ministero l'*arbitrio*. E l'interesse pubblico lo richiede anche sotto un altro aspetto, in quanto che importa prevenire la soverchia facilità delle accuse. È giusto che sappiano gli ufficiali del pubblico ministero, che, promossa

l'accusa, il giudizio seguirà indeclinabilmente la sua via, e rivelerà all'uopo la responsabilità di ciascuno. Lo richiede infine l'interesse dell'accusato, poichè, se si debbono punire i colpevoli, l'innocente ha diritto di vedere la sua innocenza altamente proclamata con una sentenza d'assoluzione. Nè il recesso del pubblico ministero può farne le veci, poichè il recesso potrebbe per avventura nelle varietà delle opinioni andar soggetto a interpretazioni diverse, e ingenerare il sospetto di favori e di riguardi. L'innocente ha diritto a quella patente giustificazione, che solo possono dargli una pubblica discussione ed una solenne dichiarazione della giustizia. Nè per avventura si obbietti, l'azione penale proporsi da principio generalmente sopra semplici indizii, che il più delle volte si svolgono nel corso del procedimento giudiziale in guisa che, se alcune volte raggiungono quella certezza che si richiede a pronunziare la condanna, può invece avvenire che il pubblico ministero acquisti la convinzione dell'innocenza dell'accusato; ed essere ingiusto ed immorale che il pubblico ministero, il quale tiene dalla legge il mandato di chiedere presso la magistratura giudicante l'esecuzione delle leggi nei termini della giustizia e della verità, sia in questi ultimi casi tenuto a continuare, contro la verità e contro la legge, l'accusa, e a concludere per la condanna dell'innocente: poichè rispondiamo, che il pubblico ministero è solo tenuto a continuare il giudizio, e quanto alle conclusioni esso sarà pienamente libero. Al termine del procedimento esso prende le conclusioni come organo della legge, e sempre secondo la convinzione che dal procedimento gli risulta, e chiederà l'assoluzione dell'accusato, se così gli detta la sua coscienza. Ma questo non è un recesso: intervenendo un recesso propriamente detto, l'accusa sarebbe

annullata, per modo che sopra di essa non sarebbe più dato ai magistrati di pronunciare sentenza. Colle conclusioni del pubblico ministero favorevoli all'imputato, il giudizio sussiste ancora, la sentenza del magistrato dovrà ancora emanare, e potrà ben anche condannarsi l'imputato, poichè, come il magistrato è libero d'assolverlo, quando il pubblico ministero crede di conchiudere per la condanna, così secondo la sua coscienza può condannarlo quando anche le conclusioni di quest'ultimo stiano per l'assoluzione.

Considerando il pubblico ministero in relazione al Governo che lo istituisce, diremo innanzi tutto che trattandosi di amministrazione della giustizia, esso sta in rapporto diretto col ministro che regge questo dipartimento. Il Governo, in persona del ministro della giustizia, esercita sul pubblico ministero tre sorta di poteri: un'autorità dirigente, un potere disciplinare, ed in certi casi straordinarii partecipa all'esercizio della stessa azione penale, non già direttamente, ma nel senso che il Governo possa in un determinato caso ordinarne, o vietarne l'esercizio.

In forza dell'autorità dirigente il ministro deve prescrivere quelle norme generali che valgano a meglio ottenere l'esecuzione delle leggi penali e la tutela dell'ordine pubblico. In virtù del potere disciplinare il ministro veglia sulla condotta di tutti e singoli gli ufficiali del pubblico ministero, li ammonisce, occorrendo, li richiama al dovere, ed anche li punisce. In forza della terza autorità, se per avventura il pubblico ministero si accingesse a promuovere un'azione penale evidentemente ingiusta, o inopportuna, o se, malgrado l'urgenza del pubblico interesse e la manifesta verità, il medesimo ricusasse d'intentare un'accusa criminale reclamata dalla coscienza pubblica, il

ministro ha diritto nel primo caso di vietarne l'esercizio, nel secondo di ordinarlo.

E la ragione di ciò risiede nello stesso ufficio del potere esecutivo, e nella natura delle relazioni che corrono tra lui ed il pubblico ministero. Poichè è essenziale ufficio del potere esecutivo quello di fare eseguire le leggi, e principalmente le leggi penali, perchè la tutela dell'ordine pubblico essenzialmente gli appartiene. E questo non potrebbe fare tuttavolta che l'esercizio dell'azione penale fosse affidato ad un magistrato da lui indipendente per modo che esso non avesse facoltà di frenarne gli eccessi, spingerne l'azione quando si mostrasse tarda e difettosa, rattenerla quando si mostrasse corriva. D'altronde il potere esecutivo nomina egli stesso gli ufficiali del pubblico ministero. Essi sono quindi altrettanti suoi delegati, soggetti per conseguenza alle sue prescrizioni, come il mandatario è soggetto al mandante. Egli è ben vero che gli ufficiali del pubblico ministero sono anche i delegati della legge, perchè, non volontariamente, ma per necessità di legge il potere esecutivo li nomina e loro delega l'esercizio dell'azione penale. Ma ciò non toglie che detti ufficiali sieno gli agenti del potere esecutivo presso la magistratura giudicante, i procuratori del potere esecutivo, ossia, come porta il loro stesso titolo, i procuratori del Re. Nè la necessità di delegare l'esercizio dell'azione penale agli ufficiali del pubblico ministero toglie la dipendenza di questi dal potere esecutivo, come la necessità di affidare l'esercizio di ogni azione civile ad un procuratore non toglie la dipendenza di questi dal suo mandante.

Ed è questa soggezione degli ufficiali di cui discorriamo al potere esecutivo, che viene sancita da quella general legge di amovibilità a cui essi vanno soggetti. Gli è noto

come tutti gli ufficiali della magistratura giudicante, i giudici dei tribunali e delle corti, siano inamovibili di rimpetto al Governo. Perchè la prima condizione di una buona giustizia sta nella indipendenza dei giudici da ogni influenza politica e governativa, da ogni considerazione estranea alla giustizia medesima. All'incontro gli ufficiali del pubblico ministero sono amovibili a beneplacito del Governo. Che se l'inamovibilità del giudice significa indipendenza, l'amovibilità degli ufficiali del pubblico ministero segna la loro soggezione agli ordini del potere.

Tuttavia, malgrado questo, il carattere degli ufficiali del pubblico ministero è complesso. Se per una parte essi sono gli agenti del potere esecutivo, per un'altra essi debbono anche considerarsi come magistrati, perchè partecipano alle funzioni giudiziarie, concorrendo colla magistratura giudicante all'esecuzione delle leggi per mezzo di giudizi, nei quali è compromessa la vita, la libertà, la fortuna dei cittadini. Ora questa cooperazione all'amministrazione della giustizia lo deve rendere partecipe in una certa misura delle prerogative di questa.

E per vero, se ben si riflette, gli ufficiali del pubblico ministero pronunziano ancor essi un giudizio, che può avere una grande influenza a danno dei cittadini. Poichè nei singoli casi in cui viene loro denunziato un reato, essi librano gl'interessi dei cittadini, che non debbono essere temerariamente accusati, e l'interesse pubblico che vuole si proceda anche per semplici indizii a maggiori investigazioni. E questo giudizio è sommamente pericoloso, perchè colla soverchia indulgenza si lasciano i delitti impuniti, colla troppa severità si compromettono non solo gl'interessi dei cittadini accusati, ma la pubblica sicurezza, perciocchè il pubblico ministero troppo corrivo

alle accuse, verrebbe riputato non come un tutore dell'ordine, ma quale una continua minaccia per gl'innocenti.

Il pubblico ministero pronuncia dunque un giudizio, e tale un giudizio che, anche non manifestandosi con forme esteriori, può riuscire a gravissime conseguenze. È quindi giusto e convenientissimo che la condizione de' suoi ufficiali venga moralmente, se non legalmente, assomigliata alla prerogativa costituzionale dei giudici.

Così, benchè gli ufficiali del pubblico ministero non possano godere di quella indipendenza assoluta dal Governo, che compete ai giudici, il potere esecutivo nelle sue relazioni col medesimo dovrà osservare tali riguardi e tale misura che, almeno di fatto e abitualmente godano di una reale libertà nell'esercizio delle loro funzioni.

Così parimente è ammesso che i tribunali non riconoscano nell'esercizio ufficiale dell'azione penale, che il pubblico ministero, in guisa che, se il ministro della giustizia abbia vietato in un determinato caso l'esercizio dell'azione penale, e contrariamente a questo divieto il pubblico ministero abbia creduto di promuoverla, l'azione sarà regolarmente intentata, e nessuno avrà autorità di ritrarla. E nel caso inverso, se il ministro in un determinato caso ordini l'esercizio dell'azione penale ed invece il pubblico ministero non creda di proporla, quand'anche l'ordine fosse noto o anche notificato ai tribunali, essi non sarebbero per questo legalmente investiti dell'azione penale; non avrebbero facoltà di procedere in un giudizio che non esiste.

E così, infine, la dipendenza degli ufficiali di cui favelliamo dal potere esecutivo, quale finora si è definita, è tale che in definitiva non pregiudica mai alla indipendenza della loro coscienza. Se il ministro ordina di inten-

tare un procedimento, essi debbono regolarmente intentarlo, sotto pena di impegnare la propria responsabilità rimpetto al Governo; se nel corso del giudizio il ministro credesse di dare una qualche direzione concernente la procedura, essi vi si debbono conformare. Ma ultimato il processo e non rimanendo al pubblico ministero che di spiegare il suo giudizio sui risultamenti del processo medesimo, esso riacquista la sua indipendenza assoluta, e con piena libertà di coscienza potrà conchiudere e per la condanna e per l'assoluzione dell'imputato.

Rimangono ad esaminare le relazioni degli ufficiali del pubblico ministero tra di loro e coi privati. — Già si è visto come il pubblico ministero sia gerarchicamente costituito e parallelamente alla gerarchia degli ufficiali della magistratura giudicante. Il capo del pubblico ministero in ogni giurisdizione di Corte d'appello, cioè il procuratore generale del Re, esercita piena e suprema autorità sugli ufficiali a lui gerarchicamente subordinati nel distretto medesimo. Egli spiega sovra di essi un'autorità dirigente prescrivendo le norme pratiche generali, alle quali abbiano quelli ad uniformarsi nell'esercizio del loro ufficio; e un potere disciplinare, sorvegliando continuamente la loro condotta, ammonendoli, promovendo contro di loro, ove sia d'uopo, un'azione disciplinare secondo i regolamenti e, nel caso estremo, la loro destituzione.

Di più il capo del pubblico ministero impartisce a' suoi subordinati gli ordini che crede necessari perchè si abbia ad intentare o a ritardare nei singoli casi l'esercizio dell'azione penale, ed è in ciò che la sua autorità maggiormente differisce da quella che il Governo esercita generalmente sul pubblico ministero. È solo in certi casi

straordinarii che il ministro ordina si promuova o non l'azione penale. All'incontro il capo del pubblico ministero nei singoli distretti, per debito di suo ufficio, tenendosi sempre in corrispondenza attiva co' suoi subordinati, deve loro impartire nei singoli casi ordini e direzioni intorno all'esercizio delle loro abituali funzioni.

Indi si vede eziandio come il principio d'unità stia a fondamento della istituzione del pubblico ministero, perciocchè l'azione dei procuratori del Re e di tutti gli ufficiali di grado inferiore si unifica nell'azione del capo che li dirige, e l'azione dei capi si unifica ancor essa nella direzione suprema del ministro della giustizia. E l'unità nell'azione importa l'unità nei principii, che praticamente dirigono l'esercizio dell'azione penale: l'unità fa sì che l'azione del pubblico ministero sia nelle diverse località solidaria, per così dire, e presente su tutti i punti con tutta la forza della istituzione, la quale per questo fu detta una e indivisibile.

Sarebbe però erroneo il credere che la dipendenza dei singoli ufficiali dal capo gerarchico valga ad assorbire la loro azione sotto ogni rispetto. La dipendenza sta quale si è definita solo nelle relazioni interne: ma nei rapporti che ufficialmente corrono tra gli ufficiali che esercitano in una località il pubblico ministero ed i tribunali presso cui lo esercitano, si verifica quello che già si disse, parlando delle relazioni che corrono tra il ministero pubblico ed il Governo. L'ufficiale che contravviene agli ordini del capo gerarchico istituendo un'azione quando questi l'abbia vietato, o non promuovendola e lasciandola forse prescrivere, quando il capo ordinò d'intentarla, impegna bensì la propria responsabilità rimpetto a lui, ma rimpetto ai tribunali, alla giustizia ed alla legge nell'un caso l'a-

zione penale non sarà meno regolarmente promossa, e acquisita nell'altro all'imputato la prescrizione o il beneficio della decadenza fiscale da un'istanza non stata in tempo utile, o irregolarmente proposta.

Nelle relazioni tra il pubblico ministero ed i privati lesi dal reato, è ad esaminare se nei reati contro i privati debba essere e sia concesso al pubblico ministero di promuovere l'azione penale, benchè il privato offeso non ne porga querela, ed, in senso inverso, se quando il privato porge querela di un reato, il pubblico ministero sia e debba essere obbligato in senso assoluto a procedere.

Qualche criminalista distinguendo tra i diritti alienabili e gli inalienabili ha immaginato la teoria della ratifica ed ha sostenuto che rispetto ai reati i quali offendono i diritti *alienabili* dei privati, non si possa giuridicamente promuovere l'azione penale, se la parte lesa non ne porge querela, poichè, tacendo, ratifica il fatto, e ratificando toglie ed annienta il reato. La qual teoria evidentemente travisa la questione e dalle considerazioni di sicurezza pubblica e d'interesse sociale, che in questo argomento si debbono ponderare, la trasferisce all'estimazione degli interessi e alla logica del diritto privato, che non sono lo scopo diretto dell'azione penale. Consideriamo la questione dal suo vero punto di vista.

Le pene, già lo sappiamo, non sono altrimenti legittime, se non quando ci tengano moralmente giuste e politicamente necessarie. Ora sotto l'*aspetto politico* si può domandare: non basta forse alla tutela dell'ordine pubblico sancire le pene dei reati *pel caso in cui i danneggiati credano*, porgendo querela, di chiederne l'applicazione? Così la questione non versa più sui principii giuridici,

ma sulla convenienza, sull'utilità sociale, e unicamente trattasi di sapere se la pena anche fuori di detto caso sia necessaria a proteggere l'ordine pubblico. Ed in questo senso si potrebbe riflettere che l'ordine pubblico può credersi bastantemente tutelato quando siasi provveduto alla pubblica tranquillità, e che questa non si può dire compromessa quando si sappia che la pena è preparata contro i delinquenti che offendono i diritti dei privati, solo che il danneggiato, che vi ha interesse, ne voglia, e ne promuova l'applicazione.

E si potrebbe ancora osservare che il pubblico ministero non altrimenti deve promuovere accuse, salvo che prima abbia appurato tutti gli elementi possibili di prova per non esporsi al pericolo di perseguitare l'innocenza con pubblico scandalo e grave perturbazione della sicurezza e quiete dei cittadini. Ora nel caso di reati contro i privati, le persone danneggiate sono appunto quelle le quali si trovano in caso di somministrare le prove e gli indizii, che valgano ad indirizzare il procedimento alla scoperta del vero. Pare adunque che il pubblico ministero, in mancanza di querela, dovrebbe astenersi dal promuovere l'azione penale, esigendo, per intenderla, che il danneggiato sorga ed intervenga nel procedimento.

Aggiungiamo in questo ordine di considerazioni, per le quali pare si dimostri la necessità della querela, che il più delle volte il privato offeso dal reato è quegli solo il quale può rettamente giudicare del carattere del fatto, in guisa che talvolta il fatto che al pubblico ministero parrà delitto, al privato che ne fu l'oggetto, meglio che a chiunque consta non esser tale. A chi, ad esempio, meglio che al ferito può esser noto da quali cause, da quali provocazioni il feritore sia stato sospinto? Se dunque l'inten-

ressato tace, forse perchè conosce, il fatto non rivestire la natura dolosa che altri gli appone, dovrà spontaneamente intervenire il pubblico ministero per domandare, forse ingiustamente, l'applicazione di una pena?

Finalmente la natura di certi reati e di certi procedimenti è tale, che dalla sola accusa formale che se ne voglia portare in giudizio od anche dalla inquisizione ne risulta danno, disonore, ignominia a quel medesimo che fu già vittima del reato, sicchè per punire il crimine si verrebbe invece a colpire una seconda volta l'offeso e il danneggiato dal reo. Gli è perciò che talvolta succede che l'offeso si taccia: e diremo noi che, a fronte dell'offeso che si rassegna al silenzio, il pubblico ministero abbia a rendersi complice del reo e con un procedimento intempestivo affliggere maggiormente chi già ebbe a soffrire, pel delitto, ingiuria e danno? L'ignominia dell'offeso, la tranquillità delle famiglie, lo stesso interesse pubblico indirettamente per tal modo compromesso non saranno sufficiente motivo per astenersene?

Benchè gravissime sieno le esposte considerazioni, ed in riguardo alle medesime in molti casi il pubblico ministero si astenga dal promuovere l'azione penale quando non intervenga querela, non erano esse tuttavia siffattamente perentorie da indurre il legislatore a prescrivere in modo assoluto che, trattandosi di reati contro privati, dovesse il pubblico ministero astenersi dal promuovere l'azione penale tuttavolta che non intervenisse la querela dell'offeso. Per vero non è difficile il dimostrare che quando la querela dei privati fosse in modo assoluto una condizione legale, senza di cui l'azione penale non si potesse intentare, troppo facilmente rimarrebbero impuniti i delitti, troppe speranze di impunità si darebbero,

molti mezzi si appresterebbero al delinquente per evitare il giudizio e la pena. Il privato offeso, anche gravissimamente, dal reato può astenersi dal porgere querela, o perchè teme una seconda aggressione e altra vendetta del reo, o per effetto di indole aliena da ogni briga, o perchè corrotto dal delinquente, essendovi pur troppo di quelli che vilmente compensano col danaro il proprio onore e quello della famiglia, ed anche cedono al bisogno, potendo in essi più le angustie presenti che le passate offese. Più generalmente poi quello che allontana i privati dal promuovere un giudizio penale è la responsabilità legale che il querelante incorre pel caso che l'accusa nel difetto di prove sia dichiarata temeraria. — Diciamo adunque che la legge non deve richiedere per condizione assoluta del procedimento la querela della parte lesa. Gli è palese che a questo modo si darebbero troppi incentivi al reato, troppi mezzi di salvezza si appresterebbero al delinquente; gli audaci farebbero assegnamento sulle minacce, i doviziosi sul riscatto, mediante compenso; tutti sulla debolezza dell'offeso, sul timore della responsabilità che ogni accusa fa pesare sul querelante: l'ordine pubblico e la sicurezza generale ne andrebbero gravemente compromessi.

Da tale contrasto di considerazioni l'unica conseguenza a dedurre è questa, che la legge deve rimettersene al prudente giudizio del pubblico ministero. Non intende già la legge che per qualunque indizio di reato abbia il pubblico ministero senz'altro ad intentare l'azione penale, quand'anche la parte lesa non ne porga querela, ma la legge non dà nemmeno un valore assoluto a questo difetto di querela. Non suscettiva di essere definita con regole generali, rimessa questa materia al suo prudente ar-

bitrio, dovrà il pubblico ministero trattarla in modo, che nei reati gravi si proceda d'ufficio, anche non intervenendo querela, e nei leggeri, non potendo il silenzio dell'offeso attribuirsi così facilmente a timore e ad altre men degne cause, e dovendo piuttosto ritenersi prodotto da difetto di prove, da piena cognizione della natura e del carattere del fatto, dal desiderio onestissimo di evitare scandali e simili motivi, il più delle volte non si proceda salvo intervenga la querela dell'offeso. Intanto sta la regola generale che l'azione penale si esercita d'ufficio dal pubblico ministero.

E nondimeno tale arbitrio doveva essere dalla legge frenato tuttavolta che si credesse possibile estimare *a priori* il valore del silenzio della parte lesa. Così nei reati che si commettono contro la fede coniugale la legge dichiara che non si debba procedere se il coniuge offeso non porge querela, poichè, se il pubblico ministero procedesse non richiesto, il più delle volte non riuscirebbe nell'accusa per difetto di prove, non farebbe che produrre scandali con danno della pubblica morale, scompiglierebbe l'ordine delle famiglie, ed aggraverebbe inutilmente con pubblico danno e con privata ignominia la condizione di colui che fu già vittima del reato.

Parimente la legge punisce con pene severe il reato di colui che rapisce donne minorenni, od anche maggiori d'età, sebbene con proponimento di unirle in matrimonio, ma se il rapitore ha celebrato le nozze col libero consenso della rapita, e se i parenti, il di cui consenso è richiesto per contrarre gli sponsali e che sono così chiamati dalla legge a giudicare della convenienza del matrimonio, si acquietano al fatto, la celebrazione del matrimonio, il libero consenso della sposa, l'interesse stesso di

due famiglie compromesse nel loro onore, e soprattutto il giudizio favorevole dei parenti impetrano dalla legge il perdono del fallo. Ond'è che allora soltanto la legge permette il procedimento quando i parenti persistano a querelarsene, e portino così un giudizio sfavorevole sulla seguita unione, chiedendo nulla ostante la punizione del reo.

Così infine, per fatto d'ingiurie private o pubbliche, ed anche per fatto di diffamazione, la legge dichiara che non abbia a promuoversi d'ufficio l'azione penale, poichè, procedendo senza la querela della parte offesa, il pubblico ministero si renderebbe complice dell'ingiuriatore e del diffamatore, pubblicando col suo processo viepiù la diffamazione e l'ingiuria (1).

Di natura diversa sono le eccezioni, che pur ammette la legge in ordine a certi reati men gravi contro le persone e le proprietà. Allorquando si tratta di percosse, di ferite, o d'altri mali trattamenti corporali fatti senz'armi proprie, e che non abbiano cagionato malattia od incapacità al lavoro per un tempo maggiore di giorni cinque, non che in genere per tutte le contravvenzioni contro le persone e le proprietà (2), non può il pubblico ministero procedere che sull'istanza della parte offesa o danneggiata. Il che significa aver giudicato la legge che per questi fatti la pena fosse politicamente necessaria a proteggere l'ordine pubblico nel solo caso, che dal privato leso si porgesse querela.

Adunque in questi casi, come in tutti gli altri superiormente enumerati, in cui la querela del privato leso dal reato si richiede quale condizione preliminare acciò si possa intentare l'azione penale, quest'azione non cangia

(1) Cod. pen., art. 498, 586.

(2) Cod. pen., art. 550, pr. pen., art. 318.

natura nè cessa di esser pubblica. Perciocchè penetrato il legislatore di questa verità, la pena non essere altrimenti legittima se non quando già moralmente giusta si giudichi inoltre politicamente necessaria, prende per ogni azione moralmente delittuosa a definire inoltre le circostanze specifiche determinanti la necessità politica della pena, senza di che il fatto illecito non si trasforma in reato punibile. Or bene v'hanno certi fatti in cui, tra le altre circostanze e condizioni, la legge richiede anche questa, che il reato abbia talmente scosso l'animo del privato offeso da indurlo a porgere querela. E tale circostanza non muta punto il carattere e la natura dell'azione penale, come non lo mutano le altre circostanze, il concorso delle quali è richiesto dal legislatore qual complesso di elementi costituenti il reato.

Egli è ben vero che, richiesta la querela del privato, l'azione penale viene per un certo rispetto ad assomigliarsi all'azione civile, in quanto come l'una così l'altra resta in balla dei privati, a cui è dato, non interponendo l'istanza, di impedire l'esercizio dell'azione penale. Ma ciò non monta, poichè la differenza caratteristica delle azioni si desume dallo scopo diverso cui sono dirette. Ora l'azione in generale è, come ben dicevano i Romani, *jus persequendi in judicio quod nobis debetur*. Se per un'azione si domanda ciò che è dovuto ad un privato, l'azione è privata, pubblica se si domanda ciò che è dovuto alla società: e l'applicazione della pena è un diritto sociale, qualunque istanza sia richiesta per farla. E così l'azione penale anche nei casi in cui dipende dalla istanza privata come da condizione preliminare, non s'intende promossa pel solo fatto della querela, nè costituito il giudizio, finchè il pubblico ministero, a cui s'appartiene, non abbia esercitato l'azione: il

che nei giudizi penali in via di citazione diretta, s'intende fatto colla domanda dell'applicazione della pena, domanda riservata esclusivamente al pubblico ministero, limitandosi il querelante alle istanze civili pel risarcimento dei danni. Del resto sappiamo, che nell'antica Roma in materia di giudizi criminali le funzioni stesse del *ministero sociale* erano demandate *cuilibet ex populo* con prelazione agli interessati ossia danneggiati dal crimine. Tanto è vero, che il privato intervento, comunque il legislatore abbia creduto valersene, non muta il carattere essenzialmente pubblico dell'azione penale. Ed è pur tale il carattere, che la legge di procedura penale si affretta di proclamare fin dalle prime sue definizioni. Che se più tardi distingue tra i reati di azione pubblica e quelli di azione privata, il fa *per comodità di linguaggio* con evidente improprietà, involvente un error di concetto e una contraddizione nei termini.

Come si è detto, la questione delle relazioni tra l'azione del pubblico ministero e la querela del privato abbraccia due parti, nell'una che finora si discusse, si chiede se in difetto della querela il pubblico ministero abbia facoltà d'intentare l'azione penale, e tranne per le eccezioni espressamente stabilite dalla legge, si rispose affermativamente. Nell'altra si ricerca se sporta dal privato la querela, il pubblico ministero sia tenuto a procedere ovvero se, come ha diritto di procedere anche tacendo l'offeso, così sporta querela abbia anche diritto di astenersi dal procedimento.

Rimandiamo ad altro luogo la trattazione di questo secondo punto, supponendo esso alcune nozioni di procedura criminale che pure altrove esponiamo.

TITOLO TERZO

CAPITOLO I.

**Delle persone contro cui si esercita l'azione penale,
e della estradizione.**

Veduto da chi si esercita l'azione penale passiamo all'esame che segue naturalmente, a considerarla cioè dal lato delle persone contro cui si esercita.

Due sono le condizioni che si richiedono al retto esercizio dell'azione penale considerata sotto questo aspetto. Si richiede che nel caso particolare esistano contro di una persona, a giudizio del pubblico ministero, indizii tali di reità, che almeno lascino credere che col procedimento ulteriore non sarà impossibile conseguire la certezza: e prima di tutto, che la persona, contro cui il pubblico ministero si propone di agire, sia soggetta alla legge ed alla giurisdizione criminale di quello Stato, per delegazione del quale il pubblico ministero esercita le sue funzioni.

Soggetti alla legge penale e alla giurisdizione criminale dei tribunali dello Stato sono tutti gli abitanti del territorio per quei delitti che abbiano commessi nei limiti del medesimo. E diciamo *abitanti* e non *cittadini*: perciocchè tutti gli abitanti, anche stranieri, sono soggetti alle leggi penali del luogo in cui si trovano. Lo straniero, dal

momento che mette piede sul territorio di un altro Stato, diventa, come disse pel primo Grozio e dopo di lui ripeterono tutti i pubblicisti, suddito temporario dello Stato medesimo. Egli vi gode del beneficio dell'ordine che la legge ha stabilito e mantiene, egli è perciò tenuto a rispettarlo, e mancandovi deve essere punito, tanto più che volontariamente, almeno col fatto, ha dimostrato di volersi assoggettare alla giurisdizione del paese in cui abita. La sovranità che impera sovra di un territorio è necessariamente unica ed universale per modo che abbraccia tutte le persone e tutte le cose che in esso si ritrovano e come già disse uno dei più illustri oratori civili, *Portalis*, ragionando della questione che trattiamo « la souveraineté du territoire n'est rien si elle n'est tout ».

È ben vero che la podestà imperante di uno Stato talvolta per certi rispetti permette che i diritti degli stranieri sieno regolati dalle leggi di quel paese cui appartengono per vincolo di cittadinanza, ed è perciò che in certi casi lo straniero medesimo può essere rinviato ai tribunali della sua patria: ma ciò succede per interessi e per diritti meramente privati e affatto personali allo straniero istesso: che se l'ordine pubblico del luogo, in cui lo straniero dimora, vi è in alcun modo interessato come avviene per quanto concerne le leggi di polizia e di pubblica sicurezza (e la legge penale è legge di pubblica sicurezza), lo Stato deve esercitare in modo assoluto la propria giurisdizione anche sopra gli stranieri che portandosi ad abitarvi, almeno col fatto loro, vi si sono volontariamente assoggettati.

Quel principio che venne dichiarato dall'articolo 12 del nostro Codice civile secondo cui « le leggi di polizia e di sicurezza pubblica obbligano tutti quelli che dimorano nel territorio dello Stato », è un principio di diritto pubblico

universale ». E per vero lo Stato, non sciaamente non può concedere l'impunità agli stranieri che delinquono nel di lui territorio, poichè un tal concetto sarebbe mostruoso nè a ribatterlo occorrono dimostrazioni; ma nè anco può rinviare i delinquenti ai tribunali della loro patria. I tribunali del paese cui appartiene lo straniero, non essendo punto interessati a reprimere i reati commessi nel territorio altrui, reati che forse secondo le loro leggi non sono nemmeno riconosciuti per tali, potrebbero mostrare troppa indulgenza e benignità in favore del suddito a loro rinviato, e trattandosi di tutelare l'ordine pubblico, uno Stato qualunque indipendente non può al certo abbandonare il suo ufficio ad un giudizio così incerto. Oltrechè nel luogo del commesso reato ne esistono le prove, là sono dovuti la repressione e l'esempio, là è, che la pubblica coscienza chiede la riparazione morale del misfatto. Gli è per questa ragione che venne riconosciuto come un principio di diritto pubblico universale che nel paese in cui fu commesso il reato vi debbe essere la giurisdizione che lo punisce secondo la legge del luogo. Ed in questo senso giustamente si dice che le leggi penali sono essenzialmente territoriali, perchè non la cittadinanza, ma questo solo in esse si riguarda, se il delitto sia stato commesso nel territorio dello Stato in cui esse imperano.

Risolta la prima questione, ne sottentra tosto quest'altra, cioè se, qualora l'autore del misfatto esca dal territorio dello Stato in cui lo ha commesso, la legge penale e la giurisdizione criminale, che pel reato divennero competenti a giudicarlo e punirlo, lo inseguano nel territorio dello Stato in cui si riparò. Che la fuga nulla detragga alla giurisdizione or ora stabilita, che per conseguenza i tribunali del luogo in cui si è commesso il delitto sieno com-

petenti ed abbiano diritto e dovere di procedere anche in contumacia del reo, è cosa di per sè manifesta. Ma la questione è da considerarsi da un lato ben più rilevante. Trattasi cioè di sapere se lo Stato, nel cui territorio recossi il fuggitivo, debba prestare aiuto all'esercizio dell'azione penale, e se debba, o almeno, se possa consegnarlo al governo di quello Stato, i tribunali del quale debbono giudicarlo. Occorre a tale oggetto distinguere la legge penale generale dalle leggi penali particolari. Vi sono certi reati talmente contrarii alla giustizia e alla morale universale, che tutti i Codici li puniscono. Così tutte le legislazioni puniscono gli assassini, gl'incendiarii, i devastatori delle altrui proprietà e simili. E le leggi penali che li puniscono, noi le diciamo leggi generali, non già nel senso che tutti i Codici concordino minutamente nella definizione del reato, nella determinazione degli *estremi*, nella misura delle pene, ma nel senso che malgrado tutte le varietà secondarie, riesce innegabile che essenzialmente esse s'informano agli stessi principii razionali e morali. Vi sono invece certi reati che si riconoscono come tali solo da certe legislazioni, le quali non presentando un carattere di universalità, debbono considerarsi come leggi penali particolari. Ciò posto, soggiungiamo che trattandosi di quei misfatti che sono puniti da una legge penale generale, suolsi tra governo e governo praticare quella che chiamasi *estradizione*, cioè l'atto con cui il governo dello Stato, in cui il delinquente si è rifuggito, lo arresta e lo consegna al governo dello Stato, in cui si commise il reato. Si può domandare, in virtù di qual titolo giuridico il governo dello Stato, nel cui territorio si è rifuggito quello che chiamano il delinquente, ma che pure non è ancora stato giudicato come tale da alcun tribunale,

possa impadronirsi della sua persona e consegnarla al governo del luogo in cui si vuole abbia commesso il reato. Che in diritto ciascuno Stato sia pienamente libero di concedere o diniegare ospitalità e protezione a chi la chiede; — che abbia diritto di ricevere od escludere il fuggitivo; — che avendolo ricevuto, ed informato poscia esser lui accusato di un crimine altrove commesso, abbia facoltà di scacciarlo, certamente nessuno vorrà negarlo al governo di uno Stato libero e indipendente. Ma che inoltre questo governo possa esercitare contro tale straniero atti di coazione, quali sono l'arresto e la consegna ad un altro governo, parrà forse disputabile, perciocchè desso non può essere arrestato per vincolo personale, essendo straniero, non qual reo, essendo stato imputato solo di un reato che si dice commesso da lui nel territorio di un altro Stato, nè quale *suddito temporario*, quale straniero cioè, che per domicilio o per altro fatto si sia volontariamente assoggettato alla podestà dello Stato in cui ripara, perciocchè allora soltanto egli intenderebbe assoggettarvisi quando gli venisse permessa l'abitazione e assicurata l'ospitalità, che coll'arresto e colla consegna ad un altro governo gli viene duramente negata.

E a prima giunta le accennate riflessioni potrebbero veramente parer fondate in diritto. Ma ben altrimenti avverrà se si risalga ai principii della giustizia universale, alla considerazione degli interessi comuni alle nazioni, ai più veri precetti della legge-giuridica.

Davanti alla giustizia universale l'omicida, l'assassino e simili malfattori non cessano di essere rei solo perchè abbiano varcato certi limiti, solo perchè abbiano superato i monti, valicato i fiumi, trapassato quelle linee che la natura e talvolta l'arbitrio umano ha segnate per confine

alle nazioni ed agli Stati. La giustizia universale segue *antecedentem scelestum* al di là dei monti e al di là dei mari, al di là di qualunque limite naturale od artificiale di territori.

Parimente, non è forse interesse comune di tutte le nazioni punire gli omicidi, gli assassini e in generale tutti quei malfattori che a ragione si considerano come nemici non solo dello Stato in cui delinquono ma dell'intera umanità? Non è per essi, in vero, soltanto compromesso l'ordine pubblico del paese in cui delinquono, ma sì l'ordine universale delle società e delle nazioni civili, perchè quando fosse stabilito che anche pei misfatti più atroci si acquista l'impunità solo mutando residenza, riesce evidente che per la speranza di sì inaudita impunità, i crimini più gravi sarebbero dunque provocati, e verrebbe compromessa la sicurezza civile dell'uman genere: chè pur troppo di tai malfattori si ascondono in seno a tutte società.

Ciò posto, se si domandi, *in virtù di qual legge giuridica* il governo dello Stato, in cui il fuggiasco cerca salvezza, lo consegna al governo del luogo del commesso crimine, essa non si rinverrà in una legge positiva scritta, ma in una legge di un ordine superiore, nella virtù del diritto delle genti, che riunisce tra loro tutti gli Stati quali membri di una grande repubblica internazionale.

Suppongasì invero, che gli Stati, penetrati della necessità di regolare e definire i loro generali interessi, deputassero ad una assemblea legislativa comune i loro rappresentanti, e che in essa costoro provvedessero con leggi generali agl'interessi di tal fatta, e tra gli altri, al bisogno di una reciproca estradizione: se allora il reo fuggiasco domandasse al governo, che lo arresta per consegnarlo, in virtù di qual titolo pretenda di esercitare tale potere sopra

di lui, giustamente questo governo gli risponderebbe che il suo titolo è la legge superiore di tutti gli Stati; che questa legge li riunisce tutti in una società generale; che egli fuggiasco non solo è membro della società particolare a cui appartiene per origine, ma eziandio di quella generale repubblica, come egli governo ne sarebbe un'autorità.

Ora egli è bensì vero che questa legge comune a tutti gli Stati in forma di legge positiva non esiste; ma se giammai un'assemblea deliberante comune a tutte le nazioni non sancì tra di esse un precetto che astringa tutti i governi, vi esiste ben per natura un diritto delle genti, una regola comune a tutte le nazioni, una norma dettata dalla ragione, attestata dalla coscienza, confermata dalla consuetudine, e nei rapporti di molti Stati riconosciuta da speciali trattati politici. E questa norma, non meno dei precetti del comune interesse e della universale giustizia, serve di titolo all'extradizione dei rei di crimini, i quali perturbano l'ordine di tutta l'umanità.

Ma a questo principio se ne debbe aggiungere un secondo, desunto dall'intima differenza che corre tra la legge positiva che regge le diverse provincie di uno Stato, e le regole del diritto delle genti, che reggono i diversi Stati riuniti quasi in una generale confederazione sotto il rispetto degli interessi comuni. Le leggi di un medesimo Stato obbligano *giuridicamente e coattivamente* i magistrati di ogni provincia di che si compone, per modo che il magistrato dell'una è tenuto a consegnare il fuggiasco al magistrato di quella, in cui il reato fu commesso a fine che ivi sia giudicato e punito, e vi è tenuto *senza libertà di esame e di giudizio*, perchè per lui la legge dello Stato è categorica ed imperativa.

All'incontro il diritto delle genti obbliga gli Stati indi-

pendenti più moralmente che giuridicamente. Il dovere internazionale dell'extradizione nulla detrae alla sovrana autonomia dei singoli Stati, i quali, in difetto di una legge positiva sancita da un'assemblea che positivamente e *giuridicamente* tutti li rappresenti, conservano rimpetto alle regole del diritto delle genti, anche nei singoli casi, una pienissima libertà di giudizio e di azione.

E ciò è confermato dalla genesi stessa del diritto internazionale. I precetti del diritto delle genti sono prima proclamati dalla ragion naturale, che a sua volta proclama eziandio la sovranità e la indipendenza degli Stati. Sopraggiunge, è vero, la consuetudine : ma questa, che spiega e chiarisce le regole del diritto delle genti non ne muta la natura. Tra particolari nazioni si aggiungono poi le convenzioni, i trattati, e quanto ai punti in essi convenuti non è dubbio che le nazioni sieno obbligate non solo moralmente, ma anche giuridicamente. Ma astrazione fatta da essi, e da quel che, quanto all'extradizione, siasi nei singoli casi in essi stabilito, rimpetto alle regole generali del diritto delle genti sta sempre che se i suoi precetti, non meno che il principio di giustizia e quello di utilità, riconoscono il diritto ed il dovere dell'extradizione, questo dovere così in generale, come nei singoli casi non impone tal vincolo che tolga al governo di ogni Stato la libertà di esame, di giudizio, e di azione.

Da questi due principii derivano cinque norme o condizioni principali che governano la materia dell'extradizione.

La prima regola è, che la extradizione può chiedersi e concedersi soltanto per quei delitti che sono generalmente puniti da tutte le legislazioni, giacchè per quei reati che vengano dichiarati tali solo da certe legislazioni mancano i

fondamenti della regola del diritto delle genti, che sono i principii di ragione riconosciuti liberamente da tutti, e l'interesse comune.

La seconda regola vuole, che si premetta nei singoli casi un esame del fatto, e allora soltanto si aderisca all'extradizione, quando il governo, a cui è domandata, si sia convinto della giustizia della domanda. Discende questa regola dal secondo degli accennati principii, in forza di cui gli Stati, non ostante il dovere dell'extradizione, conservano rimpetto al diritto delle genti piena libertà di esame e di giudizio. Alla libertà morale si accompagna quindi, come sempre, la responsabilità, che il governo il quale consegna il fuggiasco, assume del fatto suo davanti alla sua coscienza, alla coscienza pubblica, e alla coscienza dell'umanità: e se per avventura colla extradizione assecondasse un ingiusto procedimento, un giudizio iniquo, esso non potrebbe sfuggire alla condanna morale delle nazioni civili, che lo chiamerebbero in colpa ed anche complice volontario di un atto ingiusto.

Il governo, al quale l'extradizione è domandata, deve quindi innanzi tutto esaminare se per le prove già raccolte si possa stimare giusto che l'imputato sia tradotto in giudizio. Onde avviene che esso non debba aderire alla domanda, se non quando nel luogo del commesso reato fu istituito il processo criminale, e nell'istruzione preparatoria si raccolsero prove tali da potersi giustamente far luogo all'accusa.

Giusta la pratica delle nazioni tra cui si stipulò in trattati politici l'extradizione dei malfattori, il governo che ne è richiesto a seconda dei trattati, suolsi contentare della sentenza con cui termina l'istruzione preparatoria, e colla quale siasi dichiarato farsi luogo al giudizio. Ciò procede

forse da soverchia facilità, perchè a rigor di principii, il governo che è richiesto della consegna di un imputato dovrebbe non solo esaminare se fu pronunciata una sentenza d'accusa, ma eziandio se fu giustamente pronunciata, epperchè forse dovrebbe esigere la comunicazione non solo della sentenza, ma degli atti e dei documenti, all'appoggio dei quali questa sia emanata. La sentenza tien luogo di verità, ma solo rimpetto a coloro che stanno soggetti alla giurisdizione del magistrato giudicante. Relativamente a chi non gli è soggetto, in ispecial modo ai governi stranieri che colla libertà di esame e di giudizio assumono anche la responsabilità dell'ingiustizia che per avventura si compia, la sentenza d'accusa abbisogna a sua volta di un giudizio di conferma pronunciata all'appoggio degli atti.

La terza regola prescrive, che l'extradizione debba essere concessa solo per i crimini più gravi e più temuti. L'esilio benchè volontario è già per se stesso una pena, una gravissima pena. L'esule abbandona la patria, i luoghi che lo videro nascere, le memorie più care, i parenti, gli amici, gl'interessi suoi, i suoi mezzi di vivere, e si riduce a stentare la vita in terra straniera, ove su di lui veglia il sospetto, tace ogni affetto, e forse lo attendono vessazioni e persecuzioni. Gli è ben vero, che l'esule, fuggendo la patria, cerca di scampare da una pena più grave, ma forse la legislazione della sua patria è troppo severa, ed il governo del paese in cui ripara non deve rendersi complice di una severità eccessiva. E quando si supponga giusta la pena, *poichè versiamo in tema di delitti men gravi*, l'esilio può costituirne l'equivalente e ad ogni modo il divario non si ha da presumere tale, da doversi ricorrere ad un rimedio tanto straordinario quanto è l'extradizione. E

diciamo tanto straordinario: perchè non possiamo dissimulare che il governo, che l'acconsente, non potendo garantire la rettitudine dei giudicati che emanano dai tribunali stranieri, si espone sempre al pericolo di rendersi complice di ingiustizia altrui con grave sua responsabilità morale, disdoro e scandalo.

Quali poi abbiano a considerarsi crimini più gravi, quali più lievi, per modo che in relazione alla gravità del reato commesso si faccia o non si faccia luogo alla estradizione, non è cosa che possa definirsi con regole teoriche. Gli è questo un lavoro che compiono la consuetudine e gli usi ricevuti fra le nazioni, e più spesso i trattati stipulati fra gli Stati in materia di estradizione, poichè in essi si sogliono enumerare i reati pei quali l'extradizione si dovrà reciprocamente acconsentire.

La quarta regola esclude in modo assoluto dal novero dei reati, per cui si può chiedere l'extradizione, i delitti politici. La criminalità dei reati politici suol essere non assoluta e non universalmente eguale in tutti i tempi e in tutti i luoghi, come assolutamente universale ed eguale in tutti i tempi ed in tutti i luoghi è la umana coscienza, ma sibbene relativa e variabile. Pochi anni fa, nelle provincie meridionali italiane era delitto cospirare contro il governo assoluto pel ritorno del governo costituzionale. Ora è delitto cospirare contro la forma costituzionale, pel ritorno dell'assolutismo. In Francia non è gran tempo, gli Orleanesi punivano quelli che per ben due volte avevano tentato di ricondurre l'impero: ora l'impero punisce quelli che vorrebbero ricondurre gli Orleanesi. E nelle antiche provincie del regno non abbiám noi visto gratificati, e ben giustamente, coloro che non molti anni prima (per buona ventura in contumacia) erano stati condannati nel capo?

Un'altra specialità dei delitti politici è, che il reo suol essere sospinto al reato non da assoluta perversità d'animo ma da errore, da fanatismo, da impeto di passione, da soverchio patriotismo: e per un reato cui manca l'intrinseca immoralità parve che nella maggior parte dei casi l'esilio potesse considerarsi qual pena bastante, e quando non basti, il divario non fosse sì grande che convenisse affrontare il rischio di complicità nelle più fiere ingiustizie: chè pur troppo ai giudizi politici non presiedono sempre l'equità e la giustizia, ma la vendetta e il terrore, le ire e gli odii della guerra civile.

Tali sono, in breve, le considerazioni morali che escludono l'estradizione in tema di delitti politici.

Gli è ben vero che talvolta questi delitti e per la gravità delle conseguenze che ne derivano, e per la perversità di chi li commette, appena differiscono dai crimini comuni. Poniamo che in libero governo una mano di sciagurati, rimpiangendo i tempi trascorsi, cerchino di eccitare il fanatismo delle plebi, di accendere la guerra civile, e per colmo di sciagura non rifuggano dal chiamare lo straniero contro la patria, qual differenza porre tra questo crimine ed i reati comuni? Eppure in tanta varietà e contrarietà di principii e di governi politici nessuna distinzione è possibile. La massima, che in fatto di reati politici non ha luogo l'estradizione, è universalmente ricevuta. I governi a libero reggimento la proclamano volenterosi, i governi assoluti non osano calpestarla.

Una quinta regola concerne la determinazione delle persone che si possono consegnare al governo straniero che le reclama. Convieni a questo proposito distinguere tre casi: o si tratta di un suddito di quel medesimo Stato che lo reclama, o di un suddito dello Stato nel cui terri-

torio si trova, o di un suddito di una terza potenza, che non è quella che lo reclama, nè quella nel di cui territorio il reo siasi rifuggito. Se l'imputato appartiene per cittadinanza a quello Stato medesimo che lo reclama, se sia, ad esempio, un francese, che dopo aver commesso un crimine in Francia si rifugge in Italia, allora purchè concorrano le altre condizioni di cui abbiamo ragionato, l'estradizione non soffre difficoltà.

Se all'incontro l'imputato è suddito dello Stato, nel di cui territorio si trova, se sia un francese, che perpetrato un crimine in Italia, sia ritornato in Francia, in questo caso è principio assoluto che il governo non consegna mai i proprii sudditi. Il che avviene non tanto per ragioni giuridiche, quanto per ragioni morali, che riesciranno patenti, considerando ciò che in caso analogo avviene nei giudizi ordinarii. Nei giudizi ordinarii, se un agente di pubblica sicurezza scopre e raggiunge un reo e lo consegna ai tribunali, se i testimonii estranei alla famiglia depongono contro di lui, se è condannato e punito, la coscienza pubblica applaude. Ma se in mancanza di agenti o di testi estranei, una madre snaturata osasse tradurre davanti ai giudici il proprio figlio, e rendere contro di lui una testimonianza che lo conduce al patibolo, si leverebbe un grido terribile: è il grido, è *lo sdegno infinito* della coscienza morale, che non soffre confronto tra la sua legge assoluta ed un misero umano interesse. E così alla patria, che è pur madre comune non si deve chiedere che consegna un proprio figlio.

Le quali considerazioni ci aprono la strada alla risoluzione del terzo caso, in cui la persona, della quale si chiede l'estradizione, appartenga per cittadinanza ad una terza potenza, e sia, ad esempio, un inglese imputato di un

crimine commesso in Francia, e poscia ricoveratosi in Italia. Che dire, se questa terza potenza si opponga alla consegna nel luogo del commesso reato e chiegga che a lei medesima sia consegnato il suo proprio suddito? È certo innanzi tutto che così lo Stato a cui per cittadinanza appartiene l'imputato, come lo Stato del luogo del commesso crimine sono interessati nella questione, e che perciò il governo richiesto della estradizione non debbe prendere decisione senza sentire l'uno e l'altro dei contendenti. Ma noi crediamo che quando dopo esame e sentiti gl'interessati rimanga convinto che per le circostanze del caso vi è luogo ad estradizione, *la ragione giuridica* esiga che la consegna si faccia al governo del luogo del commesso reato. I tribunali di questo luogo, secondo i principii di diritto pubblico universalmente ricevuti, sono gli unici competenti a giudicarne. E quello che reclama la *ragione giuridica* non è contraddetto dalla *ragione morale*, perchè *questa è personale alla patria* cui appartiene il reo.

! Gli è a dire però, che talvolta l'extradizione non si farà perchè intervengono ragioni politiche ad impedirla. Avviene talvolta che il governo, di cui è suddito l'imputato, sostenga non doversi far luogo all'extradizione, o perchè dica trattarsi di reato politico, o perchè sia caso di reato di poca entità, ovvero troppo severamente punito dalle leggi del paese che lo reclama, per modo che, qualora si facesse la consegna, desso se ne chiamerebbe offeso. In simili casi l'extradizione può senza ingiustizia negarsi, non dovendosi pretendere che uno Stato *pel bene dell'esemplarità* comprometta le sue buone relazioni politiche e si esponga per avventura a gravi pericoli.

Così la questione dell'extradizione suol essere di natura politica. Troppo facile e corrivo a consentirla il governo

compromette la propria dignità od i proprii interessi, le ragioni d'amicizia che lo legano con altri Stati; difficile e soverchiamente prudente compromette le relazioni amichevoli tra sè ed il governo che la domanda. Gli è perciò che per una regola universalmente riconosciuta il decidere se si debba oppur no consentire l'estradiizione, appartiene non all'autorità giudiziaria, ma al potere esecutivo, sovrano giudice in concorso del Parlamento, della politica dello Stato.

CAPITOLO II.

Continuazione — contro chi si eserciti l'azione penale : se ed in quali casi, benchè il reato sia commesso in estero territorio, i tribunali dello Stato siano competenti a giudicarne.

Le cose che abbiamo discorso nel precedente capo ragionando dell'azione pubblica considerata dal lato delle persone contro cui si promuove, hanno tutte per base il principio, che la potestà competente a conoscere e giudicare dei reati nei rapporti da Stato a Stato è la magistratura giudicante del territorio in cui è commesso il reato. Ma questa regola va soggetta ad alcune eccezioni che prendiamo ad esaminare.

La sede di questa materia è negli articoli quinto e seguenti fino all'undecimo inclusivamente del Codice penale, e forse non saremmo in grado di comprendere la dottrina che vi si nasconde, se già non conoscessimo le principali dottrine in tema di estradizione, che nei testi di legge citati sono continuamente presupposte (1).

(1) Consideriamo come un progresso sulle corrispondenti disposizioni del Codice francese i testi del Codice italiano, che abbiamo citati : perciò li commentiamo regolarmente, e tanto più volentieri, in quanto ne risulta una conferma indiretta dei principii per noi esposti nel precedente capo in tema di estradizione.

A chi si faccia a ragionare di dette eccezioni la questione si presenta nei suoi termini generali, così: « se, ed in quali casi, benchè il crimine sia commesso in estero territorio, i tribunali dello Stato sieno competenti a conoscerne e giudicarne ». E poichè il crimine vi può essere commesso da un suddito o da uno straniero, la questione si divide tosto in altre due più ristrette, corrispondenti alle due ipotesi: incominciamo dalla ipotesi di un delinquente straniero.

Lo straniero in estero territorio può commettere un crimine che attenti direttamente alla sicurezza interna od esterna del nostro Stato, o ne comprometta i più gravi e vitali interessi, ovvero commette un crimine che offenda solo un nostro connazionale. Discorriamo partitamente di queste due specie.

Nella prima è da osservare innanzi tutto che i tribunali del luogo in cui il crimine fu commesso non hanno una piena e perfetta giurisdizione per conoscerne e giudicarne. Poniamo che un tedesco abbia commesso un crimine contro la sicurezza dello Stato italiano in territorio non italiano; e sia pur anche in territorio tedesco. Il governo da cui dipende la persona del reo non ha un interesse diretto alla repressione del crimine, se pur non era interessato alla sua riuscita. Ora l'interesse della repressione è la prima base della giurisdizione criminale. E posto che veramente ogni Stato si credesse interessato a reprimere quei conati che turbano le relazioni internazionali, sarebbe sempre la giurisdizione manchevole per rispetto a colui contro cui il reato è commesso: perocchè l'ipotesi è di Stati indipendenti: è rispetto al principio assoluto dell'indipendenza delle nazioni non si può in verun modo ammettere questo diritto di protezione o di tutela di uno Stato sull'altro.

Da questa mancanza di una piena e perfetta giurisdizione consegue che, se per avventura i tribunali del luogo del commesso crimine abbiano preso cognizione del fatto e rimandato assolto l'imputato, oppure lo abbiano condannato come reo ad una pena anche maggiore di quella stabilita dalle nostre leggi, e questa per di più già sia scontata, tuttavia *giuridicamente* non verrà meno la giurisdizione dei nostri tribunali per istituire il giudizio e condannarlo, se reo, alla pena stabilita dalle nostre leggi (1). È ben vero che universalmente si riconosce la regola *non bis in idem* anche nei rapporti tra Stati indipendenti, ma essa non può applicarsi nei rapporti internazionali, se non quando il giudizio e la sentenza di condanna procedano da autorità che abbiano sul fatto e sulle persone piena e perfetta giurisdizione, perchè soltanto allora la sentenza esaurisce la giurisdizione, e la regola *non bis in idem*, o in altri termini l'autorità della cosa giudicata vietano un nuovo giudizio e la pronunciazione di una nuova sentenza. Ora nel nostro caso alla magistratura del luogo del commesso reato non appartiene, come si è visto, piena e perfetta giurisdizione.

Non è però, che ai tribunali di uno Stato noi vogliamo attribuire una specie di giurisdizione universale, e tale che possano promuovere procedimenti contro chiunque, sotto pretesto che l'imputato abbia in un luogo qualunque commesso un crimine attentatorio alla sicurezza dello Stato, od a' suoi più gravi interessi. No per certo: è necessario un limite, e questo limite viene indicato dallo scopo medesimo della giurisdizione di cui discorriamo, cioè dallo scopo della propria difesa. Eppertanto diciamo, che

(1) Arg. ded. dagli art. 7, 10 Cod. penale.

allora soltanto compete questa giurisdizione, *quando sia possibile la difesa*, quando possa essere utile di mettere in atto la giurisdizione: e ciò allora soltanto accade quando il reo straniero cada nelle mani della giustizia offesa. Finchè egli risiede nella patria sua è palese che inutilmente si vorrebbe spiegare la giurisdizione contro di lui. Egli è ben vero che si potrebbe agire in contumacia, ma trattandosi d'uno straniero, vengono meno tutti i mezzi d'istruzione e di ricerca della verità, poichè egli non ha in paese un novero tale di relazioni, che, indicando una traccia del reato, i tribunali possano lusingarsi di giungere allo scoperta del vero. E poi qual utile pratico da un processo e da una sentenza di condanna in contumacia? Contro di un suddito essa può avere qualche effetto, perocchè anche assente egli è privato dei diritti civili, e in sostanza gli si impone un esilio perpetuo dalla patria. Ma lo straniero non ha diritti civili da esercitare nel nostro Stato, ed escluderlo da un paese a cui non appartiene, non è imporgli un esilio.

Adunque allora soltanto comincia a potersi esercitare utilmente la giurisdizione di cui discorriamo, quando lo straniero, di cui è caso, sia caduto in potere della giustizia di quello Stato alla sicurezza del quale attentò. E può cadervi in due modi: o entrando volontariamente nel territorio dello Stato, o quando sia da altri governi consegnato. Tali almeno sono i precisi termini della legge (1): ma noi domandiamo, come mai possa avvenire che un terzo governo per attentati commessi da uno straniero in straniero territorio contro la sicurezza interna od esterna di un altro Stato, o per crimini che attentino ai suoi più

(1) Cod. pen., art. 7.

gravi interessi abbia da consegnargli l'autore del supposto crimine? I principii del diritto internazionale dichiarano che la estradizione non si fa dei proprii sudditi. Adunque già teniamo per certo che il testo della legge, benchè affatto generale, non comprenda lo straniero che risiede nella sua patria. I principii del diritto internazionale vietano ogni estradizione in materia di reati politici. Adunque per gli attentati contro la sicurezza interna od esterna dello Stato, la possibilità della consegna è esclusa, quand'anche l'autore dell'attentato abbandoni il suolo della patria e si rechi altrove. Non rimangono adunque che gli altri crimini indicati dalla legge, che commentiamo, cioè la contraffazione del sigillo, delle monete, delle cedole od obbligazioni dello Stato, o di carte di pubblico credito equivalenti a moneta (1); ed allora, poichè si tratta di crimini comuni, di fatti puniti da tutte le legislazioni, se l'autore del reato non risieda in patria, potrà aver luogo la consegna per parte di un terzo governo. A' questo solo caso crediamo restringersi il supposto generico della legge.

Si può ancora domandare, come possa avvenire, in forza di qual titolo possa succedere che la consegna si faccia di preferenza allo Stato contro cui il delitto fu commesso, anzichè al governo del luogo del commesso reato, il quale secondo i principii di diritto più universalmente ricevuti sembra unico competente? Ma ciò non è: perchè la competenza è duplice, e mentre quella del governo del luogo del commesso reato è, per le cose avanti discorse, imperfetta, quella dello Stato offeso è perfetta; e a questo per conseguenza potrà il reo con più ragione essere consegnato.

(1) Cod. pen., art. 7.

Nella proposta questione noi diciamo adunque che i nostri tribunali sono competenti a conoscere e giudicare dei crimini che attentano alla sicurezza dello Stato od ai suoi più gravi interessi, commessi in estero territorio da uno straniero, purchè si osservino queste due condizioni: 1° che il crimine rientri in uno dei casi determinati dalla legge, perocchè lo Stato è unico giudice della propria difesa, e spetta a lui il designare i casi in cui creda di doversi attribuire la giurisdizione, nè sarà lecito all'interprete di estendere questa competenza ed altri casi; 2° che l'autore del crimine o volontariamente entri nel territorio dello Stato, o sia consegnato da altri governi nei casi preindicati. Quantunque poi egli avesse subito all'estero un giudizio di condanna e avesse scontata la pena, sebbene ciò possa nei singoli casi far luogo a considerazioni di equità, la giurisdizione e la competenza dei nostri tribunali a giudicarlo, condannarlo e fargli subire la pena stabilita dalle nostre leggi, non è per nulla infirmata.

Passiamo ora alla seconda specie (tenendo sempre il tema dello straniero delinquente in estero territorio) e così alla seconda parte della questione che ne emerge cioè: « se ed in quali casi per un crimine commesso all'estero da uno straniero contro i privati, i nostri tribunali siano competenti a giudicarlo ». In tale ipotesi il reato od offende uno straniero, ovvero un regnicolo. Se l'offeso è uno straniero, le autorità dello Stato non hanno nè interesse, nè diritto a reprimerlo. Ma dove sia un regnicolo, quale sarà la giurisdizione competente a conoscere del crimine? Noi crediamo che senza dubbio sia la potestà del luogo del commesso reato, perchè il fatto è succeduto nel suo territorio e ne ha compromesso la pubblica sicurezza, mentre il delinquente, o come suddito originario, o,

se straniero, come suddito temporario e in ragione del fatto commesso, è soggetto alla sua giurisdizione, come vi è soggetto colui contro cui il reato si commise quale suddito temporario, che, dovendo osservare le leggi dello Stato in cui dimora, ha diritto alla protezione delle autorità del luogo in cui si trova.

Donde la conseguenza, che se l'autore del crimine sia stato definitivamente giudicato dalla podestà del luogo in cui il crimine si commise, e sia stato assolto oppure condannato, ed abbia scontata la pena, comunque nel primo caso si supponga indebita l'assoluzione, e lieve nel secondo la pena inflitta in proporzione del reato, è certo che si dovrà rispettare la massima *non bis in idem* poichè l'imputato avendo subito il giudizio e la sentenza da chi aveva podestà di procedere e giudicare, esaurì la giurisdizione, ed il reato venne estinto per l'autorità della cosa legalmente giudicata (1).

Ma poniamo che lo straniero non abbia sofferto alcun giudizio: poniamo che, giudicato e condannato ad una pena, si sia sottratto alla medesima e di poi sia capitato nel nostro territorio: quali in questo caso saranno i diritti, quali i doveri dello Stato nostro? Innanzi tutto dovere dello Stato, in cui il crimine fu commesso, sarebbe di chiedere l'extradizione del reo. Che se esso non lo reclami, perchè trattandosi di crimine commesso contro di un nostro connazionale non si crede interessato alla punizione del delinquente, sarà dovere del nostro governo di richiamare lo Stato straniero all'adempimento del suo, offrendogli l'extradizione del delinquente medesimo. E se questi la rifiuti, e così ricusi l'adempimento del suo dovere, allora

(1) Cod. pen., art. 10.

meritamente la legge nostra dichiara che il delinquente, tuttochè straniero, sarà giudicato e punito secondo le patrie leggi (1).

Trattasi qui d'una competenza meramente suppletiva e giustificata dalle seguenti considerazioni. Innanzi tutto giustamente si presume che la podestà dello Stato straniero, non reclamando e poscia ricusando esplicitamente l'estradizione del reo abbia inteso di rinunziare la giurisdizione ai nostri tribunali, perchè il reo si trova nel nostro territorio ed il crimine è commesso a danno di un regnicolo. Si aggiunge che l'autore stesso del crimine entrando volontariamente nel territorio dello Stato si sottomette alla giurisdizione del medesimo: e la presunzione vien giustificata dalla necessità, perchè il reo entrando nel territorio si troverà per avventura vicino a chi fu già da lui aggredito, forse vi entra per rinnovare l'attentato, e così sarebbe scandaloso ed eminentemente pericoloso per la pubblica tranquillità e per l'ordine pubblico, se egli potesse dire impunemente in faccia al paese che lo accoglie: « io già aggredii un vostro concittadino, e forse lo assalirò ancora: sarà mia vittima sugli occhi vostri: ma i vostri magistrati non mi possono ricercare nè chiedermi conto di quanto feci ».

Abbiamo finora supposto si tratti di crimini commessi da uno straniero in estero territorio contro di un regnicolo. Che dire, se sia caso solamente di reati più lievi, puniti solo con pene correzionali? Conviene qui richiamare quello che si disse trattando delle regole concernenti l'estradizione. La estradizione, dicemmo, non si acconsente poi reati men gravi, e quali essi siano, nell'impossibilità

(1) Cod. pen., art. 9.

di stabilire razionalmente una regola certa, emerge dalla consuetudine e dai trattati che insieme formano il diritto internazionale positivo, e nel quale in generale, adottata la distinzione tra crimini e delitti, l'estradiizione si consente solo per crimini.

Se dunque trattisi di straniero che abbia commesso un *crimine* in estero territorio contro di un regnicolo che sia stato arrestato nel nostro paese, giustamente lo Stato nostro, che può farne l'estradiizione, la offre al governo del luogo del commesso crimine ed il rifiuto di riceverla dà origine alla competenza suppletiva dei nostri tribunali. Ma se si tratti d'un reato più lieve, poichè allora lo Stato straniero non può reclamarne ed il nostro non può offrirne l'estradiizione, vien meno la base di tale competenza suppletiva; onde a ragione la legge nostra fa intendere che sebbene lo straniero entrato nel nostro paese, abbia commesso in estero territorio contro di un regnicolo un reato correzionale, tuttavia di regola generale egli deve andare impunito perchè non soggetto alla giurisdizione dei nostri magistrati (1).

Però questa non può essere una regola assoluta, poichè non è nè anche regola assoluta che per delitto non si faccia mai luogo all'estradiizione. Gli è perciò che la legge dichiara doversi osservare quelle norme che emergono dal diritto di reciprocanza: cioè si dovrà investigare in qual modo nell'identico caso un regnicolo sarebbe trattato nel paese cui appartiene lo straniero, secondo la regola, « *quod quisque juris in alterum statuerit ut ipse eodem jure utatur* ».

Al regnicolo (soggiunge tosto la legge) sarà sempre

(1) Cod. pen., art. 9, alin.

salva l'azione civile (1). Con che si viene a significare che, anche trattandosi di delitti per cui lo Stato non abbia giurisdizione criminale, l'autorità giudiziaria patria è sempre competente a conoscere dell'azione civile che deriva dal delitto anche commesso in terra straniera. E la ragione di questa competenza civile si desume dai principii del nostro diritto privato, per cui, trattandosi di uno straniero che assume un'obbligazione civile verso di un regnicolo, i tribunali nazionali sono competenti a conoscerne e giudicarne, purchè al momento che si promuove l'azione, lo straniero sia nel territorio dello Stato (2). Or bene quello che è stabilito a riguardo di uno straniero che abbia assunto obbligazioni verso di un regnicolo per fatti leciti, dovea a maggior ragione sancirsi per le obbligazioni derivanti da fatti illeciti, quando parimente lo straniero che li commise si ritrovi nel nostro territorio. Per la qual cosa può avvenire che lo straniero, il quale ha commesso un delitto in terra straniera contro un regnicolo, vada immune dalla giurisdizione criminale e non possa sfuggire la giurisdizione civile dei nostri tribunali.

La materia che andiamo svolgendo sui reati commessi in estero territorio, l'abbiamo fin da principio divisa in due primarie questioni, secondo che si suppone reo uno straniero od un regnicolo.

Ed avendo esaurito la discussione della prima di esse, passiamo oramai all'esame della seconda: « se ed in quali casi i tribunali nazionali siano competenti a conoscere e giudicare dei reati commessi da un regnicolo in estero territorio ».

(1) Cod. pen., art. 9, alin.

(2) Cod. civ., art. 31.

Sotto questo nuovo aspetto, la questione di competenza riceve ancora la medesima distinzione, già da noi prima considerata, dei crimini che si commettono direttamente contro lo Stato, ovvero contro i privati.

Se un regnicolo dimorando in territorio straniero commette uno di quei crimini che attentano alla sicurezza interna ed esterna dello Stato, o che ne compromettono i più gravi e vitali interessi, contraffacendone il sigillo, falsificando le monete o le cedole del debito pubblico o carte di pubblico credito equivalenti a moneta, gli è palese che i nostri tribunali hanno giurisdizione per giudicarlo (1).

Perciocchè siccome nell'identico caso lo Stato si attribuisce giurisdizione anche rispetto agli stranieri, a molto maggior ragione lo può e lo deve rimpetto ai proprii sudditi. Anzi per tali reati corre questa diversità fra i regnicoli e gli stranieri, che sovra di questi ultimi (gli stranieri) lo Stato non esercita giurisdizione fuorchè alla condizione che sieno entrati nel territorio, o vengano consegnati da altri governi, mentre invece sui primi (sui regnicoli) la giurisdizione dello Stato è incondizionata, compete anche quando il regnicolo, che commise uno di tali crimini in estero territorio, si trovi ancora in terra straniera, perciocchè i sudditi sono originariamente e personalmente soggetti alla giurisdizione dei tribunali della patria.

Onde avverrà che, sebbene i tribunali nazionali non possano per difetto di giurisdizione procedere in contumacia contro uno straniero imputato di aver commesso tali reati in estero paese, ben lo potranno contro un regnicolo riguardo al quale il procedimento contumaciale può non essere inutile, come lo è per lo straniero.

(1) Cod. pen., art. 5.

Perciocchè le molteplici relazioni che il regnicolo conserva in patria, non che l'antecedente dimora, lo fanno conoscere e possono somministrare qualche indizio per la istruzione; e la condanna in contumacia produce contro di lui effetti reali non dispregevoli, sospendendolo e più tardi privandolo dell'esercizio dei diritti civili. Oltre di che la condanna contumaciale importa al reo indirettamente una pena gravissima, quale è l'esilio perpetuo se pur non ama costituirsi in carcere e sottoporsi ad un giudizio capitale.

E poichè abbiamo visto che gli stranieri colpevoli di questi reati, giudicati ed assolti, ovvero puniti da tribunali stranieri, entrando nel territorio dello Stato, o essendo consegnati da altri governi, vanno ancora soggetti alla giurisdizione dei nostri tribunali, a maggior ragione questa regola varrà rispetto ai regnicoli.

I sudditi possono in estero territorio commettere crimini anche contro la persona e la proprietà dei privati. I privati contro cui si delinque possono essere altri sudditi, ovvero stranieri. Se un suddito abbia in estero territorio perpetrato un crimine ovvero un delitto contro un altro suddito, non è dubbio che i tribunali del luogo del commesso reato abbiano giurisdizione per conoscerne, perciocchè ritorna sempre la stessa considerazione della competenza che essi hanno sul fatto, perchè commesso nello Stato, e sulle persone dell'offensore e dell'offeso, quali sudditi temporarii che hanno rispettivamente dovere dell'osservanza e diritto alla protezione delle leggi del paese in cui si trovano.

Onde deriva che, se nel caso proposto i tribunali del luogo del commesso reato già ne presero cognizione e giudicarono il vero o supposto autore del crimine com-

messo, ossia che lo abbiano condannato ad una pena che fu da lui scontata, o lo abbiano assolto, la giurisdizione sul crimine commesso resta pienamente esaurita, e, sebbene l'autore del reato e chi ne fu leso rientrano nello Stato, e l'uno e l'altro siano originariamente e personalmente soggetti alla giurisdizione dei tribunali nazionali, nondimeno non si potrà rinnovare il giudizio e la condanna; qui si applica la regola generale *non bis in idem* (1).

Ma poniamo che i tribunali del luogo del commesso reato non ne abbiano preso cognizione, o che, se un giudizio ebbe luogo e il reo fu condannato, abbia esso potuto sfuggire la pena, e che il medesimo sia rientrato nel nostro territorio. In tal caso non è dubbio che la giurisdizione dei tribunali nazionali riprende vigore, perciocchè le leggi dello Stato obbligano e proteggono i sudditi anche fuori del territorio, e sono promulgate con questo intendimento che, rimpetto alle persone originariamente e personalmente soggette alla podestà dello Stato, le medesime non perdano la loro forza obbligatoria, nè privino il suddito della protezione della patria sua solo perchè abbia posto il piede fuori del territorio. Gli è vero che per tale uscita l'esercizio di questa giurisdizione resta sospeso, perchè le nostre leggi non possono venire attuate all'estero nè per punire, nè per proteggere senza violare il territorio di uno Stato indipendente. Ma rientrando il suddito, cessa l'ostacolo, è tolta la causa della sospensione; riprendono quindi vigore e per punire e per proteggere le leggi patrie; si può imputare al suddito il reato commesso in terra straniera contro un suddito e per cui non fu punito, e

(1) Cod. pen., art. 10.

chiedergli conto del dovere che aveva di osservare le leggi patrie anche in terra straniera tanto più (diciamo) rimpetto ad un suddito che aveva diritto alla loro protezione.

Tuttavia non è a negare che nel proposto caso manca uno degli elementi del reato, perchè essendo esso eseguito in terra straniera, manca lo scandalo, o, se non manca, la impressione è minore di quella che lo stesso reato commesso in paese produrrebbe sugli animi.

Adunque mancando o scemando di forza uno degli elementi della punizione ordinaria, rettamente la legge dichiara, che la pena possa essere diminuita di un grado (1).

Un'altra conseguenza deduce giustamente la legge dall'essere in questi casi minore lo scandalo. Ed è che, mentre vuole che contro il suddito rientrato si debba procedere d'ufficio se egli è imputato di un crimine, perchè la gravità del fatto non può a meno di estenderne il timore e lo scandalo anche nel territorio dello Stato; qualora all'incontro sia caso d'un semplice delitto, trattandosi di reato men grave, il Pubblico Ministero non altrimenti possa procedere salvo che il suddito offeso ne porga querela (2).

Forse alcuno potrà domandare, perchè la legge faccia solo menzione del caso che il suddito sia rientrato nel territorio dello Stato, ed omette affatto quell'altra ipotesi, che il suddito reo sia consegnato da altri governi. La legge la omise con ragione, perchè, secondo le regole del diritto internazionale, nel caso di cui trattiamo l'extradizione ai tribunali del luogo d'origine non può, nè deve verificarsi.

(1) Cod. pen., art. 6.

(2) Cod. pen., art. 6, alinea.

Per vero già si disse come secondo le regole del diritto internazionale l'extradizione debba farsi solo a quel governo a cui compete la giurisdizione sul reato che trattasi di punire. Ora niun dubbio che la giurisdizione principale sui reati commessi in estero territorio, benchè da sudditi contro sudditi, appartiene ai tribunali del luogo del commesso reato, competenti, come si disse, sì per ragion del fatto che più facilmente può ivi essere provato, e per la necessità dell'esempio e di riparare lo scandalo, e sì per ragione delle persone soggette pur sempre ai medesimi in qualità di sudditi temporarii. Se dunque avvenga che il governo di un terzo Stato, in cui il suddito riparò, possa o voglia consegnarlo, l'extradizione dovrà farsi ai tribunali del luogo del commesso reato, non ai tribunali del luogo d'origine. Gli è perciò che la legge omette la ipotesi che il reo sia consegnato da altri governi.

Il suddito può aver delinquito all'estero non più (come nell'ipotesi finora discorsa) contro un suddito, ma contro uno straniero. È a ripetere quello che abbiamo detto più volte, che, cioè, la prima e principale giurisdizione cui va soggetto il delinquente, si è quella del luogo del commesso reato. Ond'è che se i tribunali di questo luogo abbiano tenuto giudizio contro il suddito delinquente e lo abbiano assolto, oppure, avendolo condannato, abbia scontata la pena; rientri pure nel territorio dello Stato, in tutti i casi egli andrà esente da qualunque giurisdizione, perchè la giurisdizione sopra il reato da lui commesso venne pienamente esaurita (1).

Ma posto che egli non sia stato giudicato dai tribunali

(1) Cod. pen., art. 6, 10.

del luogo del commesso reato, o che condannato abbia potuto, evadendosi, sfuggire la pena, rientrando nello Stato potrà forse il suddito delinquente essere ricercato dai tribunali della patria sua? Occorre innanzi tutto distinguere tra i crimini ed i delitti.

Quando sia caso di *un crimine*, devesi richiamare quel principio, già dimostrato più sopra, pel quale trattandosi di suddito ricoveratosi in patria, è vietato ai governi stranieri di riclamarne l'estradiizione, ed allo Stato di concederla. Adunque se commesso in estero territorio un crimine contro uno straniero il suddito trova mezzo di rifugiarsi impunito in patria, indarno lo Stato offeso ne reclamerebbe la consegna.

Si renderà dunque la patria protettrice e complice dei crimini de' suoi figli?

No: essa non è tenuta a consegnarli alla giustizia straniera, *ma alla condizione di sostituirvi la propria.*

Eppertanto il suddito che rientra impunito *del crimine* verrà giudicato e punito dalla sua patria stessa.

Ma se rientra impunito di un *semplice delitto*?

Il governo straniero non potrebbe in senso assoluto tenere alla patria del reo lo stesso linguaggio — o consegnarlo o puniscilo tu stessa — perciocchè nei reati men gravi, la qualità stessa del fatto esclude in generale l'obbligo di consegnare, quand'anche si trattasse non di regnicoli ma di stranieri. Tuttavia la categoria *dei delitti* è amplissima e molto varia per qualità di reati, e colpe assai gravi ben potrebbero ancora nascondersi sotto questa denominazione: perciò se un suddito rientra in patria impunito *di un delitto* commesso all'estero contro stranieri, la legge non lo assolve affatto, ma si riferisce, quanto ai

casi di doverle giudicare e punire, agli usi reciproci, che appariscano correre tra paese e paese (1).

E così sottoposta ad accurata e regolare analisi la legislazione italiana sopra una sì delicata materia, appare come essa ne abbia dato un regolamento compiuto, perfettamente razionale, e degno di essere imitato.

(1) Cod. pen., art. 6, ult. alinea.

Avvertiamo, che l'articolo 8 Cod. pen. estraneo ai principii del diritto internazionale non contiene che disposizioni di buona pulizia interessanti i due Stati limitrofi, nello scopo di tutelare *al confine* la pubblica sicurezza contro i grassatori.

CAPITOLO III.

**Continuazione — contro chi si eserciti l'azione penale — delle immunità :
delle garanzie politiche ed amministrative.**

L'azione penale colpisce tutti i delinquenti nel territorio, e secondo certe norme li insegue ancorchè si rifuggano in terra straniera (1): in certe condizioni l'azione penale si estende ben anche a fatti commessi in paese estero (2).

Ora avviene in senso inverso, che nel territorio stesso talvolta la giurisdizione penale si ritragga dinanzi *all'inviolabilità e alla immunità*.

Per la natura invariabile della monarchia, ogni giurisdizione emana dal Re; la persona del monarca è sacra ed inviolabile. La inviolabilità, e la superiorità stessa del monarca alla giurisdizione che emana da lui, impediscono che le giurisdizioni dello Stato lo possano attingere. Gli è per questo, che pur volendone assoggettare *gli interessi patrimoniali* alle leggi ed alle giurisdizioni comuni, non vi si sottopose la persona stessa e il nome del Re, ma invece sua un *ente morale* amministrato da funzionarii che compaiono dinanzi al tribunali in nome proprio o *dell'ente morale* che amministrano, privilegio dato a nessuno,

(1) Capo primo.

(2) Capo secondo.

fuorchè al Re, secondochè suona l'antica sentenza francese — *nul en France plaide par procureur hors le Roi*.

Sono immuni dalla giurisdizione penale dello Stato anche i Sovrani stranieri, che vengono ricevuti in tal qualità dal Sovrano del territorio, in cui passano od abbiano temporaria dimora. Gli è un privilegio concesso dalla consuetudine internazionale alla dignità della nazione e del Sovrano che anche fuori della sua sede la rappresenta.

E rappresentano la nazione od il suo Sovrano anche gli agenti diplomatici, i quali godono di una immunità assoluta dalla giurisdizione penale dello Stato, presso cui furono accreditati. La necessità di guarentirli da ogni attentato e di assicurarne la indipendenza nell'esercizio del loro mandato politico, più ancora che la considerazione della dignità, introdusse, nelle consuetudini delle genti, l'accennata esenzione, conosciuta sotto il nome di *esterritorialità*.

Ma dalle immunità si hanno a distinguere le semplici garentie politiche accordate ai membri del Parlamento, o politico-amministrative concesse ad alcuni pubblici funzionarii (1). Perciocchè, intervenendo il consenso del Parlamento o del governo nei rispettivi casi le indicate persone pur soggiacciono all'azione penale. Esse adunque godono di una garentia rimpetto ad un potere discrezionale, a cui si vollero sottratti, non di una vera esenzione.

La legislazione francese tiene ancora una garentia amplissima e puramente amministrativa, in forza della quale nessun *agente del governo* può essere tradotto in giudizio per reati commessi nell'esercizio delle sue funzioni am-

(1) Ai sindaci ed ai prefetti.

ministrative, se non precede l'autorizzazione del governo medesimo. Da coloro, che ancora difendono un tale sistema, s'invoca la indipendenza dell'amministrazione dall'autorità giudiziaria, e la necessità di guarentire contro gli odii e i risentimenti privati gli agenti del governo, i quali pur debbono soventi volte, nell'adempire il loro ufficio, urtare le passioni e molti interessi personali e locali. Si pretende, che la immunità degli agenti governativi, finchè il governo stesso non ne consente il giudizio, sia non meno giusta che necessaria per rassicurarne lo zelo e per difenderli contro ingiuste persecuzioni.

Queste considerazioni però non valsero sino ad ora presso i nostri legislatori per indurli ad imitare in ciò pienamente la legge francese: e crediamo con ragione. E primieramente il principio della indipendenza dell'amministrazione dirimpetto all'autorità giudiziaria non ha qui nulla che fare. E invero non si tratta punto di dare ai tribunali facoltà di citare l'amministrazione. L'azione penale spetta esclusivamente al pubblico ministero. Ora già sappiamo, che se gli ufficiali, che lo compongono, possono per una parte considerarsi come appartenenti all'ordine giudiziario, perchè concorrono coi loro atti all'amministrazione della giustizia, e per quella specie di indipendenza di fatto che deve essere loro assicurata nell'esercizio del loro ufficio, tuttavia non è men vero che essi sono gli agenti del potere esecutivo, che essi sono nominati dal governo ed a suo beneplacito amovibili, che il governo dà loro le norme generali con cui deve esser diretta la loro azione, e che nell'esercizio delle loro funzioni debbono eseguirne gli ordini quando per circostanze straordinarie egli creda di intervenire. Gli ufficiali, di cui ragioniamo, sono dunque funzionarii intermedi tra il potere

giudiziario e il potere esecutivo, epperchè si deve ad essi piuttosto che all'una od all'altra di dette due autorità affidare l'azione penale anche quando per essa si debbano tradurre in giudizio gli agenti della pubblica amministrazione. Se da un lato il principio della separazione e dell'indipendenza dei due poteri si oppone a che i pubblici funzionarii vengano per atti di loro ufficio citati dalla autorità giudiziaria, sarebbe dall'altro esorbitante che il potere esecutivo avesse facoltà di sottrarli alle pene sancite dal diritto comune per reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni. Il pubblico ministero si presenta all'uopo quasi come una magistratura neutrale, e concilia nel miglior modo le contrarie esigenze. Nè la pubblica amministrazione può temere che gli ufficiali del pubblico ministero temerariamente traducano i suoi agenti in giudizio: perocchè, come dicemmo, l'indirizzo generale dell'azione di tali ufficiali è pur dato dal potere esecutivo, il quale in circostanze straordinarie potrà inoltre vietare l'esercizio dell'azione penale direttamente: oltre di che gli ufficiali suddetti impegnano pur sempre la propria responsabilità rimpetto al governo che può correggerli, punirli, ed anche rimuoverli dal loro ufficio.

Che se i privati lesi per avventura da un abuso di potere degli agenti governativi porgono querela, non per questo è messa in moto l'azione penale: è il pubblico ministero che la dee promuovere: ed esso in tutti i casi, e con esso il giudice procedente concludono e deliberano sulla querela come ragione e giustizia richiedono. Il pubblico ministero, responsabile in faccia al governo, e liberissimo di concludere contro la querela, non è forse un valido difensore degli agenti governativi contro il risentimento ingiusto dei privati, e sarà mestieri soffocarne an-

che i diritti, e sanzionare qualche abuso del potere sotto pretesto di garantirne lo zelo?

La costituente francese dell'89 pose questo principio incontrastabile « che *l'autorità giudiziaria non potesse citare i funzionarii amministrativi avanti di sè e chiedere loro conto del loro operato* ». Ma da questo principio non discende la *inviolabilità* dei funzionarii amministrativi: non è l'autorità giudiziaria che li chiami davanti a sè: è un funzionario, ministro giudiziario del potere esecutivo, che li chiama in giudizio. E se da un principio sì vero si trasse allora una conseguenza sì falsa, gli è che la creazione del pubblico ministero nella mirabile forma che apparve di poi non era in quell'istante ancora emersa dal ribollente lavoro legislativo. E diciamo ancora che quell'assemblea sì giustamente celebre deliberava in quei momenti sotto l'impressione della prisca potenza dei *Parlamenti*, e tutta intenta a premunire i novelli ordinamenti costituzionali e amministrativi contro quello che si chiamava ancora *Potere giudiziario*, era ben lontana dal prevedere la natura affatto innocua dei tribunali che stavano per succedere agli abbattuti *Poteri*.

Che se il consolato e l'impero inteso a fortificarsi; — e dopo di esso il governo borbonico restaurato si prevalsero delle cosiddette *garanzie amministrative* come di stromento di predominio; — se il governo degli Orleanesi nel suo impotente liberalismo *ammise* la questione di sopprimere le pretese *garentie* e non seppe risolverla; — se in una parola la dottrina in Francia reclama e la legge non trovò ancora occasione di ritornare al diritto comune; tutto questo ci rivela le origini di un errore e le cause storiche della sua permanenza, ma non deve sospingere per una falsa via la legislazione italiana. Epper ciò crediamo che

la immunità o garentia amministrativa già prima competente ai sindaci e dalle leggi del 1859 estesa ai prefetti non debba nel regno italiano più oltre allargarsi.

Ma dalla questione delle *garentie amministrative* se ne distingue un'altra, simile in apparenza, ma dipendente da altri principii. Imperciocchè anche posto per principio, che l'azione penale contro gli agenti governativi sia indipendente dal *permesso del governo*, e si faccia piena facoltà ai privati lesi da un abuso di potere di porgere querela, che debba seguire il suo regular corso, si tratterà ancor di sapere, se quando *l'amministrazione stessa sia la parte lesa dal reato* si debba attenderne la querela e l'istanza prima di procedere contro il *funzionario*, siccome avviene nei reati così detti di azione privata, nei quali si aspetta l'*istanza senza* che per questo i diritti dell'azione pubblica si credano offesi.

E veramente non poche considerazioni concorrono a consigliare, che in generale il pubblico ministero non debba tradurre in giudizio criminale i pubblici funzionarii in ragione dei reati commessi a danno dell'amministrazione, se prima non intervenga la denunzia dell'amministratore gerarchicamente superiore all'imputato. Per vero, in difetto di tale querela, il pubblico ministero manca dei documenti e degli argomenti necessari al procedimento, e così ad esempio, trattandosi di un impiegato contabile imputato di malversazione, come si constaterà il reato se l'amministrazione non comunica i registri della relativa contabilità? L'amministrazione talvolta è pure la sola che possa rettamente apprezzare gli atti de' suoi impiegati relativamente alla gestione della cosa pubblica, e riconoscere se veramente costituiscano un fatto degno di pena; perchè nella applicazione delle leggi amministrative si procede

con qualche larghezza, e molto vi possono le costumanze, la necessità del momento, le circostanze speciali, influenti in ogni caso a scemare se non a cancellare la colpeabilità e che la sola amministrazione apprezza con piena cognizione di causa. Anzi talvolta il reo non è quello che commise materialmente i fatti. Poniamo che un impiegato subalterno abbia agito per ordine dell'autorità gerarchicamente superiore: in tal caso, per quanto il fatto concerne interessi amministrativi, la responsabilità risale al funzionario da cui l'ordine emanò, e così l'amministrazione pubblica è ancora in simili casi quella sola che possa indicare il vero reo. E la medesima tiene di molti mezzi di punizione, l'avvertimento, la sospensione dall'impiego, ed anche la destituzione, per l'applicazione dei quali provvedimenti suolsi in molti casi credere l'imputato sufficientemente punito. E finalmente sappiamo che nel promuovere l'azione penale si dee pur consultare l'opportunità, perciocchè essa è introdotta a tutela dell'interesse generale, nè certamente per punire una lieve infrazione il governo si priverà di funzionarii che per ingegno, cognizioni e attività sieno in grado di rendere eminenti servigi allo Stato. Ora di tali opportunità non è forse il miglior giudice il governo medesimo?

A queste considerazioni si appoggia la pratica di non procedere *per solito* contro gli impiegati dello Stato, se l'amministrazione medesima non denunzia il reato che la danneggia.

Tuttavia la legge non erige questa lodevole pratica in regola categorica e di diritto. E veramente nol doveva, perciocchè è più conveniente lasciare al pubblico ministero la sua libertà naturale, della quale non è a temere che abusi e di cui può avvenire abbia d'uopo. Così in

certe circostanze, nei casi di flagrante delitto, quando si tratti di assicurarsi della persona del reo che colla fuga non mancherebbe di sottrarsi al giudizio ed alla pena, od occorra di accertare le tracce e gli elementi fuggevoli del reato, ed anche quando il crimine commesso sia di tal gravità che la pubblica coscienza esiga una riparazione senza riguardo alle circostanze, in vista delle quali forse l'amministrazione non la richiederebbe, il pubblico ministero deve poter procedere senza la querela, nell'un caso, per l'interesse stesso dell'amministrazione, nell'altro per l'indole del suo ufficio; perocchè, se l'amministrazione è giudice degli interessi amministrativi, il giudizio su ciò che chiegga la pubblica coscienza e sulla riparazione morale, appartiene al pubblico ministero che ne tien dalla legge il mandato.

Concludiamo, che anche nei reati degli agenti governativi danneggianti la sola amministrazione la pratica di attendere la denuncia di questa non è, nè doveva essere condizione assoluta di diritto per procedere contro il reo.

Una eccezione introduce appositamente la legge in materia di sussistenze militari: ed è l'eccezione appunto che conferma la verità della regola per noi dimostrata.

Trattasi di coloro, che individualmente, o come membri di una compagnia siano incaricati di provviste, di appalti, o di amministrazioni per conto delle armate di terra o di mare, ed abbiano fatto mancare o ritardato il servizio, o praticate frodi nella natura, qualità o quantità del medesimo: la legge li punisce: e punisce pure gli ufficiali pubblici, ed altri agenti incaricati o stipendiati dal governo del Re, che avranno prestato aiuto ai colpevoli: ma tosto soggiunge, che in tutti i casi il procedimento non po-

trà aver luogo che sopra l'istanza delle rispettive autorità superiori (1).

Si osservi che qui non si tratta già di concedere agli ufficiali pubblici una protezione speciale acciocchè non possano essere sottoposti a procedimento senza il permesso del governo. Non è tale lo scopo, nè il significato di questa disposizione, dacchè essa è comune agli appaltatori e compagnie di appaltatori. La vera ragione della disposizione si desume dalla necessità riconosciuta dal legislatore, che preventivamente l'amministrazione, chiamata a provvedere ai bisogni delle armate, giudichi della opportunità del procedimento. Ognun vede come un procedimento inopportuno contro il pubblico funzionario, e l'appaltatore incaricato di approvvigionare l'armata potrebbe esporla al rischio di mancare subitamente dei viveri, e così esporre la patria stessa a supremi pericoli. Ripetiamo che la eccezione conferma la regola generale in contrario, mostrando come negli altri casi non eccettuati il pubblico ministero sia di diritto libero di procedere per delitti di agenti governativi contro la cosa pubblica anche senza l'istanza della pubblica amministrazione.

(1) Cod. pen., art. 398, 401.



TITOLO QUARTO

Dell'azione civile nascente dal reato sotto il rispetto delle persone a cui compete, e di quelle contro cui si esercita.

Avendo nei precedenti titoli trattato dell'azione penale dal lato delle persone che la promuovono e contro cui si promuove, dobbiamo ora soggiungere alcune brevi considerazioni sull'azione civile nascente dal reato, esaminandola sotto lo stesso rispetto delle persone a cui compete e contro cui si esercita. E così faremo anche in seguito, ponendo sempre a riscontro dell'azione penale l'azione civile per farne risultare sopra ogni punto le attinenze e le differenze.

Il delitto impone nell'ordine morale la necessità della espiazione, nell'ordine sociale la necessità della punizione, e nell'ordine civile la obbligazione di risarcire il danno. Dalla duplice necessità dell'espiazione e della punizione deriva il diritto e il dovere di punire e la corrispondente azione penale. Dall'obbligo del risarcimento dei danni cagionati dal reato alle persone ed alle proprietà altrui discende l'azione civile.

L'azione civile nascente dal reato compete al danneggiato e si trasmette anche ai di lui eredi. Questo principio assoluto dell'incorporazione dell'azione civile nell'eredità del danneggiato viene ad un tempo dichiarato

dalle definizioni positive della legge (1) e dai dettati della ragione, poichè si tratta di diritti e di azioni patrimoniali. Tuttavia nelle sue applicazioni esso può dar luogo a difficoltà, che in vista della apparente semplicità del principio a prima giunta non si prevedono e che non è agevole di sciogliere se non si distingue il danno dato alle proprietà dei privati da quello cagionato alle loro persone. Quanto ai danni materiali dati alle proprietà dei privati non vi può essere difficoltà. Il danno allora consiste in una diminuzione del patrimonio, al quale è perciò inerente il diritto al risarcimento, che si trasmette col patrimonio medesimo a chi lo acquista a titolo successorio.

Ma nei reati contro le persone, a cagion d'esempio nell'omicidio, la vita estinta dal crimine, la vita che è un bene inestimabile non può trasformarsi in un valore pecuniario per incorporarsi nell'eredità lasciata dall'ucciso. Gli è ben vero che la dottrina e la giurisprudenza riconoscono alla famiglia, ai figli, al coniuge superstite un'azione civile in risarcimento dei danni. Ma questa non è più un'azione competente all'offeso e trasmessa pel suaccenato principio agli eredi; perocchè non compete agli eredi estranei. Ella è un'azione competente in proprio nome alle anzidette persone, perchè il reo, uccidendo il padre, il coniuge, tolse di vita coloro che col lavoro e coll'industria erano il loro sostentamento e per tal modo arrecò ad essi direttamente un danno che deve essere risarcito. Il qual criterio ci servirà più tardi a fine di sciogliere parecchie questioni relative a questa materia.

Ma non è solamente negli eredi, ossia nei successori a

(1) Cod. di pr. crim., art. 3.

titolo universale che si trasmette l'azione in risarcimento del danno dato. Passa questa azione eziandio in qualunque avente causa dal danneggiato o di lui successore a titolo particolare, tuttavolta che l'azione sia stata loro ceduta. Gli è vero che questo principio non è testualmente dichiarato dalla legge, ma esso non è meno certo, in virtù della regola generale che le azioni trasmissibili agli eredi sono anche di loro natura trasmissibili a qualunque altro avente causa a titolo singolare.

Fra coloro cui può competere l'azione civile dee pure annoverarsi lo Stato. Per vero lo Stato può essere considerato sotto un doppio aspetto: o quale difensore dell'ordine pubblico o quale un privato. Come difensore dell'ordine pubblico lo Stato è rappresentato dalla amministrazione di pubblica sicurezza, quanto ai provvedimenti di buon governo, e dal pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale: — come privato, lo Stato è un ente morale, una *persona giuridica* che gode dei diritti assicurati ai cittadini dalle leggi civili, ed è dotato di un patrimonio suo proprio, per cui viene rappresentato da apposite amministrazioni.

L'azione penale esercitata in nome dello Stato quale difensore dell'ordine pubblico non esclude adunque che allo Stato nell'altra sua qualità di ente morale, di parte civile lesa dal reato, possa competere l'azione civile in risarcimento del danno dato. E la disposizione della legge relativa al reato di chi attenta alla sicurezza dello Stato, volendo che il reo sia colla stessa sentenza condannato alla pena e all'indennità non fa che applicare il principio generale ad un caso speciale (1).

(1) Cod. pen., art. 181.

L'azione civile compete contro l'autore del reato, contro i complici, che in una certa misura possono anche esserne considerati come autori, ed eziandio contro gli eredi degli uni e degli altri, perchè l'azione nasce da obbligazioni civili che in qualunque modo assunte si trasmettono agli eredi dell'obbligato.

Ragionando più sopra delle diverse sanzioni dell'ordine, abbiamo detto doversi fra queste sanzioni riferire anche l'obbligazione di risarcire il danno, perchè preveduta da chi si dispone al delitto è certo un freno talvolta efficace. Sotto questo aspetto, riguardata quale una sanzione dell'ordine, parrebbe che siffatta obbligazione potesse anche considerarsi come una pena. E infatti così era stata definita dalla romana giurisprudenza, nel cui sistema le azioni nascenti dai delitti, benchè tendano alla sola ripetizione del danno, non si trasmettono, come dissero più tardi i commentatori, *passivamente* agli eredi se non in quanto l'emolumento ricavato dal delitto si trovi ancora materialmente incorporato nell'eredità: *quatenus hæres locupletior sit factus*. Ma questo sistema, benchè fondato sopra un concetto filosofico, non risponde esattamente al concetto giuridico, perchè se l'obbligazione di risarcire il danno cagionato dal reato costituisce una pena, questo non è che un suo effetto indiretto, ed il suo naturale e giuridico scopo è quello di ristabilire le cose nel suo stato secondo l'ordine di giustizia. Gli è perciò che la giurisprudenza canonica incominciò ad introdurre un sistema diverso, ed a dichiarare in nome della morale e della coscienza che questa obbligazione si trasmetteva passivamente negli eredi, e la giurisprudenza moderna accettando in questa parte il dettato del diritto ecclesiastico trasformò in obbligazione civile questo dovere morale già proclamato dalla Chiesa.

Ond'è che nel diritto moderno, sia che l'eredità del reo *locupletior facta sit*, sia che nulla abbia potuto dal reato conseguire, vi esista o nulla rimanga del guadagno ricavato, e comunque grave sia il danno dato, l'obbligazione di risarcire il danno passa indistintamente negli eredi.

L'azione civile nascente dai reati può competere eziandio contro le persone civilmente responsabili. Quali sieno queste persone viene dichiarato nel Codice civile. Esso dapprima pone i principii di ragion civile in proposito di fatti proprii, e dichiara che qualunque fatto dell'uomo, il quale arrechi danno ad altri, obbliga quello, per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno: e che ognuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente per un fatto proprio, ma ancora per la sua negligenza o per sua imprudenza (1): ed in seguito, passando ai casi in cui alcuno debb'essere garante del fatto altrui, soggiunge che ciascuno è tenuto anche pel danno che viene arrecato col fatto delle persone delle quali debb'essere garante (2).

L'obbligazione di rispondere del fatto di altre persone può nascere da quei fonti da cui tutte le obbligazioni derivano, che sono la legge e il fatto dell'uomo. Deriva dalla legge l'obbligazione dei genitori di vegliare sulla condotta dei figli; dal fatto dell'uomo quella dei precettori e degli artigiani pel tempo che tengono sotto la loro vigilanza ed autorità gli allievi ed *apprendisti* per accettata delegazione della patria potestà. Anche da un fatto *unilaterale* può nascere un simile effetto: ed è fatto unilaterale l'imprudenza del mandante il quale in affari per se medesimi leciti abbia però scelto tal mandatario e tali circostanze di tempo e di luogo, che nella esecuzione del mandato ne sia avve-

(1) Cod. civ., art. 1500, 1501.

(2) Cod. civ., art. 1502.

nuto un danno ad altrui facilmente prevedibile: sicchè in conclusione la responsabilità civile per fatti altrui proviene o da negligenza nell'esercizio dell'autorità propria o delegata, ovvero da imprudenza nel conferire un mandato.

Pure la generalità di questa regola desunta dai principii dichiarati dal Codice sembra a prima fronte contraddetta dalle disposizioni del Codice stesso, il quale dai principii passando alle applicazioni, enumera in modo tassativo le persone civilmente responsabili. Ed in prima fa menzione non già di tutti quelli, che abbiano dalla legge un'autorità sopra di un'altra persona, ma solo del padre, dell'avo, e della madre: e in seguito si fa cenno, non di tutti i mandanti, ma solo dei padroni e dei committenti pei danni cagionati dai loro domestici e *commessi* nell'esercizio delle funzioni nelle quali vennero da essi impiegati. Infine si fa parola, non di tutti coloro che abbiano un'autorità delegata ma solo dei precettori e degli artigiani pei danni cagionati dai loro allievi *ed apprendisti*.

Ma la contraddizione non è che apparente: ed un più attento esame rivela, che qui ricorre un metodo frequentissimo in legislazione civile. Sta la responsabilità generale per difetto di vigilanza di chi tiene un'autorità, e per imprudenza del mandante nel conferire un mandato: ma la prova del come il danno si potesse prevedere e si dovesse impedire sta pure di diritto a carico dell'attore, e la decisione dipenderebbe dal più sfrenato arbitrio del giudice, che forse non vedrebbe mai abbastanza provata la colpa, o troppo leggermente la imputerebbe. Epperchè la legge scendendo alle specialità prende a tassare i casi, le circostanze e le qualità delle persone con presunzioni legali. Trattasi di figli minori sotto la direzione del padre, dell'avo, della madre ed abitanti con essi? ovvero di

allievi ed apprendisti sotto la vigilanza di precettori ed artigiani? L'attore non ha da provare che il danno sofferto, e la presunzione d'imputabilità sta contro i parenti, i precettori, gli artigiani, e spetta ad essi il carico di provare in contrario, che essi non hanno potuto impedire il fatto, cagione del danno. Trattasi di danno dato da domestici, e da commessi nell'esercizio delle loro incumbenze? Sta contro i padroni ed i committenti una presunzione legale *assoluta* d'imputabilità che non ammette nemmeno la prova contraria (1). In tutti gli altri casi *non tassati* dalla legge la *responsabilità astratta* da una parte, e l'obbligo di provare dall'altra, a tenore dei principii generali, ripigliano vigore.

(1) V. Cod. civ., art. 1502. — Il terzo dei progetti di Codice civile (art. 1192) cancella dai casi *tassati* la persona dell'avo, e vi aggiunge i *tutori*. E sia pure: si varia un'applicazione, ma il metodo generale rimane lo stesso.



TITOLO QUINTO

Come si eserciti l'azione penale.

CAPITOLO I.

Della giurisdizione.

La legge del dualismo, che governa il mondo si manifesta pure nell'organismo sociale assumendo per termini estremi il Potere ed il Paese, e costituendo l'uno a fronte dell'altro come due forze che reciprocamente si moderano e si circoscrivono (1). Questa legge è una nell'intimo suo principio; ma nelle diverse età, nelle varie condizioni delle umane società riveste diverse forme d'applicazione: e il governo rappresentativo è manifestamente la forma moderna di quel principio: perciocchè sta nell'essenza del governo rappresentativo, che l'azione del Potere, così politica come amministrativa soggiaccia al *controllo* diretto degli eletti del Paese, il quale per tal modo viene a partecipare al governo amministrativo e politico dello Stato. Ma il dualismo, la partecipazione del Paese doveva

(1) *Logica del diritto*, P. I, capo terzo.

forse limitarsi ad un solo degli ufficii del Potere, all'ufficio governativo, ovvero stendersi pure all'azione giudiziaria, a quella più sublime funzione sociale, per cui si amministra agli uomini la giustizia? Alla domanda risponde la Storia.

Essa ci rappresenta sotto forme diverse il Paese a fronte del Potere anche nell'ordine giudiziario; e il sistema del *giurì penale* è manifestamente la forma moderna di applicazione di un antico principio.

Il giurì! Quante discussioni, e diciamolo pure, quante, e quanto dure esperienze esso non ci rammenta! Eppure ha potuto resistere ai più fieri attacchi, ed ora va man mano superando tutte le resistenze, e in mezzo a pericolose e non sempre favorevoli prove pur progredisce! Gli è che il valor del principio supplisce, occorrendo, al valore della istituzione. Il principio dell'intervento del Paese in confronto al Potere in ogni parte della sfera sociale è indistruttibile; l'applicazione del principio va soggetta a tutte le inopportunità, a tutti gli errori, in mezzo ai quali pur progredisce l'umanità. Il Paese non ha nè diritto, nè interesse di partecipare al governo sociale se non nella misura della sua civiltà e moralità: e quando non si sbaglia in questa misura, pur la legislazione può ancora commettere molti errori di ordinamento e di metodo. Le inopportunità, e gli errori dell'applicazione costituiscono il lato debole della istituzione; ma ripetiamo che il valor del principio difende anche la parte espugnabile della istituzione imperfettamente ordinata (1).

(1) « Je rencontre aussi le jury dans Platon. On peut avoir un excellent système de justice sans jury: la seule chose à dire est, que ce n'est pas la justice d'un peuple libre: le caractère du jury n'est pas judiciaire, mais politique: c'est l'intervention des citoyens dans le pouvoir qui les juge:

Noi intanto vediamo come, secondo il sistema moderno, a cui s'informa la vigente legge italiana, l'ufficio di amministrare la giustizia penale sia ripartito tra il Potere rappresentato dai giudici legali da esso istituiti, ed il Paese rappresentato dal *giurì*, che emana direttamente dal Paese medesimo.

Qualunque giudizio ha due parti, la ricerca, e la sentenza: e in materia criminale l'azione si svolge in due giudizi successivi, uno preparatorio e l'altro definitivo. L'istruzione preparatoria è un giudizio: infatti esso incomincia con la ricerca, e per proseguirla e concretarla chiama il contraddittorio, comunque imperfetto, dell'imputato, quando essa ne giudica venuto il momento opportuno, e sentito l'imputato medesimo nelle possibili sue difese, comunque incomplete, pronuncia la sentenza, con cui traduce l'imputato nel secondo giudizio sotto il peso di una pubblica accusa, ovvero dichiara non essere luogo a procedere ulteriormente. Or bene a questo primo giudizio invero assai anomalo, alla istruzione preparatoria, in cui predomina di gran lunga la legge della sicurezza sociale, il *giurì* non partecipa (1).

Nel secondo giudizio, che ha luogo quando l'accusa formale sia decretata dai giudici della istruzione preparatoria, noi dobbiamo distinguere:

1° L'istruzione scritta, a cui si procede sull'istanza dell'accusato: onde preparare o completare gli elementi

« il n'y a pas de grâce particulière attachée à cette intervention: son vrai mérite est de faire, que le pays se gouverne lui-même dans cette partie de l'État comme dans toutes les autres ».

COUSIN, nel suo argomento filosofico sopra *le leggi di Platone*.

(1) L'ammissione del *giurì* anche a giudicare sull'istruzione preparatoria fu nella legislazione rivoluzionaria francese un errore d'entusiasmo presto riparato dall'esperienza.

scritti della difesa, quando esso creda necessario od utile al suo intento un qualche procedimento probatorio preliminare. E questa parte del giudizio si compie ancora sotto la giurisdizione esclusiva del giudice legale (del presidente della Corte d'Assisie).

2° La discussione pubblica: essa è diretta dal presidente all'udienza della Corte d'Assisie composta di giudici legali con intervento dei giurati.

3° La conclusione dei dibattimenti: nella quale occorrono un giudizio d'analisi, un giudizio di fatto, un'estimazione giuridica, e una duplice estimazione morale. Il giudizio d'analisi è ancora pienamente devoluto al presidente, il quale partendo dall'atto di accusa, e analizzando la pubblica discussione che ne seguì, distingue le *questioni di fatto* che ne risultano, le *formula*, e le propone ai giurati. Il giudizio assoluto sulle questioni di fatto *formulate* dal presidente appartiene ai giurati. Così in materia criminale, *per quanto concerne il fatto, i giudici legali non conservano che un potere d'inquisizione e di direzione, il giurì esercita sovraneamente il potere della decisione*. Ma dichiarata in fatto l'esistenza del crimine, ne segue l'estimazione giuridica, e una duplice estimazione morale: quella è riservata ai giudici legali, questa fu ripartita tra i medesimi giudici ed il *giurì*. I giudici dichiarano quale sia la legge da applicarsi al fatto (estimazione giuridica): e la applicherebbero con un sillogismo, se la disposizione penale fosse semplice, invariabile e certa; ma in quella vece spaziando la legge fra due limiti *massimo* e *minimo*, il giudice non altrimenti la può applicare, salvo premettendovi un apprezzamento morale di tutte le circostanze del reato, risultanti dal dibattimento, onde fissare *in concreto* (nei limiti della legge) la pena moralmente giusta e politica-

mente necessaria (estimazione morale, connessa coll'estimazione giuridica). Ma i giurati stessi nell'affermare l'esistenza del crimine hanno facoltà di dichiarare l'esistenza di *circostanze attenuanti* senza specificarne gli elementi positivi di fatto, e come pura espressione della loro coscienza (estimazione morale del crimine attribuita ai giurati). La quale dichiarazione impone ai giudici l'obbligazione di diminuire la pena legale di un grado.

Così procede fra i giudici legali ed i giurati l'azione e la giurisdizione penale per crimini.

Quanto ai reati minori (delitti e contravvenzioni) rivive intiera la potestà dei giudici legali.

L'azione penale per le contravvenzioni si porta direttamente alla cognizione dei giudici di mandamento, dalle sentenze dei quali è concesso l'appello ai tribunali di circondario.

L'azione penale per delitti si porta *in via di citazione diretta* ai tribunali di circondario, salvo il diritto di appellazione alla rispettiva Corte di Appello (sezione degli appelli correzionali). Ma in tema di delitti *la forma della citazione diretta* è una semplice facoltà del Pubblico Ministero, il quale può ricorrere anche per essi alla istruzione preparatoria quando creda di averne bisogno.

A tutte le giurisdizioni penali sovrasta sempre la Corte di Cassazione, la quale sulla domanda della parte che vi ricorre annulla i giudicati per violazione e falsa applicazione della legge. Così in materia di contravvenzioni e di delitti l'ordinamento della giurisdizione penale è perfettamente analogo a quello della giurisdizione civile, fondato anch'esso sulla base di un doppio esame libero in due successive istanze formanti un solo e compiuto giudizio, e sul principio di una suprema tutela della legalità.

Se non che essendo la legalità in materia penale *strictissimi juris*, la giurisdizione della Corte Suprema non potrebbe spaziare interpretando il diritto, con quella estensione che abbiamo veduto verificarsi nelle materie civili. — Ma in materia di crimini e di pene criminali che sono le più gravi, la guarentigia del doppio esame *potrebbe parere* ordinata imperfettamente con aperta contraddizione della legge che nei più gravi pericoli concederebbe garanzie minori. Perciocchè l'imputato di crimine vien tradotto immediatamente dalla istruzione preparatoria al giudizio della Corte di Assisie, che in quanto al fatto è giudice sovrano, salvo solo il ricorso contro le di lei sentenze alla Corte di Cassazione per violazione e falsa applicazione della legge. Ora nella istruzione preparatoria si fa bensì un primo esame, che può condurre alla dichiarazione non farsi luogo a procedimento, ma cotesto esame segue in gran parte in assenza dell'imputato, e quando poi vi si chiama ed è sentito nelle prime sue difese, quali può farle all'annunzio dell'imputazione che gli si fa colle relative interrogazioni, non gli vien data comunicazione del processo istruito e delle prove raccolte contro di lui, ond'è che nella istruzione preparatoria la difesa dell'imputato riesce estremamente imperfetta e manchevole. E veramente non si dirà, non si potrà mai sostenere, che la guarentia del doppio esame sia concessa anche all'imputato in modo pieno e perfetto: ma tengono luogo di questa le guarentigie ben altrimenti potenti, che scaturiscono dal sistema stesso e dall'indole del *giuri*, il quale, come la ragione prevedeva e l'esperienza ha confermato, rassicura per sua propria ed intima natura, l'interesse dell'individuo al più alto grado possibile, benchè forse non protegga in egual grado l'interesse sociale. — E qui sta

tutto il *tormento* della legislazione, la quale finora si affanna indarno a sciogliere un terribile dilemma proposto alla povera umanità: se stabilisce a reprimere i crimini una più severa giurisdizione, la legge ne teme i possibili errori, e trema per l'innocente, che fra i mille colpevoli potrebbe per avventura cadere ingiustamente colpito. Che se si rivolge ai giudici popolari non avvezzi alla severità dei giudizi, se chiama i benigni, gli indulgenti *giurati*, la legge trema ancora per gli innocenti: non già per quelli che usciranno *con molti colpevoli* dalle mani dei giurati, ma sì per quegli altri non meno degni di pietà, che cadranno vittima degli assassini incoraggiati da maggiori speranze d'impunità (nuova manifestazione della legge del dualismo, che impera sull'universo).

Ma vi ha un genere di reati, per cui la competenza esclusiva del *giurì*, qual rappresentante diretto del paese in confronto del potere è manifestamente fondata in ragione. Questi sono i reati politici, nei quali il Potere, essendo o potendo essere *parte*, non debbe essere giudice. Epperò la cognizione di qualunque reato di natura essenzialmente politica appartiene alla Corte di Assisie, senza distinzione tra crimini e delitti: nel che la vigente legge diede alla ragion filosofica un'assai ampia soddisfazione (1).

Il *giurì* debbe avere *idoneità*, *imparzialità*, e *la piena fiducia delle parti*, tra cui è chiamato a giudicare. Epperò alla sua formazione concorrono *la scelta*, *la sorte* e *l'accettazione*. *La scelta* adempie, ovvero è destinata ad adempiere la condizione della *idoneità*: ond'è che alla scelta prendono parte i corpi amministrativi che emanano direttamente dal paese, e i più eminenti funzionarii dello Stato,

(1) Cod. pr. pen., art. 9.

, e così vi concorre tutto ciò che di migliore e di più idoneo il paese e lo Stato racchiudono nel loro seno — dopo la scelta sopraggiunge la sorte, la cieca sorte: essa è il simbolo più perfetto della imparzialità. — Ultima viene la libera accettazione dell'accusatore e dell'accusato: alla quale condizione si adempie col sistema ingegnoso della libertà delle *ricusazioni perentorie non motivate*, e limitate solo dalla condizione, che non si ricusino tutti i giudici e non si renda impossibile il giudizio (1).

Tali sono i principii che segue la legge nel chiamare i giurati alle sessioni delle Corti di Assisie, e nel comporre il *giuri* per ogni singolo giudizio. Ma dai principii di ragione alla pratica loro attuazione quanto ancora ci corre! — *dicta pulchra, ab usu remota*. — Ciò però sia detto delle leggi imperfette. Crediamo al progresso, alla perfettibilità d'ogni cosa, e solo deploriamo fra le tristi sorti dell'umanità, anche questa, che negli ordinamenti sociali più rilevanti si proceda spesso per impeto e ne sia poi ritardata la revisione o per incuria degli uomini ed anche perchè resa dalle circostanze impossibile per lungo tempo (2).

(1) Parlando dei *giurati* (*judices jurati*), che la legislazione romana ammetteva nei giudizi civili e criminali col sistema della sortizione e delle *ricusazioni perentorie*, l'oratore romano diceva « *neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset* ». Cicero pro Cluentio, cap. 43.

(2) Nei giudizi criminali si rappresenta la questione della competenza *ratione materiae*, e *ratione loci*. Della competenza *ratione materiae*, secondochè si tratta di crimini, delitti, o contravvenzioni, di reati comuni, o politici, abbiamo detto nel presente capo. Riserviamo la questione della competenza locale alla sezione terza di questo primo libro.

CAPITOLO II.

Della polizia giudiziaria.

Perchè il Pubblico Ministero sia in grado di promuovere coll'azione penale il processo inquisizionale, bisogna che prima acquisti la notizia del crimine e dei primi suoi elementi o indizii, che di poi si dovranno svolgere nel processo inquisizionale secondo quelle norme che la legge ha dettate nel supremo interesse sociale e conciliabilmente con esso anche a garanzia dell'individuo. Ora porgere al Pubblico Ministero la notizia del crimine commesso e dei primi suoi elementi o indizii, gli è questo l'ufficio della polizia giudiziaria.

Aiutano questo ufficio:

1° La denuncia: la può fare qualunque cittadino, purchè si tratti di reato di tal natura, che ne sia permessa l'inquisizione d'ufficio anche in difetto di querela della parte lesa, e purchè la denuncia si faccia nella forma legale, e così il denunciante ne assuma la legale responsabilità. Nel che appunto la denuncia, che muove da patriottismo e da spirito di giustizia, si distingue dalle oscure delazioni, che la storia e la coscienza sì altamente e sì giustamente condannano;

2° La querela: essa si porge per ogni reato senza

distinzione dalla persona, che ne sia stata offesa o danneggiata, e da chi in tale ufficio la possa per legge rappresentare. La querela accompagnata dalla istanza perchè si proceda adempie *la condizione* dell'azione penale nei reati *così detti* di azione privata; e negli altri in cui si procede anche d'ufficio impone al Pubblico Ministero uno speciale doverè, che apprezzeremo più tardi, e che dalla semplice denuncia di un terzo non risulterebbe;

3° Le dichiarazioni: sono denunce che debbono fare, sotto le pene comminate dalla legge, gli esercenti l'arte salutare, e qualunque ufficiale di sanità, che in caso di venefizio, di ferimento, od altra offesa corporale qualunque proveniente o sospetta di origine criminosa, abbiano prestato i soccorsi dell'arte;

4° I rapporti: ogni autorità, ed ogni ufficiale pubblico che nell'esercizio delle sue funzioni acquisti notizia di un crimine o di un delitto di azione pubblica è tenuto di farne rapporto e di trasmettere gli atti e i documenti relativi direttamente al Pubblico Ministero. In conseguenza se nel corso di un giudizio civile insorga ragionevole argomento dell'esistenza di un reato di azione pubblica, gli stessi giudici e tribunali civili sono tenuti d'informarne il Pubblico Ministero.

Così tutte le autorità, gli ufficiali e i funzionarii dell'ordine governativo e giudiziario possono per accidente diventare ufficiali di polizia giudiziaria. Ma gli ufficiali diretti della polizia giudiziaria sono:

1° I funzionarii civili dell'amministrazione di pubblica sicurezza, i quali dovendo in ragione del loro ufficio prevenire possibilmente i reati, si trovano in grado ed in obbligo di ricercare notizie di quelli che in onta alla polizia amministrativa e di prevenzione si sono commessi;

2° Gli ufficiali della forza pubblica per quella parte che è destinata a vegliare e a proteggere la quiete pubblica, la sicurezza delle persone, e l'ordine interno dello Stato;

3° Gli amministratori (i sindaci) dei comuni, che pur sono ufficiali di pubblica sicurezza nel governo locale ad essi affidato;

4° I giudici di mandamento, per quanto siano avvertiti dalla voce pubblica, o da altri ufficiali di polizia giudiziaria, o da querele, denunce, o dichiarazioni, le quali si possono recare a qualunque ufficiale di polizia giudiziaria, ed anche direttamente al Pubblico Ministero, ma più abitualmente si fanno nelle giudicature di mandamento;

5° I giudici istruttori, per quanto acquistino notizia di un reato in una delle testè accennate maniere.

La polizia giudiziaria serve, come abbiain detto, al Pubblico Ministero, epperchè si esercita sotto la di lui dipendenza. Onde avviene questo notevole effetto che *in qualità di ufficiali di polizia giudiziaria* siano subordinati al Pubblico Ministero quei medesimi giudici istruttori, i quali nel processo inquisitoriale pur adempiono dirimpetto al Ministero Pubblico quelle funzioni che adempie un giudice dirimpetto all'attore (1).

Gli ufficiali della polizia giudiziaria deferiscono, come dicemmo, al Ministero Pubblico la notizia del reato e i

(1) Quanto alle contravvenzioni in genere, e rispetto ai delitti e alle contravvenzioni *che recano danno alle proprietà rurali*, la legge ha destinato *agenti speciali* con incombenze più estese del semplice ufficio di polizia giudiziaria *stricto sensu* intesa: perciocchè essi *accertano* i reati con processo verbale faciente fede in giudizio (*).

(*) Cod. pr. pen., art. 58 e seg.

primi elementi venuti con essa ; a ciò *regolarmente* si limita il loro ufficio ; ma in caso di *flagranti reati* e di *urgenza*, le loro facoltà si allargano ad operazioni, che propriamente appartengono al processo inquisizionale, ossia all'istruzione preparatoria. Ne diremo a suo luogo.

CAPITOLO III.

Della istruzione preparatoria; del suo metodo e de' suoi mezzi.

Non vi ha fenomeno, cosa, fatto e persona, che esistano isolati nella natura esteriore, la quale è una *totalità*, e le singole parti di essa stanno tra di loro in mutua dipendenza. Ciascun fatto, ciascuna persona è come un centro, da cui s'irradiano innumerevoli relazioni che conducono ad altri fatti, ad altre persone. Le quali relazioni impossibili a descriversi nelle loro specialità infinitamente varianti si possono però tutte ridurre al rapporto *di causa ed effetto*, purchè si ritenga che la causa è *fisica o morale, efficiente o finale*. Gli è questo il vincolo universale che lega in mutue relazioni tutti i fenomeni esterni: è questa la base, da cui parte *l'induzione* risalendo da un effetto noto ad una causa ignota, o *viceversa*; e procedendo così da un fatto che conosce, perviene alla cognizione di un altro fatto, che non conosceva ancora (1).

L'istruzione preparatoria criminale procede *per induzione ipotetica*: e poichè il fatto noto o verificabile è il *corpo del reato*, ignoto è il delinquente, essa prende per base delle

(1) *Logica del diritto*, P. I, cap. 12.

sue ricerche il corpo stesso del reato. Perchè commise il crimine lungi dalla vista degli uomini, l'assassino si tiene diviso dal suo misfatto, libero e sciolto come se il fatto già fosse perduto nel nulla: ma s'inganna; dal corpo stesso del crimine s'irradiano e si diffondono moltissime e svariatissime relazioni, che sono come le catene invisibili, le quali legano il reo al suo delitto, e lo traggono tosto o tardi al cospetto della giustizia.

Adunque il processo inquisitoriale debbe innanzi tutto *accertare e descrivere diligentissimamente il corpo del reato.*

Considerato nella massima sua generalità *il corpo del reato* presenta all'esame del processo inquisitoriale: 1° Lo stato presente; 2° Lo stato anteriore; 3° I mezzi adoperati: perciocchè qualunque delitto produce una mutazione, e la mutazione suppone uno stato anteriore, e per operare la mutazione si adoprano mezzi.

Ma a questi tre elementi fisici del corpo del reato già rispondono sotto il rispetto morale tre altri elementi analoghi; ed il processo inquisitoriale dovrà ricercare collo stato fisico anche lo *stato morale* anteriore, coi mezzi fisici anche le cause e i motivi (il mezzo morale) del delitto; e infine cogli effetti fisici anche gli effetti morali che il crimine suol produrre: nè il processo inquisitoriale si arresta a ricercare i detti elementi nel *loro essere immediato*; ma li segue di mezzo in mezzo sino ai più remoti riscontri; tutto raccoglie, nulla omette o trascura, perchè nella incertezza dei futuri riscontri tutti gli elementi attuali sono *possibilmente* utili a chiarire la verità. — Così l'istruzione raccoglie le armi sparse, o cerca negli *intestini* la qualità del veleno (mezzi del reato), e forse più tardi saprà chi e dove abbia comperato quell'armi, ovvero troverà al

domicilio dello sciagurato il rimanente di quel veleno. *Lo stato morale anteriore* rivelando (a cagion di esempio) i modi di vivere, le amicizie, le inimicizie dell'ucciso potrà per avventura far conoscere le cause di delinquere e il delinquente; e risalendo man mano sino ai mezzi più remoti, sino *alle opportunità* che l'assassino ha dovuto cercare, si giungerà a sapere da chi e come si tentasse *d'isolare* la vittima. — E talvolta son pur terribili gli effetti morali del crimine. Caduta la vittima nelle tenebre, l'assassino si sforza di mantenere il sereno sembiante dell'innocente: ma intanto si solleva un vago rumore.... Esso risuona terribile nella coscienza del reo: la serenità del sembiante si turba: un'inquietudine indescrivibile comincia a tradirlo: ei parla spesso dell'avvenuto assassinio, lo detesta e ne dà spiegazioni che allontanino il sospetto da lui; ma il sospetto cresce; già pargli di udire i passi della giustizia che si avvanza..... Parla coi testimoni informati di circostanze aggravanti..... Si tien perduto e tenta, ma invano, la fuga: la mano vindice della giustizia lo afferra fuggente. Così talvolta è la coscienza stessa del reo, che, quasi sdegnata, lo smaschera, lo denuncia, e lo trae al cospetto del giudice.

Il corpo del reato è vario secondo la varia specie dei crimini; e in ogni specie chi potrebbe ridire l'immensa varietà delle *rivelazioni indirette*, che ne emergono? *Lo stato presente, gli effetti fisici e morali del crimine, lo stato anteriore fisico e morale, i mezzi e le cause*, tali però sono sempre le indicazioni che segue *nei loro elementi immediati o mediat*i l'induzione del processo inquisitoriale.

Ma gli indizii sono di lor natura fallibili: che dico? le prove stesse, che parrebbero le più dirette, talvolta mentiscono. Si trova un uomo ucciso di fresco nella propria

camera; ed un altro uomo ne usciva all'istante precipitosamente con in mano un'arma insanguinata..... Si grida all'assassino che fugge..... Ma l'ucciso si trovava in una condizione angosciata, e già altra volta aveva tentato il suicidio: ora il suo amico più confidente entrò nella camera nell'atto stesso che lo sventurato vibrò il colpo fatale: estrae il ferro, e corre precipitoso per ritornar con soccorsi..... Esso non è l'autore, è l'uomo il più addolorato dell'orribile caso.

Gli è dunque mestieri, che il processo inquisizionale non solo cerchi, ma *esplori* le induzioni che trova. Ora la incertezza delle induzioni ipotetiche dipende da questo, che dell'effetto noto parecchie sono le cause possibili ed una sola criminosa, ovvero di una causa nota parecchie sono le possibili conseguenze, e tra esse una sola delittuosa. Bisogna dunque esplorare ad uno ad uno i *possibili*, eliminare successivamente ciò che appariva e non è, e così procedendo per *rejectiones et exclusiones* (1) si troverà la vera causa od il vero effetto: ed in questa bisogna quei mezzi soccorreranno al processo inquisizionale? Tre sono le vie diverse, che possono condurre l'istruzione all'intento. In prima *le induzioni ipotetiche*, quando siano tutte diligentemente raccolte si *controllano* e si aiutano a vicenda: *le varie cause possibili* che turbano una delle induzioni, sono talvolta eliminate e chiarite false dai risultamenti delle altre. In secondo luogo la prova diretta (la dichiarazione di testimonii), che pur manchi l'accertamento diretto del crimine, soccorre frequentemente a chiarire certi fatti, dall'appuramento dei quali dipende il valore di una determinata induzione, *eliminando* le cause

(1) *Logica del diritto*, P. I, cap. 12.

possibili false, e rafforzando per tal modo la vera. In terzo luogo l'interrogatorio dello stesso imputato è mezzo potentissimo a dissipare le fallaci apparenze: ei solo tra i molti possibili può indicare il vero rapporto, dileguare i falsi con una semplicissima spiegazione: e se quest'arma, che la legge appresta principalmente a difesa degli innocenti, mal si maneggia dal reo, se *la causa criminosa*, resa dubbia da contrarie possibilità, acquista maggiore probabilità dalle stesse risposte del reo, se il reo lottando contro il vero scompiglia da se medesimo quei benigni supposti che prima parevano stare a sua difesa, non per questo si dovrà cessare dall'interrogare l'accusato, dal dichiarargli l'azione e le prove contro cui egli ha a difendersi, dal fare insomma nell'istruzione preparatoria quello che più tardi sarà il soggetto stesso e la base del giudizio contraddittorio.

Intanto l'istruzione non dee dimenticare lo scopo finale a cui mira il processo; lo scopo è di raggiungere la *certezza morale*, cioè quella maggior certezza che sia umanamente possibile nell'ordine pratico (1). Onde derivano le tre seguenti regole dirigenti il processo inquisizionale.

La prima è, che per nissuna prova anche la più diretta il processo abbia a dispensarsi dalla ricerca di tutto ciò che può riferirsi al reato. Parecchi testimonii degni di tutta fede depongono *de visu* che i ladri entrarono in una casa, la depredarono, e ne uscirono carichi di bottino. Non basta: si dee procedere all'accertamento del corpo del reato, per quanto si possa ricomporre; — all'esame dello stato attuale dei luoghi, dei mobili e simili; — all'esame dello stato anteriore sì fisico che morale, vale a dire anche della

(1) *Logica del diritto*, pag. 161.

condizione della famiglia, che presumibilmente possedesse quanto si dice essere stato rubato; — all'esame dei mezzi d'introduzione, di esecuzione, e di uscita senza sollevare i vicini; — infine all'esame degli effetti fisici, e ancora degli effetti morali, e cioè della sorpresa, e della angoscia del padre di famiglia al doloroso spettacolo, delle subite sue lagnanze, della subita chiamata dei vicini e simili. E in questo senso è verissimo, che *prius de corpore delicti constare debet*.

La seconda regola tiene, che dovendo il processo inquirente ricercare *elementi moltissimi di varia natura*, per ogni elemento dovrà sempre anteporre quella prova che sia la più diretta e la più propria secondo la natura di ciascheduno. Esempi:

Le tracce del reato, e qualunque altro elemento di località e di fatto *permanente* devono essere accertati colla ispezione oculare del giudice, e non colla semplice dichiarazione, *colla interposizione* di testimonii: quella è prova *immediata*, questa *mediata*:

Dove occorre l'intervento dei periti, il giudice deve assistere, acciocchè sia ritenuta *possibilmente* anche la prova *immediata*:

I periti stessi debbono possibilmente anteporre gli esperimenti esatti alle induzioni, e così (ad seempio) nelle questioni di veneficio, l'analisi chimica al semplice giudizio dei sintomi:

I corpi del reato, quali elementi di convinzione nel futuro giudizio alla Corte di Assisie, dovranno essere sottoposti alla osservazione, all'esame immediato e diretto dei giudici, e non solo mediatemente, per mezzo della descrizione che il giudice inquirente ne abbia fatta in processo. Epperò il giudice li dee sequestrare, conservare, e assicurarne l'identità:

E infine la prova più certa per documenti secondo la natura del soggetto da ricercarsi sarà sempre anteposta alla prova testimoniale: così l'età minore dell'accusato, la quale influisce sul giudizio o sul grado della pena, sarà accertata non dal detto dei testimonii ma dai registri dello stato civile. — E in genere ripetiamo che la più grave obiezione al processo inquisitoriale occorre quando si stabilisca, che nell'esame di un elemento influente le prove più dirette e più proprie furono trascurate: perciocchè l'accusa dee innanzi tutto dare questo buon conto di sè, cioè di avere, per quanto da lei dipendeva, procurato tutti i mezzi, acciocchè la giustizia acquistasse quella maggior sicurezza che fosse umanamente possibile, la perfetta certezza morale. *E questo è il diritto dell'individuo di fronte alla Società.*

Ma se le prove dirette vennero meno senza colpa degli ufficiali e giudici procedenti, risorge in tutta la sua potenza il diritto della Società di fronte al diritto dell'individuo. Se la crudele industria dell'assassino fece scomparire i miserabili avanzi della sua vittima, od anche se per una causa qualunque le traccie, e i corpi del reato subitamente scomparvero, tutte le prove suppletive saranno intanto ammessibili, il processo inquisitoriale le dee tutte diligentemente raccogliere; la discussione solenne e l'intima convinzione dei giurati giudicheranno: perocchè la garanzia della piena certezza e dell'intima convinzione, qual condizione della condanna, resta pur sempre l'indeclinabile supremo diritto dell'accusato.

Il crimine si commette nell'ombra, lungi dalla vista degli uomini: le traccie del reato possono o per natura o per arte scomparire rapidamente: il prodotto del reato, le carte di corrispondenza fra i complici, ed ogni altro documento

o riscontro relativo al fatto si nascondono nel domicilio del reo o di terzi: non appena il reo si accorgerà del processo che prende la retta via, distruggerà i documenti, si studierà d'intimorire o corrompere i testimonii, di cui teme le informazioni indirette, ne cercherà dei favorevoli, e cercherà forse anche l'impunità con nuovi delitti; e infine colla fuga potrà deludere la giustizia.

Ma l'istruzione preparatoria è armata all'uopo di pieni poteri. Essa procede secretamente, senza contraddittorio: essa costringe a comparire e deporre qualunque persona possa credersi informata di circostanze influenti: costringe anche i periti (ciò che la legge non fa per interessi meramente civili): essa non si arresta *a fronte del diritto di proprietà*, e sequestra tutti gli oggetti, a qualunque persona appartenenti, che possano avere a suo giudizio una qualche relazione col reato, e fornire qualche lume nella ricerca dell'autore o dei complici: *nè si arresta dinanzi alla inviolabilità del domicilio*, che è pure il regno dell'uomo nella sua supremazia individuale, e procede a *perquisizioni domiciliari* presso chiunque e dovunque creda possibile rinvenire riscontri: *nè a fronte del segreto delle carte domestiche*; e le esamina tutte nel corso delle suddette perquisizioni, e sequestra tutti i documenti, che creda utili allo scoprimento del vero: *nè dinanzi al segreto delle lettere commesse alla fede pubblica*; salvo le precauzioni legali: *nè dinanzi alla inviolabilità dell'ultima dimora dell'uomo*; e richiama all'uopo dalla tomba una spoglia mortale; *nè infine si arresta di fronte alla inviolabilità della stessa libertà individuale del cittadino*: perocchè, quando creda di possedere sufficienti indizii di reità a carico di una determinata persona, rilascia, benchè questa non ancora sentita, mandato di cattura, e procede senza più all'arresto della medesima.

E questo è il più rigoroso dei diritti del processo inquisitoriale: lo giustificano la *sæva necessitas*, e le colpe o le imprudenze antecedenti, e i mali portamenti, senza dei quali appena è, che gravi sospetti di commesso crimine si possano accumulare sul capo di un individuo.

Gli è vero, che la legge modera questo severo diritto sino a quel limite estremo, che ha creduto conciliabile colla sicurezza sociale. Essa vieta assolutamente il mandato di cattura e il carcere preventivo, se il delitto per cui si procede, porta ad una pena minore del carcere: quando poi il delitto per se stesso sia punito col carcere, la legge permette al giudice inquirente di estimare, secondo le circostanze, se basti un mandato di comparizione (atto di citazione a comparire e rispondere all'interrogatorio del giudice inquirente), ovvero se dimostrisi necessario un mandato di arresto: ed anche rilasciato ed eseguito il mandato di cattura, e già posto l'imputato in carcere preventivo, il medesimo potrà ancora *nel corso stesso della istruzione* venir rimesso in libertà, purchè s'accordino sopra ciò il giudice istruttore e il pubblico ministero. Quando poi entrambi, o l'uno o l'altro ricusino, la legge provvede ancora assai largamente, se si tratti solo di delitto benchè punito col carcere. Perciocchè l'imputato di un reato correzionale, detenuto in carcere preventivo, offrendo cauzione e prestandola nella misura che deve essere determinata dal giudice, acquista diritto senz'altro di essere ammesso alla libertà provvisoria, siachè si prosegua ancora l'istruzione preparatoria, o già siasi fatto passaggio al giudizio formale: e il provvedimento emana in via incidentale sulla domanda dell'imputato da quei giudici stessi, dinanzi ai quali pendono l'istruzione, o il giudizio.

Infatti lo scopo precipuo della detenzione preventiva è

d'impedire la fuga dell'imputato. Ora la fuga non lo sottrae al giudizio ed alla pena che ne possa seguire, salvo alla condizione che il fuggente s'imponga un esilio perpetuo o indefinito, giacchè, rientrando, il giudizio e la pena lo attendono senza riguardo ai già sofferti disagi. Egli dee abbandonare per sempre la patria e la famiglia, i suoi stabilimenti, i suoi interessi, rinunciare alla difesa, e rendere quasi certo il disonore della condanna in contumacia, il disonore, che segue il contumace anche fuor della patria, e colpisce di certo la famiglia che resta. Ai quali sacrificii non è verisimile che si rassegni l'imputato per solo timore di qualche mese e sia pur anche di qualche anno di carcere. Quando adunque si aggiunga la cauzione di non fuggire e la cauzione sia veramente proporzionata alle circostanze, rettamente la legge vigente ha stabilito che l'imputato non solo *possa* (come dichiaravano le precedenti leggi) ma *debba* ammettersi alla libertà provvisoria pendente l'istruzione e pendente il giudizio.

Non così se si tratta di crimini puniti con pene capitali, o perpetue, e in tutti i casi con pene corporali infamanti. Sull'animo di questi facinorosi nulla possono i sentimenti di patria e di famiglia: l'esilio anche perpetuo è preferibile ai lavori forzati, dai quali anche liberato il facinoroso infamato non troverà più nella sua patria un riposo onesto, un tollerabile rifugio. E importa pure nelle inquisizioni capitali assicurare con tutti i mezzi le prove, impedirne l'alterazione, impedirne il concerto tra i complici, e tutelare la sincerità e forse anche la vita dei testimoni contro i più disperati tentativi del reo. Giustamente adunque comanda la legge, che nelle inquisizioni criminali il reo ed i complici siano sempre chiamati sotto la sicurtà di un mandato di cattura, e nega ai me-

desimi in pendenza dell'istruzione e del giudizio ogni possibile beneficio, per parte di chicchessia, di libertà provvisoria.

Tracciati così il metodo ed i mezzi dell'istruzione preparatoria, passiamo ad un altro esame.

CAPITOLO IV.

**Della istruzione preparatoria sotto il rispetto delle autorità
che vi prendono parte, e della procedura.**

La istruzione preparatoria va considerata in tre distinti stadii: 1° dalla prima istanza del pubblico ministero sino alla chiamata di un imputato con mandato di comparizione o di cattura; 2° da questa chiamata sino al compimento del processo istruttorio; 3° dal compimento del processo sino alla sua decisione con ordinanza del giudice istruttore, e con sentenza della sezione di accusa, per cui o si dichiara non farsi luogo a ulteriore procedimento, ovvero l'imputato sia tradotto in giudizio formale.

L'istruzione procede sotto l'autorità del pubblico ministero, e del giudice istruttore, il quale, non appena incominciata l'istruzione, sveste, quanto ad essa, la qualità di ufficiale di polizia giudiziaria dipendente dal pubblico ministero, e assume la qualità indipendente di giudice del processo e di tutte le istanze relative, sulle quali statuisce con ordinanze: le sue ordinanze soggiacciono in grado di appello, o, come dice talora la legge, *in via di opposizione*, alla giurisdizione della Corte di Appello, sezione di accusa.

Ricevuta la notizia del crimine e dei primi suoi elementi dalla polizia giudiziaria, il pubblico ministero promuove

istanza acciocchè il giudice istruttore proceda all'istruzione preparatoria: da quel punto s'intende proposta l'azione penale, e incamminata senza possibilità di recesso nelle vie legali. — E cinque sono le specie di operazioni che occorrono in questo primo stadio della istruzione preparatoria, cioè: l'accertamento, gli esami, le perquisizioni, i sequestri e i mandati. Imperciocchè occorre innanzi tutto procedere allo accertamento delle tracce e del corpo del reato; indi esaminare tutte le persone, che si presumano informate di fatti e di circostanze influenti; perquisire i domicili nei quali si speri di ritrovare oggetti, o carte utili, a chiarire la verità; sequestrare questi oggetti e queste carte, e quelli innanzi tutto che sul luogo stesso del reato si rinvenissero all'occasione degli atti di accertamento; e infine, quando siansi acquistati sufficienti indizii contro una determinata persona, chiamarla per essere interrogata con mandato di comparizione o di cattura, onde la istruzione passa dal primo al secondo stadio.

E poichè l'esercizio dell'azione penale spetta esclusivamente al pubblico ministero, l'istanza di questo è necessaria per dar moto al processo. Ma proposta appena l'istanza anche generica, il giudice istruttore acquista pienissima facoltà di procedere senza più alle prime quattro operazioni in quei modi che il progressivo svolgimento del processo gli suggerirà grado a grado siccome più utili a raggiungere l'intento di determinare la vera natura del reato e scoprirne gli autori ed i complici. Sta bensì nell'ufficio del giudice istruttore di ordinare la comunicazione degli atti al ministero pubblico quando le circostanze la dimostrino opportuna; e sta nell'ufficio del pubblico ministero di richiederla, quando la creda conveniente; e nel corso dell'istruzione lo stesso ministero pubblico in qualità

di attore proporrà tutte le analoghe istanze, e il giudice istruttore vi provvederà con ordinanze, sulle quali la sezione di accusa ad istanza dell'attore pubblico può essere chiamata a pronunciare in grado di appello: ma ripetiamo, che a tenor di diritto promossa la prima istanza generica, il giudice inquirente è competente da sè senza ulteriori istanze speciali a proseguire tutte le ricerche sino al mandato di comparizione o di cattura *exclusive*: onde si rileva, che il giudice inquirente non solo giudica, non solo eseguisce ciò che ha ordinato come giudice, ma assume una funzione, che non è nelle funzioni ordinarie e generali de' giudici, dico la funzione di prendere *parte attiva* al procedimento, e nei singoli atti *spontanea*, in una parola, la funzione d'*istruttore* come porta il titolo stesso, onde si denomina il suo ufficio. Manca dunque la *guarentigia dello stato passivo* del giudice; perocchè dall'*attività* nasce per l'*imparzialità* più d'un pericolo. Tuttavia l'*istruttore* è *giudice*; la legge lo dichiara a *guarentigia* dei singoli cittadini: esso è posto tra la Società che si accinge ad accusare, e l'individuo che è, ovvero sarà imputato, benchè ora assente, e forse ancora sconosciuto, epperchè la legge ingiunge espressamente di procedere e d'*inquisire* tanto a *carico*, quanto a *discarico*: l'*istruttore* rappresenta ad un tempo la Società e l'individuo, o, diciam meglio, esso rappresenta l'interesse della *verità*, che egli è incaricato di ricercare e possibilmente ristabilire nel suo integro essere. Adunque il giudice inquirente, quando esplora i testimonii, gli indizii e le carte, dee ricordarsi della *imparzialità* del suo ufficio tra due parti contrarie, e quando il medesimo ordina una perquisizione domiciliare, e l'arresto di un cittadino, indicato dal processo ma forse innocente, ed immerge una famiglia nel lutto, si sovrerà

ancora che la ordina come giudice e colla responsabilità morale del magistrato che libra tutti i diritti e tutti gl'interessi. La legge nel primo stadio del processo inquisizionale incalzata dalla *sæva necessitas* non poteva concedere altra garentia, nè altra difesa, e si vide costretta d'imporre al giudice un *ufficio attivo* difficilmente conciliabile col mero ufficio di *giudice*: ma pure accorda una *garentia al diritto dell'individuo* e dichiara *giudice* il magistrato inquirente; nè fia, che questa se ne rimanga in pratica qual vana e dimenticata denominazione.

Nel primo stadio l'inquisizione procede, per così dire, *concepta in rem*: quando siano emersi sufficienti indizii contro una persona determinata, allora l'azione penale già proposta *sul fatto* si deve rivolgere e proporre *in personam*: a ciò dunque si doveva richiedere, e la legge richiede espressamente l'intervento del pubblico ministero, a cui sempre appartiene l'esercizio dell'azione penale: ond'è che il giudice istruttore non può chiamare con mandato di comparizione o di cattura, e costituire nella condizione *d'imputato* un determinato individuo, se prima il pubblico ministero o d'ufficio o ad eccitamento dello stesso giudice non spiega le sue conclusioni in proposito. Il giudice statuirà con apposita ordinanza, *appellabile*, come tutte le altre sue ordinanze, alla sezione di accusa, se il giudice non avrà secondato le richieste del pubblico ministero, e questo non vi si acquieti.

Poichè il processo inquisizionale si conclude con una sentenza, l'imputato doveva prima essere sentito nelle possibili sue difese, e a questo effetto interrogato. Tale si è lo scopo diretto e conforme a ragione dello interrogatorio che si rivolge all'imputato chiamato nel processo inquisizionale. Ma i risultamenti interi del processo, che

probabilmente dovrà essere continuato, e che il reo, conoscendolo, potrebbe co'suoi maneggi viziare nell'ulteriore suo corso, non gli devono essere comunicati. Se l'imputato ad ogni interrogazione dilegua i sospetti, e fornisce maggiori lumi, il giudice inquirente proseguirà di circostanza in circostanza, di domanda in domanda, e finchè spera utili spiegazioni non si arresterà, e potrebbe per avventura anche esaurire gli elementi dell'istruzione, chiuderla e dichiarare senz'altro con sua ordinanza definitiva non essere luogo a procedimento ulteriore. Ma se all'incontro il reo nelle prime risposte è ridotto a mentire, o ad oscurare possibilmente non a chiarire la verità, abolita già da lungo tempo la *tortura corporale* dalla legislazione incivilita, il giudice inquirente non assoggetterà l'imputato ad una *tortura morale*, inutile sempre e spesso nociva alla verità, e cesserà dall'interrogare e rivelare il processo nell'interesse medesimo della istruzione che dovrà nel nuovo e più certo suo indirizzo essere continuata e compiuta.

Era dunque impossibile definir la cosa con regole più certe e speciali: tutto quello che può dire la legge si riduce a questo, che gli interrogatorii debbono essere chiari, precisi, e diretti ad accertare imparzialmente i fatti, e che l'imputato s'interrogherà sopra ogni circostanza atta a chiarire la verità. Un solo precetto speciale ha dato la legge, ed è, che si presentino all'imputato tutti gli oggetti costituenti il corpo del reato, al fine di farglieli riconoscere, e lo s'interPELLI sulla provenienza e sulla destinazione di quegli oggetti che riconoscesse, e a dichiarare come esistessero presso di lui (1).

(1) Pr. pen., art. 225, 227.

Abbiamo sinora tracciato il *processo normale* della istruzione preparatoria. Ma la legge vi deroga in più modi, e dove regolarmente si richiederebbe il concorso del pubblico ministero e del giudice istruttore, abilita a procedere anche solo l'uno o l'altro di essi, o in vece loro anche gli ufficiali inferiori di polizia giudiziaria, e ciò in vista della gravità e dell'urgenza dei casi, della flagranza del reato, del pericolo nel ritardo. Trattandosi di deviazioni dal processo normale, le condizioni della legge, che in certi casi accorda facoltà straordinarie, dovranno essere diligentemente osservate. Percorriamo rapidamente questi casi eccezionali.

1° Nei casi urgenti e gravi il giudice istruttore prende l'iniziativa. *Nei casi urgenti e gravi o quando altre particolari circostanze lo esigano* (dice la legge con formola amplissima) il giudice istruttore *dovrà trasferirsi sui luoghi per procedere agli atti che crederà opportuni: egli richiederà in tali casi la presenza del procuratore del Re senza però ritardare le sue operazioni* (1).

E quando sia il caso di temere la fuga dell'imputato, il giudice è autorizzato a rilasciare mandato di cattura sulla semplice querela o denuncia: ed anche, astrazion fatta dal timore di fuga, il giudice ha la medesima facoltà quando si tratti di *denuncia ufficiale accompagnata da verbali o da altri documenti che somministrino bastevoli indizii di reità* (2).

2° Nei casi di reato flagrante, o riputato flagrante, il pubblico ministero procede ai primi e più urgenti atti di istruzione anche in assenza del giudice istruttore:

È flagrante reato il crimine o delitto che si commette attualmente, o che è stato *poco prima* commesso :

(1) Pr. pen., art. 83.

(2) Pr. pen., art. 186.

Sono riputati flagrante reato il caso, in cui l'imputato viene inseguito dalla parte offesa, o dal pubblico clamore, e il caso in cui sia stato sorpreso con effetti, armi, stromenti, carte, od altri effetti valevoli a farnelo presumere autore o complice, purchè in questi casi ciò sia in tempo prossimo al reato (1).

In tutti questi casi adunque, se il reato importa pena del carcere o maggiore, il procuratore del Re, dandone avviso al giudice istruttore ma senza attenderlo, potrà trasportarsi immediatamente sul luogo, ed ivi procedere a tutte le operazioni, e a tutti gli atti occorrenti per assicurare ed accertare il corpo e le tracce del reato, e per ricevere le dichiarazioni delle persone, che siansi trovate presenti al fatto, o possano somministrare utili schiarimenti intorno allo stesso: e potrà inoltre ordinare l'arresto delle persone contro le quali concorrano gravi indizii, ovvero tentativo o grave sospetto di fuga (2).

3° Anche il giudice di mandamento, e gli ufficiali subalterni di polizia giudiziaria, nel caso di flagrante reato che importi pena del carcere o maggiore, ordineranno l'arresto degli imputati: raccoglieranno le prove che potranno essere in sull'istante somministrate, relativamente ai fatti più importanti, e qualora vi sia pericolo nell'indugio, procederanno a perquisizione nel domicilio degli imputati, o di ogni altra persona sospetta di connivenza: e innanzi tutto dovranno anche *accertare* le tracce del reato, quando vi sia pericolo che si disperdano prima dell'arrivo del giudice istruttore o del procuratore del Re (3).

(1) Pr. pen., art. 46.

(2) Pr. pen., art. 45, 46, 48, 49.

(3) Pr. pen., art. 63 e seg.

E finalmente i giudici di mandamento in particolare quando abbiano fondati motivi di sospettare che la persona imputata sia per darsi alla fuga potranno ordinarne l'arresto, purchè sia in corso un'inquisizione od abbia già trasmesso le querele e denunzie che la promuovono, ed esistano contro la persona medesima gravi indizii di reità, e il reato importi pena del carcere o maggiore (1).

Tali sono le numerose deviazioni, che la legge ammette, dal processo normale ed ordinario dell'istruzione preparatoria. La punizione dei malfattori e la sicurezza sociale *suprema lex*.

(1) Pr. pen., art. 73.

CAPITOLO V.

**Dell'istruzione preparatoria compiuta:
dell'ordinanza del giudice istruttore, e della sentenza
della sezione d'accusa.**

Quando paia al giudice istruttore che sia compiuta e da chiudersi l'istruzione preparatoria, non lo può dichiarare da sè, ma debbe prima sentire il voto del pubblico ministero, il quale nel processo è attore, e spetta innanzi tutto all'attore il dichiarare se intenda oppur no, cessare le ricerche. E dall'ordinanza che chiudesse l'istruzione preparatoria contro il voto del pubblico ministero rigettandone le istanze per ulteriori procedimenti, questi al certo potrebbe appellare alla sezione di accusa.

Dichiarata compiuta e chiusa l'istruzione preparatoria o per accordo dei procedenti o per essere dalla sezione d'accusa rigettato l'appello, allora sarà il caso di doverne apprezzare i risultamenti: il quale ufficio è demandato dalla legge in primo grado allo stesso giudice istruttore, in secondo grado alla sezione d'accusa.

Il giudice istruttore esamina in primo luogo se si verificchino i termini di un'azione penale, e cioè: 1° Se il fatto ascritto all'imputato sia punito dalla legge; 2° In caso affermativo, se l'azione penale, competente in ori-

gine, non si sia per avventura estinta in forza della prescrizione, o di cosa giudicata od altrimenti; 3° Se *in concreto* si siano appurati sufficienti indizii di reità a carico dell'imputato. Se il giudice crede mancare i detti termini ed anche un solo qualunque di essi, dichiara non essere luogo a procedimento, val quanto dire, che l'imputato non deve tradursi in giudizio formale.

Quando poi tutti e tre i suddetti termini siano verificati perchè esisteva in origine e non si estinse ancora l'azione penale, e perchè in concreto risultano a carico dell'imputato sufficienti indizii di reità, allora il giudice istruttore dichiara essere luogo a procedere in giudizio regolare e pubblico, ma può qualificare in tre modi il carattere dell'azione e la relativa competenza. Infatti il giudice istruttore rinvia l'imputato dinanzi al giudice di mandamento, se il fatto a suo avviso costituisce una semplice contravvenzione di polizia: lo rinvia al tribunale correzionale, se crede doversi il reato qualificare *delitto*, e quando sia d'avviso doversi il reato qualificare *crimine*, rinvia l'imputato non già direttamente alla Corte d'Assisie, ma, per mezzo del procuratore generale del Re, alla sezione d'accusa alla quale spetta esclusivamente di pronunciare l'accusa dinanzi alla Corte d'Assisie. Epperchè diremo (quantunque la legge al giudice istruttore nol dica espressamente) che eziandio in caso di semplici delitti, dove la natura politica di questi nelle condizioni determinate dalla legge li sottoponga alla esclusiva competenza della Corte d'Assisie, il giudice istruttore rinverrà ancora il processo alla sezione d'accusa.

Nel qualificare il reato e la competenza il giudice istruttore provvede ancora sulla libertà provvisoria del dite-

nuto, eccettochè rinvii il processo alla sezione d'accusa, alla quale in tal caso si devolve il giudizio intero su tutti i punti.

Se adunque il giudice istruttore qualifica il reato come semplice contravvenzione di polizia, od anche se lo qualifica delitto, ma questo importi per se stesso una pena minore del carcere, il giudice ordina che l'imputato, se trovasi detenuto, sia posto in libertà. Che se il delitto importa la pena del carcere, il giudice chiamato ad apprezzare *nella sua qualità di vero giudice del processo* i risultati dell'istruzione compiuta, esercita la giurisdizione nella sua pienezza, e dove *nel corso dell'istruzione* non avrebbe facoltà di revocare il mandato di cattura se non *sopra conclusioni conformi del pubblico ministero; a processo compiuto* ed apprezzandolo nell'intima sua convinzione il giudice può, comunque concluda il ministero pubblico, sciogliere l'imputato dal mandato di cattura, e ordinare che sia posto in libertà con ordine di presentarsi al tribunale correzionale, a cui è rinviato per subirne il giudizio (1). E rammentiamo ancora, che già nel corso dell'istruzione, *offrendo e prestando cauzione* l'imputato ottiene per categorico precetto di legge la libertà provvisoria dal giudice istruttore o in via di appello dalla sezione d'accusa, che mediante cauzione non gliela possono denegare tuttavia che il reato non importi pena maggiore del carcere, e pur l'imputato avrà la medesima facoltà rimpetto al tribunale e alla Corte d'Appello (sezione degli appelli correzionali) quando già sia tradotto in giudizio (2).

(1) Pr. pen., art. 241.

(2) Già lo abbiamo detto: la domanda della libertà provvisoria è un *incidente*, che si promuove nel corso della istruzione preparatoria, o del giudizio, epperò va giudicata in primo e secondo grado dai giudici di quel processo, o di quel giudizio, in cui l'incidente è proposto.

A tal che la facoltà che la legge accorda al giudice istruttore di ordinare d'ufficio il rilascio dell'imputato in libertà nell'atto che lo rinvia al giudizio correzionale è un maggior beneficio della legge, che in tal caso dispensa l'imputato dall'onere della cauzione e dai ritardi di procedura che occorrerebbero per offrirla, determinarla, e prestarla.

Ma, come abbiamo già detto, il giudice istruttore non statuisce che in primo grado sui risultamenti dell'istruzione preparatoria. A giudicarne in secondo grado è chiamata la sezione d'accusa.

In due modi il processo perviene alla sezione d'accusa; o pel rinvio diretto dello stesso giudice istruttore, ovvero in via di appello, e come dice la legge in via di opposizione. — Il rinvio diretto ha luogo, come pur già si è detto, tuttavolta che il giudice creda che il reato esista e cada sotto la competenza esclusiva della Corte d'Assisie. Negli altri casi, in cui il giudice istruttore dichiara non essere luogo a procedimento, ovvero rimandi l'imputato a un giudizio di polizia, o correzionale, il processo non si devolve alla sezione d'accusa, se non in via di appello. E questo può essere introdotto dal pubblico ministero, e non solamente dal procuratore del Re, che presso i tribunali e i giudici istruttori lo rappresentano ufficialmente, ma, *in via di eccezione alle norme ordinarie*, anche dal procuratore generale nel termine all'uopo stabilito, benchè il medesimo (investito di piena autorità sui procuratori subalterni nei rapporti interni d'ufficio) esternamente dirimpezzo all'autorità giudiziaria e agli imputati non spieghi il suo ministero ufficiale che presso alle Corti. La quale eccezione alle norme ordinarie fu introdotta dalla legge a tutela dell'azione pubblica acciocchè, massimamente in

materia di crimini, non fosse in pieno potere del procuratore del Re di pregiudicarla irremediabilmente, non introducendo appello e lasciando passare in giudicato l'ordinanza dell'istruttore, che dichiara non farsi luogo a procedimento.

Anche la *Parte civile* ha facoltà dalla legge d'introdurre appello alla sezione d'accusa contro le ordinanze anzidette del giudice istruttore. Ma dei diritti della Parte civile diremo *complessivamente* nel titolo seguente.

Quanto all'imputato, la legge non gli accorda veruna facoltà in proposito; e non occorre certamente, quando il giudice già rinvia d'ufficio il processo alla sezione d'accusa, ovvero all'incontro dichiara non essere luogo a procedimento ulteriore. Che se lo rinvia a un giudizio di polizia o correzionale, siccome il pubblico ministero secondo i principii generali potrebbe di propria autorità tradurre l'imputato in detti giudizi *in via di citazione diretta*, e l'istruzione preparatoria mira propriamente alla possibilità che sia per emergerne un crimine, egli è manifesto, che chiamato l'imputato a un giudizio di semplice polizia o correzionale, niuna azione e conseguentemente niun diritto di opposizione doveva ricevere dalla legge per impedirlo.

Quando però o per rinvio diretto o per appello interposto da altri il processo sia deferito alla sezione d'accusa, l'imputato è ammesso a difendervisi per mezzo di memorie scritte, che la sezione è tenuta di esaminare.

Ora devoluto il processo in uno dei modi e casi predivisati, si devolve con esso alla sezione d'accusa intero il giudizio nei termini stessi del primo grado. Essa dunque tornerà ad esaminare se il fatto cada sotto la disposizione di una legge penale; — se l'azione penale non sia estinta

per prescrizione od altrimenti; — se esistano a carico dell'imputato sufficienti indizii di reità: e verificati i termini di un'azione penale, essa torna a qualificare il reato e la competenza. Se pronuncia l'accusa dinanzi alla Corte d'Assisie per crimine rilascia ordinanza di cattura, la quale allora si sostituisce *al mandato di cattura* che dovette sin allora restare esecutivo: che se crede doversi rinviare l'imputato a un giudizio di polizia o correzionale, pronuncia sulla di lui libertà nei termini stessi delle attribuzioni sopra ciò concesse dalla legge al giudice istruttore. In una parola il giudizio della sezione d'accusa procede liberamente in via di secondo esame su tutti i punti giudicati in primo grado, e a immagine del principio — *non deducta deducam, non probata probabo* — la sezione d'accusa prima di profferire il secondo giudizio, avrà diritto di ordinare una più ampia istruzione, se la crede necessaria.

Le sentenze della sezione d'accusa soggiacciono, *in massima*, alla giurisdizione della Corte di Cassazione per titolo di violazione o falsa applicazione della legge. Ma in questa parte rimase imperfetto il testo e forse anche il concetto del legislatore; onde sorgono gravissime questioni sui casi di ricorso e sulle facoltà delle Parti interessate (pubblico ministero, imputato, e Parte civile). Ora cotesto argomento dovrebbe essere trattato *razionalmente, e teoricamente*: nè sulle imperfezioni *accidentali* del testo, che basta indicare alla revisione del legislatore, noi amiamo lunghi discorsi. E a discorrere il detto argomento *razionalmente*, lo si dovrebbe congiungere con un altro, imbarazzante anch'esso, che riguarda *l'effetto puramente indicativo* delle sentenze di rinvio, per cui si crede che il giudice di mandamento e il tribunale correzionale ricevendo un processo dall'istruzione preparatoria, rimangano

affatto liberi, e possano su tutti punti apprezzarlo diversamente, e contraddire per avventura su qualche punto, più o meno direttamente, alla stessa sezione d'accusa, la di cui sentenza può già essere stata confermata dalla Corte di Cassazione. E traendo tutte le conseguenze che naturalmente emergono dal diritto di *citazione diretta* concesso al pubblico ministero in materia di polizia, e correzionale, sarebbe da porre in esame, quale debba essere *teoricamente* la vera e propria funzione dei giudici (in primo e secondo grado) dell'istruzione preparatoria, e se il loro ufficio non si debba limitare alla decisione del punto se sia o non luogo a tradurre l'imputato dinanzi alla Corte d'Assisie, salve, in caso di dichiarazione negativa, al pubblico ministero e alla Parte civile, le rispettive azioni in via di citazione diretta. Nel quale sistema già scomparirebbero tutte le difficoltà nascenti dall'*effetto indicativo*, sapendosi che la pronunciata accusa dinanzi alla Corte d'Assisie ha effetto *attributivo* (restando la Corte investita di competenza assoluta anche quando emerga *dai dibattimenti* un semplice reato correzionale o di polizia); e la questione del ricorso in Cassazione e dell'autorità delle sentenze che ne emanano, ridotta ai casi di pronunciata accusa, rimarrebbe grandemente semplificata. Ma dovendo, per legge del metodo adottato in quest'opera, esporre solo, per ora, la teoria generale, l'organismo, e l'*insieme* della procedura, siamo costretti di rimandare a sede più opportuna le annunciate questioni vastissime e specialissime nel tempo medesimo (4).

(4) Teniamo però allo stato della legislazione attuale siccome certissima la proposizione che l'imputato, il quale non ha diritto di appellare alla sezione di accusa contro l'ordinanza che lo rinvia in giudizio correzionale, non abbia nemmeno diritto di ricorrere in Cassazione contro una simile decisione, che emani direttamente dalla sezione di accusa. Non possiamo

Qual è l'effetto delle sentenze emanate sull'istruzione preparatoria, e passate in giudicato, colle quali siasi dichiarato, non farsi luogo a procedimento?

Tutti i *giudicati* dell'autorità giudiziaria sono irrevocabili e fanno stato *nei limiti della questione decisa*. Per conoscere poi questi limiti in ordine *alle questioni* dell'istruzione preparatoria, gli è mestieri distinguere il punto di fatto da quello del diritto. Sul punto di fatto (non essendovi ancora vero giudizio di accusa, e trattandosi solo di sapere se sia conveniente ordinarlo) la questione si propone o s'intende proposta in questi termini: — « Se
« allo stato delle prove raccolte nell'istruzione prepara-
« toria si abbiano sufficienti indizii di reità colla coscien-
« ziosa e fondata opinione, che nel giudizio formale il cri-
« mine sarà probabilmente accertato ». — Or dunque il giudicato che esclude allo stato dei fatti i sufficienti indizii di reità, è irrevocabile, ma solo nei limiti della questione decisa: il reo rilasciato in libertà non può più essere molestato per il medesimo fatto, *rebus sic stantibus*; ma se sorgono a di lui carico nuove prove; — se emergono da qualunque parte dichiarazioni di testimonii, documenti, verbali non stati prima sottoposti all'esame dei giudici dell'istruzione preparatoria, e atti ad avvalorare le prove già trovate insufficienti, e a somministrare nuovi lumi utili alla scoperta della verità, torna in vigore l'azione penale, a questi casi non si estende l'eccezione della cosa giudicata colla prima sentenza. Così sul punto di fatto. Quanto al punto di diritto, per esempio, se a tenor della legge l'azione penale sia prescritta o estinta già con

credere che il legislatore abbia inteso concedere il rimedio straordinario della Cassazione dove ha negato il rimedio ordinario dell'appellazione.

altro giudicato od altrimenti, la questione non potrebbe non essere proposta *in termini assoluti*: epperchè se il giudice istruttore con ordinanza non appellata, o la sezione d'accusa con sentenza non annullata dalla Corte Suprema abbiano dichiarato non farsi luogo a procedere per essere prescritta od altrimenti estinta l'azione penale, l'effetto del giudicato si assimila a quello di una sentenza in giudizio pubblico e formale: quantunque, a dir vero, in certi casi anche questo giudicato possa venirne *sosso indirettamente*. Poniamo che per novelle prove si riapra il processo, e quel reato che si tenne prescritto *in qualità di delitto*, assuma il carattere di crimine, per cui la legge richiede un tempo più lungo a prescrivere, e il termine non sia per intero trascorso. — Il principio rimane sempre lo stesso, e solo ne si cangia l'applicazione: il giudicato è irrevocabile, ma soltanto nei limiti della questione decisa (1).

Discorse le attribuzioni normali della sezione d'accusa, diciamo per ultimo di una sua attribuzione straordinaria.

La sezione d'accusa tiene dalla legge la facoltà di avocare a sè qualunque istruzione preparatoria ancorchè non ancora compiuta per crimini o per delitti; farsi trasmettere gli atti del processo, assumere o far assumere informazioni, e quindi statuire direttamente (*omisso medio*) come sarà di diritto: e questa facoltà straordinaria la sezione la esercita pel maggior bene della giustizia o d'ufficio, o sulla richiesta del Pubblico Ministero, o sopra ricorso dell'imputato o della parte civile (2). Anzi *l'istruzione può nascere direttamente* presso la sezione d'accusa, se il pub-

(1) Pr. pen., art. 253, 433, 434, 435.

(2) Pr. pen., art. 436.

blico ministero, non essendosi ancora incominciata istruzione dai giudici inferiori, promuove istanza diretta presso la sezione. Questa la può ricevere, e *ordinare che si proceda*, e tenere presso di sè l'istruzione, delegando ad uno de' suoi membri le funzioni di giudice istruttore. Ma se la sezione d'accusa *ordinasse d'ufficio* al pubblico ministero, che a ciò non consenta, di promuovere l'azione penale, ossia di concludere nel processo da Lei direttamente ordinato, commetterebbe a nostro avviso un eccesso di potere. Anche quando non sia ancora incominciata l'istruzione, la legge però suppone che *esista una causa criminale*, perchè la sezione possa statuirvi come si è detto: ora la causa non esiste senza l'istanza del ministero pubblico (1): e cessa pure d'esistere l'istruzione preparatoria, quando la sezione già abbia decretato l'accusa; ond'è che svaniscono allora colle ordinarie anche le sue attribuzioni straordinarie.

La facoltà *d'ingiungere* ufficialmente al pubblico ministero di promuovere un'istanza criminale è data in Francia alle classi riunite della intiera Corte d'Appello (2).

Quando la legislazione abbia in Italia ristabilito l'autorità giudiziaria in quel grado di dignità e di potenza morale che le compete, crediamo che la giustizia, e la morale pubblica potrebbero avvantaggiarsi di una somigliante disposizione.

(1) Cit. art. 436. — Vedasi il correlativo articolo 235 del Codice francese di procedura penale.

(2) Legge del 20 aprile 1810, art. 11. — « C'est là (ha detto un insigne oratore e giureconsulto) une attribution bien consolante pour le pauvre et pour le faible, et qui doit avertir l'homme puissant, que le crédit, la fortune, et tous les avantages, dont il se prévaut ne le sauveront pas des poursuites et des peines qu'il aurait pu mériter ».

CAPITOLO VI.

Del Giudizio in Corte di Assisie.

La sentenza che dichiara doversi l'imputato tradurre in giudizio sotto il peso di una pubblica accusa compie l'ufficio della istruzione preparatoria: e allora il diritto dell'individuo, che nella precedente istruzione cedeva sempre e si ritirava a fronte della prevalente ragione della sicurezza sociale, risorge in tutta la sua pienezza, e quasi siamo per dire in tutta la sua grandezza. Da un lato la Società accusa, dall'altro *l'umana persona* risponde: e nella discussione le due Parti son pari (1). La Giustizia presiede al giudizio, concede e guarentisce alle Parti contendenti piena libertà di esame e dibattimento con parità di diritti; ascolta e decide. Così la parità di diritti, e la reciproca libertà limitata solo dalla condizione dell'eguaglianza diventano nel giudizio contraddittorio le leggi predominanti.

L'*accusatrice* già tiene gli atti di una istruzione scritta, compilata principalmente nel suo interesse. Doveva la legge innanzi tutto eguagliare in ciò la condizione della *difesa* a quella dell'*accusa*. Infatti prima di procedere al giudizio pubblico dinanzi alla Corte di Assisie la legge or-

(1) Cod. pr. pen., art. 473.

dina, che all'accusato e per esso al suo difensore sia data piena e diretta conoscenza degli atti della istruzione preparatoria: e allora egli può vedere, se sieno stati esaminati tutti i testimonii anche a discolpa, se di coloro, che non furono chiamati dal giudice istruttore, gli convenga promuovere l'esame scritto, oppure riserbarlo al dibattimento; se nelle perizie si siano chiariti anche gli elementi della difesa; insomma se, come l'*accusa* trova appoggio nella istruzione preparatoria, così la *difesa* vi rinvenga tutti quei sussidii, di cui può aver d'uopo nel suo svolgimento all'udienza pubblica: e se l'accusato desidera nel suo interesse ulteriori atti d'istruzione, la legge, per pareggiare le condizioni, gli concede facoltà d'impetrare che vi si proceda dal presidente della Corte.

Ciò eseguito, o rinunziando l'accusato a questo suo diritto, si apre il giudizio alla udienza pubblica in Corte d'Assisie.

Scopo del giudizio si è di raccogliere e svolgere in pieno e libero contraddittorio tutti *gli elementi di convinzione*, e di sottoporli alla cognizione immediata dei giudici, perchè ne facciano giudizio nella loro coscienza sotto la severa garentia della *pubblicità* e della responsabilità morale che ne risulta. E la prima legge di questo giudizio è, che nessuno *degli elementi di convinzione* già raccolti nella istruzione preparatoria possa acquistar valore e *passare nel giudizio medesimo come elemento apprezzabile dai giurati*, se non subisce regolarmente l'esame contraddittorio.

Gli agenti del dibattimento sono l'*accusa*, la *difesa*, e nell'interesse d'entrambe la giustizia imparziale, la di cui rappresentanza diretta è dalla legge *investita* nella persona del presidente della Corte di Assisie: il quale, a

chi ben riguarda adempie tre distinte funzioni, cioè: — 1° l'ufficio di presiedere i *giudici legali*, quando son chiamati a deliberare; 2° la funzione di autorità dirigente il moto del dibattimento, in quanto esso procede dalle Parti; 3° la funzione, e l'iniziativa della Giustizia che prende all'uopo parte diretta nella ricerca della verità. Per l'adempimento di questa terza funzione il presidente, dice la legge, è investito di un potere discrezionale in virtù del quale, durante il dibattimento, e in tutto ciò che la legge non prescrive o non vieta sotto pena di nullità, può fare quanto egli stimerà utile a scoprire la verità: e la legge lascia al suo onore ed alla sua coscienza di valersi di quei mezzi che crederà opportuni a favorirne la manifestazione. Così nel corso del dibattimento egli potrà, ad esempio, chiamare ad esame qualunque persona, e farsi recare qualunque nuovo documento che in seguito alle spiegazioni date all'udienza s'è dagli accusati, che dai testimonii gli sembrasse atto a somministrare qualche lume sul fatto contestato (1).

Con tali principii e con tali agenti vediamo in breve come gli *elementi di convinzione* si formino nel giudizio pubblico in Corte d'Assisie.

Come in ogni altro giudizio, così nei giudizi criminali ciascuna delle Parti presenta i suoi testimonii. Ora nell'esame di essi all'udienza pubblica concorrono i tre agenti suddetti. E innanzi tutto deve precedere l'interrogazione della Giustizia, interrogazione *imparziale*, epperò affatto *generica* sul soggetto intero, di cui si tratta: alla *esposizione* fatta dal testimonio in obbedienza alla domanda

(1) Pr. pen., art. 464, 465.

generica del presidente tengono dietro le interrogazioni *speciali e parziali*: 1° dell'accusatore nell'interesse dell'accusa; 2° dell'accusato nell'interesse della *difesa*: e se nell'urto di quella e di questa ne nascono ambagi e confusioni, interviene ancora la *Giustizia*, in persona del presidente, dei giudici, e dei giurati, a chiedere schiarimenti *sui nati dubbii* con apposite e particolari domande. Ora questo esame diretto può dare non di rado un risultato *essenzialmente diverso* dalla dichiarazione altra volta fatta dallo stesso testimone quale si trova scritta negli atti della istruzione preparatoria; e in tal caso qual conto dovrà tenersene? Il verbale dell'istruzione scritta in quanto contraddice alla nuova dichiarazione del testimone è un documento *apprezzabile*: sta dunque nei diritti della verità che questo documento debba *prodursi e passar nel giudizio* per essere discusso dalle Parti e apprezzato dai giudici. Così il presidente, in caso di variazioni, *darà lettura della dichiarazione scritta*: il testimone sarà tenuto a spiegarsi sul fatto della variazione: le Parti (accusatore ed accusato) discuteranno, e la coscienza dei giurati apprezzerà il complesso della prova.

L'esame diretto dei testimonii all'udienza pubblica col concorso della difesa in forma di dibattimento è una garanzia che la legge concede e doveva concedere specialmente *al diritto dell'individuo*. Ma già lo abbiamo detto: dove le prove più dirette riescano impossibili o siano scomparse, tornano ammissibili le prove indirette, i documenti influenti di qualsiasi genere: e questo è *il diritto della Società*: la quale per questo non opprimerà l'individuo sempre ed efficacemente garantito dal *giurì* e dalla legge imposta a' suoi giudizi. Se adunque per essere morti i testimonii dopo il loro esame nell'istruzione preparatoria, o assenti

dallo Stato o d'ignota dimora, o divenuti inabili a deporre, tornerà impossibile il loro esame diretto nel pubblico dibattimento, sta nei diritti della Società che l'antecedente loro dichiarazione consegnata nei verbali dell'istruzione, qual documento apprezzabile *sia prodotta e passi nel giudizio*. Così il presidente ne darà lettura, si discuterà, e si apprezzerà, come sopra, nel complessivo giudizio sul fatto.

Non sarebbe praticamente possibile chiamare sempre in Corte di Assisie tutti i testimonii stati esaminati nella precedente istruzione preparatoria: vi si chiamano i *presunti necessarii*. Intanto le sorti del pubblico dibattimento possono talvolta per vie imprevedute riuscire a casi inaspettati, e richiedere una testimonianza, che prima si aveva il diritto di credere affatto superflua: il testimonio non è presente, e nelle circostanze (poniamo) la sospensione del dibattimento non sarebbe senza grave detrimento: quali saranno le facoltà del presidente? Avrà egli diritto, in *forza del potere discrezionale*, di tradurre nel giudizio la dichiarazione scritta del testimone, dandone lettura ai giurati, benchè l'esame diretto e personale del testimone non sia reso in senso assoluto impossibile? benchè il testimone viva e non sia divenuto inabile a deporre, nè assente dallo Stato, nè d'ignota dimora? La consuetudine e la giurisprudenza fondate, a quanto pare, sui bisogni della pratica ammettono in simili contingenze siccome legittimo *l'esercizio del potere discrezionale del presidente*: le formole della legge sembra che traggano a conseguenza contraria (1); ma una questione tale, che è la

(1) V. Cod. pr. pen., art. 298, 464, e le parole « vietato sotto pena di nullità » che ricorrono identiche nell'uno e nell'altro.

questione principale del sistema dei dibattimenti, ben meritava di essere specialmente considerata, e direttamente decisa con formola apposita. In tesi legislativa noi teniamo col sistema che prevalse in pratica: e abbiamo fiducia, che il potere discrezionale provvedendo ai giustificati bisogni di contingenze imprevedute non si abuserà per sostituire artificiosamente le dichiarazioni scritte all'esame personale e diretto dei testimonii: la lealtà della magistratura, il diritto di opposizione, la potenza della discussione pubblica sugli incidenti di questa natura, e il giuri, apprezzatore sovrano delle contingenze dei casi, tutore naturale delle garanzie popolari, ci stanno garanti, che la legge e le condizioni del dibattimento, pur soddisfacendo ai bisogni della verità e della giustizia, saranno giustamente e sinceramente osservate (1).

Quanto abbiamo detto precedentemente sull'ammissibilità eccezionale delle *dichiarazioni scritte dei testimonii* dipende dal principio generale che tutte le prove raccolte nella istruzione preparatoria si debbono *ripetere* in Corte di Assisie, quando la rinnovazione diretta della prova sia

(1) Per quanto stringente sia l'argomento che si deduce dalle formole generali consegnate negli articoli precitati, 298, 464 del Cod. pr. pen., non parve tuttavia che dileguassero ogni dubbio, e si è detto, che se il legislatore avesse direttamente prevista la questione, l'avrebbe pure direttamente decisa; a supporre poi, che non ci abbia pensato, parve prevalente il bisogno della pratica, e che non si dovesse estendere la generalità dei termini *ad incognita*. Gli è che i *compilatori dei Codici* quando prevedono le *questioni più capitali* (e le dovrebbero prevedere) non si hanno a contentare di formole generalissime, che forse non ricevono la medesima applicazione nella mente di tutti i compilatori, ma le debbono chiaramente e direttamente decidere con formola apposita; altrimenti la redazione è viziosa e può trarre ad inconvenienti. Da simile vizio di redazione nacque pure la quistione gravissima sull'ammissibilità delle circostanze attenuanti quando siano nel medesimo punto a parità di voti affermate e negate (vedasi qui appresso).

possibile; ma dove o per forza d'accidenti o per natura la rinnovazione della prova riesca impossibile, allora essa, quale fu consegnata negli atti della istruzione, tale debbe tradursi nel giudizio mediante la lettura che ne dà il presidente, salva la discussione delle Parti sul valore, sull'apprezzamento della prova medesima. Così gli atti di accertamento *delle tracce del reato* a cui procedette il giudice istruttore, le più diligenti ed esatte descrizioni che ne abbiano fatte i periti, gli esperimenti, a cui i periti siano addivenuti, gli atti di perquisizione, di sequestro, di assicurazione degli oggetti sequestrati, e simili, sono tali atti ed elementi di prova, che *per rerum naturam* non si potrebbero rifare da capo all'udienza della Corte di Assisie: il presidente adunque farà leggere i relativi *processi verbali*, e con ciò gli atti della istruzione preparatoria, che compieva le dette operazioni, *passano nel giudizio, diventano documenti giudiziali da discutersi dalle Parti, da apprezzarsi dai giurati*: e gli è per questo, che tali documenti si consegnano ai giurati, quando, terminato il dibattimento, si ritirano nella camera delle loro deliberazioni: e noi crediamo che per la stessa ragione si dovrebbe pure consegnare ai medesimi il testo scritto delle dichiarazioni testimoniali che nei casi permessi dalla legge o in virtù del potere discrezionale siano state lette dal presidente nel corso del dibattimento: perciocchè, mediante questa lettura, anche le dette dichiarazioni passano, quali documenti apprezzabili negli atti del processo.

Ma quello che diciamo degli *esperimenti* e *delle descrizioni* fatte dai periti, non lo diciamo *del loro giudizio*: esso sta pure scritto negli atti dell'istruzione preparatoria, e varrà come tale quando la disputa cada sui fatti, non sulla conseguenza, che data la verità dei fatti appaia

indisputabile: ma se il giudizio stesso apparisca conghietturale e controvertibile, allora si ripete la prova direttamente in Corte d'Assisie, e i periti vi compaiono come i testimonii per esservi interrogati a rispondere.

Quella adunque, che brevemente esponemmo, è la forma contraddittoriale, con cui nei pubblici dibattimenti in Corte d'Assisie *si estraggono* (per dirla con una frase di Bentham) e si raccolgono gli elementi di prova e di convinzione.

Da questa prima serie di operazioni si distingue la discussione propriamente detta: perciocchè estratti e posti in luce tutti e singoli gli elementi dell'accusa, della difesa, e del giudizio, si tratta di discuterli nel loro complesso, apprezzarne i risultamenti, per indicarne e trarne in luce la conclusione finale. Alla quale operazione concorrono ancora i tre agenti del dibattimento, che sono, come si è detto più sopra, *l'accusa, la difesa, e la giustizia*, la di cui rappresentanza diretta è investita nella persona del presidente. Primo sorge l'accusatore (conclusioni del Pubblico Ministero) il quale, se resta convinto della reità dell'accusato, ne dà la dimostrazione che crede risultare dai raccolti elementi, e chiede la condanna del reo. Segue il difensore dell'accusato, il quale dà, per quanto il possa, la dimostrazione contraria, e chiede l'assolutoria (arringa del difensore); e per quanto gravi siano le prove, a cui si fonda l'accusa, pur, se non torna evidentissima *l'impossibilità di dubitare*, deve sempre raccogliere ed esporre anche i minimi elementi *di dubbio*, rimettendosi, ove d'uopo, alla coscienza e giustizia dei giurati. E ne possono pur seguire repliche e controrepliche, riserbata l'ultima parola all'accusato, sin tanto che, chiusa la discussione delle Parti,

ultima si presenta a discutere *la Giustizia*, non più nell'interesse speciale dell'accusa, o della difesa, ma sì imparzialmente nell'interesse intiero della verità (riassunto dal presidente), e così discutendo e riassumendo tutti gli argomenti di qualunque tendenza, conclude non alla condanna, non alla assolutoria, ma alla formola delle questioni di fatto, emergenti dall'atto d'accusa e dal dibattimento, sulle quali i giurati dovranno deliberare e decidere.

Ed ecco un nuovo soggetto di gravi ed infinite contestazioni, perciocchè mal formolate le questioni, non potendo il giurì nelle sue risposte dipartirsi dalla propria formola, l'accusa o la difesa ne rimangono essenzialmente pregiudicate.

Nè basterà che il soggetto intiero del dibattimento trovi nelle formole la sua completa e vera espressione. Il presidente nel formular le questioni dovrà seguire le seguenti principalissime norme:

1° La questione dee portarsi tutta intiera sulla *esistenza* non sulla *qualificazione legale* dei fatti: ogni indagine di diritto è straniera ai giurati. Ora è manifesto, che interrogando con quesito puramente generico, se l'accusato sia colpevole (ad esempio) di grassazione, di appropriazione indebita, di falso in atto pubblico, e simili, il quesito sarebbe duplice: tratterebbesi prima di definire quali siano gli elementi costitutivi e *differenziali* della grassazione, dell'appropriazione indebita, del falso in atto pubblico in confronto dei reati analoghi ma non identici: e ciò premesso, tratterebbesi poi di decidere in fatto, se tutti i voluti elementi siano pienamente provati. Non diremo per questo, che nella formola non si debba mai pronunciare la denominazione legale del reato, di cui si tratta: chè

anzi la legge suppone il contrario (1): ma diremo, che pronunciata la denominazione legale, la formola dee proseguire specificando ad uno ad uno gli elementi di fatto costitutivi del crimine: diremo, che il nome stesso del crimine si debbe omettere tuttavolta che possa nelle circostanze ingenerare dubbii, confusione, od errore nell'animo dei giurati: diremo, che la denominazione legale del reato sarà eliminata di necessità, e senza offender la legge tuttavolta che la questione sull'esistenza del crimine si debba scindere in altrettanti quesiti quanti sono gli elementi di fatto costitutivi di esso. La norma suprema è questa, che il *giurì* nè espressamente, nè implicitamente sia mai chiamato a sciogliere un dubbio giuridico, *nè esposto* al pericolo di pronunciare sul fatto una decisione falsa per errore di diritto: ed è pur la legge stessa che altrove ci dice, dovere i giudici legali assolvere l'accusato anche dopo la risposta affermativa del *giurì*, se il fatto, di cui l'accusato fu dichiarato colpevole, non costituisce reato a termini della legge penale (2): tanto è vero, che il *giurì* pronunciava *sull'esistenza del fatto, non sull'esistenza del crimine*;

2° Ad ogni quesito il *giurì* risponde affermando o negando: non è suo ufficio distinguere. Sarà dunque ufficio del presidente distinguere i fatti in tanti quesiti, quante sono le diverse soluzioni *possibili*. Nel che però non seguirà una vana possibilità puramente metafisica, e non moltiplicherà senza un bisogno reale i quesiti: chè la moltitudine delle questioni ingenera confusione nell'animo dei giurati, poco avvezzi per avventura alle distinzioni,

(1) Proc. pen., 480.

(2) Proc. pen., 501.

alle operazioni analitiche, e può dar luogo a risposte incoerenti ed anche contraddittorie;

3° Quantunque il disgiungere, come il riunire più elementi di fatto sia rimesso al senno del presidente che si determina secondo la varia natura dei casi, tuttavia la legge impone un limite estremo alle formole complessive. A tenor della legge il presidente propone in distinte formole: 1° la questione sul fatto principale; 2° sopra ciascuna delle circostanze aggravanti; 3° sopra ciascuno dei fatti di scusa proposti dall'accusato e ammessi come tali dalla legge (1). Il qual precetto legale non toglie punto al presidente la facoltà di suddistinguere: egli non ha diritto (ad esempio) di confondere in una formola il fatto principale con una circostanza aggravante: non contravviene neppure espressamente alla legge se comprende in una sola formola le parti per avventura molteplici del fatto principale, ma non gli è vietato di proporre in distinti quesiti le parti molteplici del fatto principale, anzi, a bene interpretare l'ufficio suo, lo deve fare tuttavolta che i singoli elementi costitutivi del fatto principale gli paiano, nelle circostanze del caso, suscettivi di soluzioni diverse.

Ora le accennate regole, facili in teoria, riescono in pratica di una sorprendente difficoltà. Se l'accorgimento e il senno del presidente può talvolta nelle agitazioni del dibattimento turbarsi o smarrirsi; se lo zelo del pubblico accusatore sospinto da esagerate contraddizioni può trarre il giudice in qualche deviazione dal retto tramite; la pratica ci dimostra, le più frequenti e più inopportune pretese e contestazioni sorgere dal soverchiante zelo dei difensori. Sulle questioni incidenti nel formularsi delle

(1) Proc. pen., 48, 481.

questioni decide la Corte in persona del presidente stesso e dei giudici legali che lo assistono. — E poichè cade menzione delle questioni incidenti dobbiamo avvertire, che non solo nel formularsi delle questioni, ma in tutto il corso del precedente dibattimento, le Parti che sono i principali agenti del dibattimento medesimo tengono dalla legge il diritto di proporre tutte le istanze che ciascuna creda favorevoli al proprio intento, e in ciò veramente le facoltà di una non trovano limiti se non nel diritto dell'altra Parte o del terzo: nè l'accusa, nè la difesa possono mutuamente impedirsi, o impedire il giudizio o rivolgersi contro chi non è nel giudizio: entro a questi limiti l'una e l'altra liberamente si muove. Tale si è il principio. Il presidente, e in caso di dubbio la Corte in persona dei giudici legali, ammettono tutte le istanze del Pubblico Ministero o dell'accusato che possano per se medesime condurre al fine dell'accusa o della difesa e rigettano tutte quelle che inutili all'accusa o alla difesa, non abbiano per effetto che d'impedire o ritardare il giudizio, offendano la legge o il diritto di chi non è in giudizio. E la Corte ammettendo o rigettando le istanze apprezza sovraneamente le circostanze; ma se si rifiutasse di deliberare e decidere, e posta in non cale l'istanza, come se non fosse avvenuta, si procedesse oltre, ovvero se nel *motivare* (come sempre si debbe) l'ordinanza di reiezione apparisse violata o falsamente applicata la legge, il ricorso in Cassazione, che in tali casi compete, non sospende alla verità il dibattimento, ma a suo tempo giudicandosi fondato, potrebbe trarre seco la nullità del giudizio e della sentenza definitiva *per diniegata difesa*. Ed è questa una delle principali guarentigie, massimamente della difesa, la facoltà assoluta di proporre in ogni circostanza del pubblico dibattimento

qualunque istanza, e di obbligare *perentoriamente* la Corte a spiegarsi sopra ciascheduna sotto pena di nullità di tutto il procedimento in caso di *diniegata ordinanza*. La fede nella moderazione dei difensori, e la facoltà data ai tribunali di decretare provvedimenti disciplinali (1) contro chi trascorra a manifesti e intollerabili abusi, stanno garanti alla Società, che la pienezza della difesa non impedirà l'azione pubblica ed il giudizio.

Ma già le questioni son formulate, ogni discussione è esausta: i giurati deliberano.

Qual è il criterio del loro giudizio? L'intima convinzione, il criterio della *certezza morale*.

In un altro libro (2) abbiamo contrassegnato la natura *differenziale* della prova e *certezza legale* in confronto alla prova e *certezza morale*. La prova legale è fissata *obbiettivamente* ad un fatto, ad un carattere definito dalla legge: essa non dipende dalle altre circostanze del caso, nè propriamente dal personale criterio del giudice: è il giudizio della legge che s'impone a quello dell'uomo. Ed è la condizione *obbiettiva* della prova legale, che la mantiene anche in onta a presunzioni particolari contrarie: un semplice indizio, una presunzione conghietturale non basta a distruggerla: essa non cede se non di fronte ad una prova perfetta, ad una *piena prova contraria*. — All'incontro la *prova morale* non ha una esistenza *obbiettiva*: non è fissata ad un carattere, ad un fatto legale: essa è dipendente da tutte le circostanze e conghietture particolari del caso: essa risulta dal complesso di tali circostanze e di tali argomenti, ha per condizione la *spontaneità* e la *pienezza della*

(1) Cod. proc. penale, art. 621.

(2) V. *Logica del diritto*, P. I, cap. 17, 20.

convinzione personale del giudice e s'identifica colla medesima. Ora questa convinzione può essere turbata anche da un lieve indizio: epperò la prova morale potrà essere non diremo *combattuta* ma *impedita* da un semplice indizio contrario (1).

Certamente il legislatore nel regolamento delle *prove legali* dovrà procacciare *possibilmente* che nella massima parte dei casi la prova legale e la piena convinzione del giudice vadano d'accordo; ma il contrario avviene in casi speciali, essendo impossibile che una *regola generale* (quale si è la prova legale) tenga conto di tutte le circostanze specialissime di casi particolari; e il legislatore lo sa, e vi si rassegna, perchè crede di dover sacrificare *l'interesse minore* di qualche caso *all'interesse maggiore* della generalità e di una regola certa sovrastante all'arbitrio giudiziario.

Tale si è l'intima natura del sistema *delle prove legali*: essa ha per principio *il ragguaglio degli interessi*, e per condizione *il sacrificio della realtà ad una finzione* in qualche raro caso per assicurare *il beneficio* di una regola certa nei casi ordinarii. Onde appare, che il sistema *delle prove legali a carico degli accusati* nei giudizi criminali sarebbe una immoralità mostruosa, perocchè l'umana persona non si sacrifica a nissun interesse. Infatti se si dicesse ad un accusato: « non sappiamo realmente se tu sii colpevole; nelle circostanze speciali del caso ne dubitiamo: « tuttavia ti mandiamo alla pena; giusta, se reo sei, in-
« giusta, se sei innocente, ma in tutti i casi necessaria », qual coscienza potrebbe in questo linguaggio riconoscere il linguaggio della giustizia?

(1) *Logica del diritto*, cit. cap. 20, n. 3, 4.

Alcune legislazioni e dottrine ammisero anche nei giudizi criminali (quando siano tenuti esclusivamente dai giudici permanenti) il sistema *della prova legale in favore dell'accusato*, in questo senso, che a condannarlo non basti la *piena convinzione dei magistrati comunque acquistata*, e si richieda inoltre il concorso di certe condizioni generali preventivamente dalla legge determinate. La legge allora si mette coraggiosamente per entro all'immensa varietà delle contingenze, delle prove, degli indizii, e degli argomenti, si studia di fissarne le qualità, e di *tassarne* il valore, e dichiarare *per enumerazione di specie* la qualità e il numero delle prove, degli indizii, degli argomenti atti a costituire nelle circostanze varie la *prova legale*. Questo sistema assai complicato in teoria appresta ai malfattori molte speranze d'impunità, quando non sia eluso dai giudici nella pratica applicazione: esso manca di sincerità o di efficacia: esso poi coi giurati riuscirebbe d'impossibile esecuzione perchè trasforma la questione di fatto in *questioni legali*: e la principalissima fra le ragioni di affidare nei giudizi criminali la decisione del fatto ai *giurati* è appunto questa di sostituire, *a tutela dell'innocenza, la guarentigia popolare* a quell'altra garentia, o illusoria per l'accusato o pericolosa per la Società, della *prova legale*.

Adunque torniamo a dire che *l'intima convinzione, la certezza morale* risultante dal fatto è il solo *criterio giudicativo*, che possa e debba seguire il *giuri*. La legge non chiede conto ai giurati dei mezzi pei quali eglino si sono convinti. Essa non prescrive loro alcuna regola, dalla quale debbano far dipendere la piena e sufficiente prova; essa prescrive loro d'interrogare se stessi nel silenzio, nel raccoglimento, nella sincerità della loro coscienza: e propone

loro una sola domanda: *avete voi l'intima convinzione della colpeabilità dell'accusato* (1).

Ma che è mai la *certezza morale*? Essa non è la *certezza assoluta*, non è la *probabilità*: essa è la *credenza assoluta*: è un criterio superiore, che qual giudice stabilito dalla stessa natura nel seno dell'umanità, ascolta le prove, e pronuncia *il verdetto dell'intima convinzione*. Sta dinanzi a noi un uomo accusato di assassinio: nel condannarlo a morte per sole *probabilità*, benchè urgentissime in altissimo grado, la coscienza fremerebbe d'orrore: ma udendo le prove, ecco giungere un punto, *che il solo raziocinio non sa nè definire, nè prevedere*: il dubbio è scomparso, ogni ombra è dileguata: l'anima è investita di purissima e vivissima luce, e allora la coscienza *senza calcoli di probabilità pronuncia sicura il verdetto*; *condanna il reo in nome della verità manifestata dall'intima convinzione*, che è criterio legittimo perchè dato all'uomo dalla stessa natura conforme alle leggi e al disegno dell'ordine universale (2).

Ma si opporrà, che *l'intima convinzione* è un effetto puramente subbiettivo, speciale e proprio dei diversi individui, dei quali uno è convinto, e l'altro no, nella medesima condizione di cose. Rispondo che anche *l'intima convinzione* ha le sue leggi. La prima è questa, che pronunciando *il verdetto*, e considerandone *le gravi conseguenze*, la coscienza si senta tuttavia sgombra affatto di scrupoli, perfettamente tranquilla, e possa dire a se stessa: *sono*

(1) Il testo del Codice (art. 484) dice invece così: « avete voi l'intima convinzione della colpeabilità od *innocenza* dell'accusato? » È un errore. I giurati anche *non convinti dell'innocenza*, anche agitati da fortissimi dubbi non deggiono pronunziare il sì fatale, se non sentono nell'intimo della loro coscienza *una piena convinzione della colpeabilità*. — *Avez vous une intime conviction?* dice la legge francese.

(2) *Logica del diritto*, P. I, capo 19.

conseguenze della verità non del mio giudizio. L'altra legge è che il soggetto giudicante si trovi in condizioni normali: e queste sono — un'intelligenza sufficiente, non pregiudicata da preconcepite opinioni — un sentimento libero da ogni particolare tendenza nel genere di giudizi, di cui si tratti — una volontà imparziale, animata dal solo amore del vero e del giusto. Un'assemblea numerosa di giudici giova ad elidere le tendenze subbiettive di ciascheduno, e a ridurre il giudizio in stato normale (1).

Tali sono i principii: e nella loro astratta purezza sono principii certissimi. Ma una delle forme del *dualismo*, che regna nel mondo, è pur quella del certo e determinato, dell'incerto e indeterminato che si contrastano sempre l'impero nello stesso soggetto; vale a dire, di ciò che è certo e determinato in *ragione*, e di ciò che riesce indeterminato e incerto nella pratica attuazione, come se la natura si compiacesse di avviare l'uomo sul retto sentiero, per vederlo poi ivi camminare a tentoni. — Il *soggetto giudicante in stato normale colle condizioni stabilite in ragione, acciocchè l'intima convinzione del soggetto giudicante sia criterio legittimo*, — come si attua in pratica? Ecco l'indeterminato: ecco il problema della legislazione, la quale ora si rivolge ai giudici permanenti, ora ai giurati, ora invoca il concorso degli uni e degli altri, sperimentando ordinamenti e metodi d'ogni sorta.

Il giurì giudicante si compone di *dodici*: è un numero tradizionale. Se per fortunato effetto dei metodi legislativi le condizioni del soggetto giudicante in stato normale si verificassero sempre in ogni singolo individuo dei componenti il giurì, *l'unanimità* dei voti sarebbe il vero e legit-

(1) *Logica del diritto*, cit., cap. 19.

timo organo della *certezza morale*. La legislazione tentò questa teoria: ma fu costretta di cedere di grado in grado dinanzi alla pratica: ed ora sopra dodici voti la maggioranza di sette basta a pronunciar la condanna: siccome però la decisione affermativa dei giurati alla sola maggioranza di sette voti resta priva di effetto qualora i tre giudici legali della Corte d'Assisie credano all'unanimità che i giurati si sono ingannati; così egli è palese, che a vero dire il verdetto non ottiene per se medesimo autorità se non alla maggioranza di due terzi dei voti: il verdetto con sette voti ottiene solo autorità dal tacito consenso dei giudici della Corte (1).

Quando il fatto principale, od una circostanza *aggravante* siano affermati da sei voti, e negati da altri sei, la condanna o l'*aggravazione* di essa *non esistono*: e questo non è principio favorevole della legge, ma sì il diritto dell'uomo nell'immutabile suo rigore: a parità di voti *non esiste decisione nè favorevole, nè sfavorevole*; ma l'accusato non abbisogna punto di decisione favorevole per non essere condannato; gli basta che non siasi formata una decisione contraria.

A primo aspetto si può dubitare se la maggioranza dei voti favorevoli debba credersi necessaria all'accusato, quando dichiarato già il medesimo colpevole del fatto imputatogli, si porti ulteriormente la deliberazione dei giurati *sopra un altro fatto allegato a sua scusa dal reo*.

A tenor del principio, che dice: — *reus in excipiendo fit actor* — si potrebbe immaginare per avventura, che provato il fatto principale dell'accusa, il reo a sua volta debba

(1) Cod. pr. pen., art. 495.

pienamente provare il fatto di scusa, sotto pena di soccombere in caso di dubbio relativo all'opposta eccezione. E così avviene infatti nei giudizi civili. Provato dall'attore il *fatto obbligatorio* (il titolo costitutivo del credito), il convenuto, che *eccepisce un fatto liberatorio* (v. g. il pagamento) deve a sua volta pienamente provarlo; *in excipiendo fit actor*, e restando dubbiose, imperfette le prove sul fatto liberatorio, il convenuto soccombe.

Ma il principio, a tenor del quale *reus in excipiendo fit actor* nei giudizi civili, non trova luogo nei giudizi penali. Imperciocchè quel principio non è in sostanza, che una delle applicazioni *del sistema della prova legale*. E valga il vero: se il debitore, cui manca la *piena prova* del pagamento, riesce tuttavia a raccogliere sufficienti indizii da *renderlo probabile*, egli è palese, che *nella realtà è resa probabile l'insussistenza del diritto dell'attore*; perciocchè, *quanto è probabile che il credito sia stato soddisfatto, altrettanto è probabile che l'attore non sia più creditore*. Se adunque in tali contingenze il credito si tiene ancora per *certo*, e l'attore vince, e il convenuto soccombe, dobbiamo sapere, che questa non è più la *certezza reale*, ma sì la *certezza legale*, dipendente dai principii del processo logico del diritto civile (1): la ragion dell'attore sussiste allora come *certa* non già al cospetto della *realtà*, ma sì in faccia alla *legalità*.

Ora (e già l'abbiamo detto) il *sistema della prova legale a carico* non è ammissibile nei giudizi criminali. Adunque anche dichiarato come certissimo il fatto principale, *il solo dubbio sopra un fatto liberatorio* assolverà l'imputato.

(1) *Logica del diritto*, P. I, cap. 7.

Poniamo: l'omicidio volontario è provato: ma l'accusato si difende con dire di averlo commesso aggredito e nell'esercizio della sua difesa legittima: non ha la piena prova di ciò, ma solo tali argomenti da generare un dubbio: sul fatto dell'allegata difesa i giurati vanno con voti eguali in contrarie sentenze; sei voti l'affermano, e la negano altri sei: l'accusato si assolverà, perchè sei voti contro sei nè ammettono nè *escludono* il fatto liberatorio, lasciandolo in stato di dubbio perfetto; ora l'accusato sollevando *un dubbio reale* sul fatto liberatorio rende *dubbiosa* la sua colpeabilità, e non abbisogna punto di una decisione favorevole che ammetta come certo il fatto liberatorio: gli basta che il giudizio non lo abbia *escluso*. Imperciocchè se non è *certa realmente* e allo stato di tutti i fatti la colpeabilità, l'accusato non si può condannare. E similmente adunque avverrà in ordine alle difese desunte da allegata e *imperfettamente provata* pazzia, forza maggiore, cui non si potesse resistere, e simili: e nulla rileva, che la *circostanza* sia solo *attenuante* e non pienamente *giustificante*: anche imperfettamente provata *la circostanza* produrrà l'effetto che è proprio della sua natura, attenuando o giustificando: perocchè la circostanza attenuante, portata allo stato di dubbio, rende incerta e dubbiosa *la reità assoluta*, e lascia solo sussistere come certo quel grado di reità che sussisterebbe anche data la piena prova della circostanza attenuante.

Concludiamo: a piena prova e la maggioranza dei voti sono richieste non solo per dichiarare il fatto dell'accusa, e le singole circostanze aggravanti, ma ancora *per escludere* i fatti di difesa assoluta, o di scusa, e qualunque fatto attenuante: e non avverrà giammai la necessità della

maggioranza dei voti nelle questioni proposte al giurì in favore dell'accusato (1).

Le circostanze attenuanti sono *definite* o *indefinite*. Tutti i fatti o le circostanze *speciali* di fatti per cui la legge enumerando le specie e le varietà va prescrivendo diminuzione di pena in relazione al caso ordinario del medesimo genere, sono *circostanze attenuanti* definite dalla legge medesima, intesa la denominazione di circostanze attenuanti nel suo naturale e più ampio significato. Le *indefinite* si suddividono in due specie, avuto riguardo al modo della loro *ammissione*: perciocchè le une sono implicitamente ammesse, le altre espressamente dichiarate. — Quando la penalità spazia (come è il caso più generale) fra un *maximum* ed un *minimum* di reità e di punizione, l'analisi distingue nel supposto complessivo del legislatore: 1° Il punto intermedio, che sarebbe, come a dire, il caso ordinario; 2° Una serie di *circostanze attenuanti* la reità, che discendono grado a grado verso il *minimum* della pena; 3° E in senso inverso una serie di circostanze aggravanti la reità, che ascendono di grado in grado al *maximum* della pena. Ond'è, che, scendendo i giudici legali dal punto intermedio verso il *minimum* fanno implicitamente, ma necessariamente nell'intimo della loro coscienza un primo apprezzamento di circostanze attenuanti.

Ma il legislatore *rivedendo la penalità* ha creduto di dovere in complesso abbassarla tutta quanta di un grado, val quando dire, concedere ai giudici la facoltà generale

(1) Il testo del Codice di proced. pen. (art. 491) dice: « Le decisioni dei giurati, sia contro, sia in favore dell'accusato, debbono emanare dalla maggioranza di sette voti almeno ». — Ma si corregge immediatamente e soggiunge: — « Quando i voti sono egualmente divisi, prevale l'opinione favorevole all'accusato ».

di diminuire di un grado le *pene fisse* (che in vero sono estremamente pericolose) e in quelle già regolate col *massimo* e *minimo*, scendere all'uopo ancora di un grado al disotto di quello fissato come *minimum* dalla disposizione speciale. Poniamo: un articolo qualunque del Codice penale dichiara, che il tal reato sarà punito col carcere *da tre a cinque anni: in definitiva* si dovrà ritenere, che il reato di cui si tratta è punito non già *da tre*, ma *da uno a cinque* anni di carcere. Perciocchè se *nelle circostanze del caso* il *minimum* di tre anni fissato dalla *disposizione speciale* parrà ancora troppo grave i tribunali, tengono, *da una disposizione generale* della legge, la facoltà di scendere di un grado al disotto del *minimum ordinario*, sol che dichiarino *espressamente* l'esistenza di circostanze attenuanti in genere senza bisogno di specificarle. Ed ecco qual sia l'origine e la natura *delle circostanze attenuanti indefinite*, di cui si dichiara l'esistenza in genere, e che sono come una continuazione delle circostanze attenuanti *implicite*; nella sostanza esse non sono che il mezzo o la forma di cui si valse il legislatore per allargare *di un grado in discesa* lo spazio tra il *maximum* ed il *minimum* della penalità, e liberare la coscienza dei giudici dal ferreo giogo delle *pene fisse* (1).

Adunque anche le *circostanze attenuanti indefinite* (benchè la loro dichiarazione rivesta l'apparenza di una decisione di favore e straordinaria) in caso di parità di voti si dovranno ammettere. Nè ciò sembra dubbio, anche a tenor della legge, quanto alle votazioni dei tribunali e delle Corti, fuori dei casi d'Assisie; perciocchè il testo della

(1) V. l'art. 684 del Cod. pen., ed anche gli articoli precedenti 682, 683, i quali *in certi casi* danno anche maggiore effetto alla dichiarazione generica *delle circostanze attenuanti*.

legge dichiara allora in modo assoluto, che in tutte le questioni di fatto o di diritto prevale, a parità di voti, l'opinione favorevole all'accusato (1). In Corte d'Assisie, essendo devoluto ai giurati l'ufficio di dichiarare se esistano circostanze attenuanti « il presidente (dice testualmente « la legge) avverte i giurati, che se essi a maggioranza di « voti pensano esistere a favore dell'accusato circostanze « attenuanti, debbono farne la dichiarazione in questi « termini: alla maggioranza, vi sono circostanze in favore « dell'accusato (2) ».

E questa disposizione vuole essere osservata sotto pena di nullità (3): e ancora la legge ci dice, che le decisioni dei giurati sia contro, sia *in favore dell'accusato* debbono emanare *dalla maggioranza di sette voti almeno* (4): ma avendo la legge immediatamente soggiunto, che a parità di voti prevale l'opinione favorevole all'accusato, la Corte di Cassazione ammise le *circostanze attenuanti* affermate da sei voti, negate da altri sei (5).

(1) Cod. pr. pen., art. 309.

(2) Cod. pr. pen., art. 483.

(3) Cod. pr. pen., art. 493.

(4) Cod. pr. pen., art. 491.

(5) Un assassino si pone di notte tempo in agguato *per mercede promessagli*, e *uccide* ferocemente un disgraziato, che egli scambia per la vittima designata — sei giurati vi vogliono vedere le circostanze attenuanti, gli altri sei non le vedono e le negano. — Tale era il caso, che lo scrittore di queste righe dovette riferire alla sezione civile (essendo la sezione penale in vacanza). Il rispetto al giuri, e ai principii d'interpretazione legale in materia penale poterono più che l'ambiguità degli articoli del Codice, e l'orror del delitto: e la Corte anche a seconda di una conforme sentenza, in altro caso, della sezione penale, decise, che a parità di voti le circostanze attenuanti erano di diritto ammissibili. — Ci pare però che *in tesi legislativa* (vista la eccessiva facilità dei giurati) la questione meriterebbe di essere ponderata ancora una volta. In Francia è voluta la maggioranza effettiva.

Dichiarata dai giurati l'esistenza di circostanze attenuanti, i giudici legali della Corte di Assisie dovranno (dice la legge) diminuire la pena di un grado (1). Nè occorre dubbio di applicazione nel caso di *pene fisse*: ma nell'applicazione di una pena spaziente tra due limiti, dovendo i giudici diminuirla di un grado in virtù delle circostanze attenuanti, che i giurati dichiarano, da qual limite partiranno? Forse dal *maximum*? E saranno i giudici autorizzati ad applicare la pena quasi nel massimo suo rigore, in onta alle circostanze attenuanti, cioè colla diminuzione di un solo grado dal limite superiore? Forse dal *minimum*? e partendo da esso discendere ancora di un grado? Alla prima opinione ripugna il riflesso, che il salire *dal punto intermedio* verso la penalità superiore accennerebbe a circostanze particolari aggravanti, anzichè attenuanti: per altra parte costringere i giudici in tutti i casi a discendere prima sino al *minimum* (che è già un'applicazione implicita di circostanze attenuanti), e poi ancora discendere di un grado in forza delle circostanze dichiarate dal giuri, *che sono per avventura le stesse*, non sembra ragionevole e la legge testualmente non lo comanda. Noi dunque neghiamo, che il punto di partenza dal *maximum* sia consentaneo allo spirito della legge e di una sincera applicazione del verdetto dei giurati: ammettiamo, che i giudici della Corte di Assisie *possano* partire dal *grado intermedio*, misurando da esso la voluta diminuzione di un grado quando siano convinti nella loro coscienza, che le circostanze attenuanti dichiarate dal giuri sono *quelle medesime*, che persuaderebbero la Corte a scendere verso il *minimum*. E teniamo infine, che i giudici ab-

(1) Cod. pen., art. 684.

biano facoltà di prendere lo stesso *minimum* ordinario per punto di paragone, e diminuire un grado da esso, quando tale sia la esigenza delle circostanze nell'intimo loro convincimento. Certo è, che fuori delle Corti di Assisie, i tribunali non si fanno a dichiarare le circostanze attenuanti se non quando credono di dover attenuare lo stesso *minimum* ordinario, e lo possono fare.

CAPITOLO VII.

Del Giudizio in materia di polizia semplice e correzionale: dei procedimenti e delle sentenze in contumacia.

Il giudizio di polizia semplice (contravvenzioni) si tiene dal giudice e in grado di appello dal tribunale correzionale di circondario in seguito a citazione diretta dell'imputato, e rarissimamente in seguito a rinvio, quando l'istruzione preparatoria abbia talmente attenuato il fatto da persuadere il giudice istruttore e la sezione d'accusa, che il reato non sia altrimenti punibile che con pene di polizia.

Il giudizio correzionale si tiene in primo grado dal tribunale, in secondo dalla Corte di Appello, sezione degli appelli correzionali: e il ministero pubblico ha diritto d'introdurlo in via di citazione diretta, tuttavolta che non abbisogni d'istruzione preparatoria, o gli bastino informazioni stragiudiziali che ha diritto di prendere prima d'instare per la citazione dell'imputato. Che se nelle circostanze del caso abbisognino atti di accertamento, esami regolari, perquisizioni domiciliari, sequestri, mandati di arresto e interrogatorii, dee allora rivolgersi alla istruzione preparatoria massimamente se il fatto possa assumere le sembianze di crimine e tale chiarirsi in progresso. Venendo poscia a qualificarsi *delitto*, l'imputato sarà dalla istruzione preparatoria rinviato al giudizio correzionale.

In questi giudizi i tribunali, costituiti giudici del fatto e del diritto, decidono il fatto, quasi come giurati col criterio *dell'intima convinzione*. La legge dichiara, è vero, che i verbali o rapporti stesi dagli ufficiali di polizia giudiziaria fanno fede dei fatti materiali in essi accertati sino a prova contraria (1). Ciò vuol dire, che le loro dichiarazioni scritte sopra quanto hanno rilevato nell'esercizio delle loro funzioni sono documenti, che emanano legalmente da pubblici ufficiali, attendibili ed apprezzabili nel pubblico dibattimento, che ha luogo nei tribunali come in Corte di Assisie a differenza di qualunque dichiarazione scritta di semplici testimoni non attendibile nè leggibile all'udienza, dovendo i testimoni deporre oralmente nel dibattimento stesso. Ma ciò non vuol dire, che i tribunali debbano condannare il preteso reo alla pena correzionale del carcere, se in loro vien meno la convinzione, se le circostanze pubblicamente discusse abbiano scosso la fede dei processi verbali. In tema di condanne a pena corporale si verifica il caso di una prova contraria per qualunque circostanza che tolga la credibilità ordinaria ai verbali ed ai rapporti degli ufficiali di polizia.

L'assenza del reo, che legalmente citato non sia comparso in giudizio non impedisce il procedimento e la sentenza, che si pronunzia dal giudice o dal tribunale dopo udite le prove e la lettura dei documenti. Contro la condanna contumaciale avrà il contumace (a simiglianza di quanto accade nei giudizi civili) il rimedio della opposizione, e scaduti i termini, ovvero confermata la condanna in giudizio di opposizione, anche la facoltà dell'appello.

Ed anche nei giudizi per crimini si procede in contu-

(1) Pr. pen., art. 378.

macia contro il reo fuggiasco. Se non che non si chiama il *giuri*, non si procede in udienza pubblica all'esame delle prove, e gli stessi giudici legali deliberano in Camera di consiglio sugli atti della istruzione preparatoria e pronunziano la sentenza: il qual modo è stabilito per impedire i raggiri e la corruzione delle prove, che, palesandole, si darebbero in balla del contumace. Nè ci parrebbe inopportuno stabilire per legge (ma la legge vigente a ciò non ha provveduto) che un simile provvedimento di esaminare e deliberare in Camera di consiglio contro il contumace si potesse prendere anche nei giudizi correzionali, quando per la speciale gravità delle circostanze ne facesse richiesta il pubblico ministero.

La comparizione dell'imputato, o la sua costituzione in carcere, quando il medesimo già fosse colpito da un mandato di cattura, sono le condizioni della opposizione ad una condanna penale in contumacia.

L'effetto normale della opposizione si è una pienissima restituzione in intero, l'annullamento della condanna, e l'aprimiento del giudizio in contraddittorio. Ora se la condanna infligge pene di polizia o correzionali, i termini della opposizione sono limitati e relativamente brevi: che se la condanna infligge una pena criminale, vuole la legge che il diritto di opposizione duri perpetuamente, fintanto che non sia prescritta la pena medesima. Onde avviene, che il condannato in contumacia ad una pena criminale, in qualunque tempo si presenti volontariamente o si costituisca in carcere o pervenga in potere della giustizia prima che la pena sia prescritta, sarà sentito nel merito della causa, ed ammesso a fare le sue difese, come se non fosse stato contumace: la sentenza contumaciale sarà considerata

come non avvenuta, e si procederà ulteriormente contro di esso nella forma ordinaria (1).

Resterà ella dunque perpetuamente inoperosa, la condanna contumaciale? La legge doveva ella disarmare, esautorare se stessa, e proteggere il reo di crimini contumace sol perchè, comparendo, sarà sempre ammesso a difendersi e a rinnovare il giudizio? No per certo; la sentenza anche proferita in contumacia, dopo trascorso *un discreto termine* che sempre si dee concedere a chi si risolva per avventura di comparire e giustificarsi, acquista una presunzione di verità: e la legge dopo un discreto termine la dichiara provvisoriamente esecutoria in tutte quelle parti in cui possa avere effetto non ostante la fuga del reo; salvo a ristabilire possibilmente l'antico stato di cose in qualunque tempo avvenga che sia purgata la contumacia. Tale si è il principio che inspira parecchie disposizioni legislative sparse nei nostri Codici, le quali noi qui ravviciniamo e discorriamo brevemente, raffrontandole col principio, che le governa, acciocchè i nostri legislatori veggano, se per avventura non sia il caso d'introdurvi maggiore semplicità ed anche maggior coerenza.

1° Allorquando (così dispone la legge) una sentenza contumaciale porterà, congiuntamente *ad una pena criminale*, la condanna ad *una multa* od *ammenda*... essa potrà, quanto alla multa od ammenda, eseguirsi *provvisoriamente* dopo sei mesi dalla notificazione al condannato, se in questo termine non si è presentato o non è stato arrestato. Nondimeno questa esecuzione *provvisoria* non priverà il condannato del diritto di purgare la contumacia in qualunque tempo, prima che sia prescritta la pena criminale inese-

(1) Pr. pen., art. 529.

guita: presentandosi volontariamente, o essendo arrestato in qualunque tempo, si procederà ad un nuovo giudizio, e venendo assolto, si dovrà restituire la multa *provvisoriamente* riscossa: la legge nol dice testualmente, ma lo fa abbastanza intendere dichiarando *provvisoria* l'esecuzione (1);

2° Ogni condannato alla pena dei lavori forzati a tempo o della reclusione vien colpito, durante la pena, da interdizione legale, e gli è quindi nominato un tutore per agire in suo nome e per amministrare i suoi beni nelle forme prescritte dalle leggi civili per gli interdetti (2). Ma a produrre questi effetti gli è mestieri che la condanna sia divenuta *esecutoria*: il che si verifica nei giudizi contraddittoriali dopo la notificazione della sentenza passata in giudicato e per ogni rispetto irrevocabile. Quanto alle contumaciali, sempre rinvocabili, la legge ha dovuto, per l'effetto di cui si tratta, introdurre ancora *la esecuzione provvisoria* dopo un discreto termine, che essa qui restringe a trenta giorni (3). Adunque il condannato in contumacia ai lavori forzati a tempo od anche solo alla reclusione, trenta giorni dopo la notificazione della sentenza, cade in stato d'interdetto legale, e gli vien nominato un tutore, che amministra e rimane come il sequestratario dei proventi. Quantunque poi, purgata la contumacia, la condanna si abbia come non avvenuta, e debba pur revocarsi la datavi esecuzione provvisoria in ordine alla costituzione di un tutore sequestratario, egli è manifesto che *per i fatti compiuti* l'amministrazione legale intermedia dee restare intangibile; tutte le disposizioni e contrattazioni del tutore relative alla ge-

(1) Pr. pen., art. 584.

(2) Cod. pen., art. 22.

(3) Pr. pen., art. 585.

stione del patrimonio son conservate, e restano invalide e prive di effetto tutte quelle, che il contumace, interdetto provvisoriamente durante la contumacia, avesse preteso di dare. Diciamo adunque, che il condannato in contumacia ai lavori forzati a tempo o alla reclusione trenta giorni dopo la notificazione della sentenza rimane sostanzialmente privato dell'*esercizio personale de'suoi diritti civili patrimoniali*, benchè questi gli siano conservati col ministero di un tutore sequestratario;

3° La condanna alla pena capitale, o a *quella dei lavori forzati a vita*, proferita in contraddittorio, passata in giudicato e notificata, trae seco la perdita dei diritti politici e di quelli specificati nell'articolo 44 del Codice civile delle antiche provincie del regno (1). Che se la condanna è proferita in contumacia, la legge, quanto all'effetto della perdita dei diritti civili, torna ad applicare il suo sistema *della esecuzione provvisoria dopo un discreto termine*; ma questa volta il termine non è più nè di trenta giorni, nè di sei mesi, ma di *cinque interi anni*, durante i quali il condannato in contumacia alla pena capitale, o ai lavori forzati a vita ritiene (dice la legge) *il godimento dei diritti civili* (2). E che? sarà forse, *durante il quinquennio*, in miglior condizione il contumace condannato alla pena capitale o ai lavori forzati a perpetuità, di quel che sia il condannato ai lavori forzati a tempo o alla reclusione? *Godrà il primo dei diritti civili, durante un quinquennio intero, mentre l'altro, trenta giorni dopo la notificazione della sentenza contumaciale, vien colpito da interdizione legale?* No: questo non poteva essere, e non è nè l'intento nè l'effetto

(1) Cod. pen., art. 20.

(2) Cod. pr. pen., art. 529.

delle richiamate disposizioni legislative: il contumace, di cui discorriamo, ritiene, pendente il quinquennio, il *godimento* dei diritti civili, ma ne perde l'*esercizio*; così distingue la legge. Or codesta distinzione (che generò infinite dispute e gittò la confusione fra i commentatori i quali non si sollevarono in questa parte alla considerazione *complessiva* della legislazione civile, penale, e di procedura) vuole essere applicata ai *diritti civili patrimoniali*, e riceve un significato assai ragionevole. Sostanzialmente importa, che il contumace, di cui ragioniamo, pur ritenendo nel quinquennio i diritti civili, rimanga colpito da interdizione legale, e dei diritti patrimoniali conservatigli in godimento col ministero di amministratori sequestratarii, esso perda, a somiglianza dell'interdetto legale, il *personale esercizio*. Esso dunque nei cinque anni ritiene il proprio patrimonio, acquista per donazioni, per testamenti, per successione legittima, ed anche l'usufrutto di beni avvenziosi in forza della patria potestà: ma questo patrimonio anche siffattamente aumentato è amministrato da altri: tutti gli atti e contratti relativi alla gestione del patrimonio, alla difesa o alla ricupera di esso in giudizio appartengono all'ufficio e alla potestà degli *amministratori sequestratarii*, e sono per conseguenza *interdetti* al contumace, e se ne facesse, *sarebbero nulli, e in qualunque caso e perpetuamente privi di effetto*. Così intesa la legge, non pecca altrimenti che per vizio di redazione in quanto per significare lo stato d'interdizione legale, che ha nella legge medesima la sua propria e consacrata espressione, essa avrebbe immaginato una distinzione oscura, ambigua, apparentemente bizzarra tra il *godimento* e l'*esercizio* dei diritti civili.

Applicata ai diritti civili inerenti alla *persona* non al

patrimonio del cittadino, la detta distinzione non presenta che una contraddizione nei termini, un assurdo, un concetto di cosa impossibile. Così l'*esercizio* e il *godimento* del diritto di far testamento sono una cosa sola, e necessariamente *si perdono o si ritengono insieme*; perciocchè non si potrebbe *godere* col ministero altrui del diritto di far testamento; per averne il godimento bisogna poterlo esercitare personalmente; e così dei diritti politici, dei diritti personali di governo domestico dipendenti dalla potestà maritale e paterna, della capacità di stare in giudizio, di essere assunto come testimonio o perito, il legislatore, togliendone l'*esercizio personale*, non potrebbe se non con manifesto assurdo pretendere di averne conservato al contumace il *godimento*. Adunque la distinzione *verbale* tra il *godimento* e l'*esercizio* dei diritti civili dee scomparire (per quanto pare a noi) dai nostri Codici: perciocchè *nei diritti civili suscettivi di essere goduti col ministero di amministratori*, se si vogliono conservare al contumace per un quinquennio, togliendone solo al contumace il *personale esercizio*, non si ha che a proferire la consacrata espressione d'*interdetto legale*. E quanto ai diritti *personali*, nei quali è inseparabile il godimento dall'*esercizio*, il legislatore, procedendo con adeguati concetti, dovrà definir nettamente quali esso voglia conservati, e quali immediatamente perduti: e la questione da risolversi legislativamente cade precipuamente sul diritto di far testamento (1).

Ora torniamo al concetto fondamentale della legge. La

(1) Di quattro progetti di Codice civile che già vennero in luce, i primi tre riproducono, con qualche schiarimento, la distinzione tra il *godimento* e l'*esercizio* dei diritti civili, l'ultimo rinvia al Codice penale (di cui si suppone la revisione) il regolamento di tutta questa materia.

condanna, che importi di sua natura la perdita dei diritti civili, non li toglie in effetto, se prima non diventa *esecutoria*; e proferita in contumacia, essa non diventa *esecutoria* pel detto effetto se non dopo un quinquennio dalla sua notificazione: in questo senso gli è vero il dire, che durante il quinquennio il contumace vive, muore, o compare od è carcerato nell'integrità de' suoi diritti, *salva la nullità di tutti quegli atti, dei quali gli è interdetto il personale esercizio*. Compiuto il quinquennio, la condanna, per l'effetto d'infliggere la perdita dei diritti civili, diventa *esecutoria*: non solo il sequestro, ma il *godimento* stesso del patrimonio è devoluto agli eredi presunti, i quali continuando ad essere sequestratarii della nuda proprietà, percepiscono a proprio profitto i proventi; e le successioni che si aprano a favore del contumace sono per lui (oramai privato dei diritti civili) irreparabilmente perdute: e la morte che raggiunga il contumace in tale stato, sarebbe, quanto alla perdita dei diritti civili, la sanzione definitiva dell'esecuzione che già ebbe la condanna al termine del quinquennio. Gli è vero però, che il contumace ha sempre il diritto di comparire, e, non volendo, può cadere in potere della giustizia, e allora la condanna contumaciale rimane ancora annullata, e nel nuovo giudizio il già contumace potrebbe essere assolto, o condannato a pena non importante la perdita dei diritti civili. In questi casi il contumace recupera i diritti civili per l'avvenire, il possesso e il godimento del suo patrimonio, la facoltà di acquistare per successione, ma non scuote da sè i fatti compiuti: *gli effetti* della esecuzione sino al punto in cui sia poi stata interrotta, rimangono (1);

(1) V. Cod. civ., art. 52-58.

4° Quanto alle indennità, che si siano liquidate e pagate alla parte civile, l'effetto del quinquennio trascorso è più decisivo ancora. Le condanne civili *già eseguite* diventano dopo il quinquennio irrevocabili, come se si fossero pronunciate in contraddittorio: anche in caso di assoluzione dal crimine si denaga al già contumace la ripetizione delle somme riscosse a titolo di danni, e solo si dispensa dal pagamento di quelle che non ostante l'antica condanna contumaciale fossero rimaste insolute (1).

(1) Pr. pen., art. 567.

CAPITOLO VIII.

Del Giudizio di cassazione, e di revisione: rinvio.

Le sentenze di ultima istanza in materia di polizia, correzionale e criminale, vanno soggette ad annullamento in giudizio di Cassazione per violazione e falsa applicazione delle leggi penali, di competenza e di procedura.

Per errore di fatto si ammette la revocazione o la revisione nei soli tre casi seguenti:

1° Quando due persone siano condannate per uno stesso crimine con due sentenze che non possono conciliarsi e sono la prova dell'innocenza dell'uno o dell'altro condannato, eseguendole entrambe *si avrebbe la certezza di punire un innocente!* (uno dei due). Si procede dunque ad un nuovo giudizio in contraddittorio simultaneo di tutti e due (1);

2° In caso di condanna *per omicidio*, se la persona supposta uccisa ricompare a smentir la condanna, quando sia verificata per bene *l'identità* della persona che ricompare con quella già scomparsa e che si credeva uccisa, la condanna si annulla (2);

(1) Pr. pen., art. 671.

(2) Art. 672.

3° Quando i testimonii che deposero a carico dell'accusato che fu condannato, vengano a loro volta in un giudizio posteriore accusati e condannati di falso in ragione di quella loro testimonianza, si revoca la prima condanna, e si procede, riguardo a quel primo accusato, ad un nuovo giudizio (1).

Limitata a questi tre casi ben si può dire, che la revoca della condanna in materia criminale per errore di fatto non è ammessa.

Ma del giudizio di cassazione e di revisione, come di molte altre parti processuali che abbiamo toccate nel presente titolo, daremo in più opportuna sede una trattazione più ampia. Lo scopo del presente titolo era questo solo di presentare *nel suo ordine essenziale l'insieme organico della procedura penale*.

(1) Pr. pen., art. 673.

CAPITOLO IX.

Della formola delle sentenze,
e dell'autorità dei giudicati in materia penale.

Se ci fosse permesso di trasferire il linguaggio delle azioni civili alle sentenze penali, diremo, che delle sentenze penali altre sono *conceptae in rem*, e altre *in personam*. Le prime estinguono l'azione penale riguardo a tutti, quantunque non impediscano la difesa riguardo ad accusati, i quali non fossero nel primò giudizio. Le seconde non estinguono l'azione penale, ma solo ne *esimono una determinata persona*. Questa distinzione non si applica esattamente ai giudicati criminali considerati nei loro effetti sulle azioni e difese civili: in questo novello rapporto s'intenta un altro principio, ed è questo, che i giudicati criminali estinguono e l'azione e la difesa civile, tuttavolta che l'azione e la difesa *contraddirebbero direttamente a ciò che nel giudizio criminale fu sentenziato*.

Svolgiamo brevemente gli accennati concetti.

Sono *conceptae in rem* ed escludono affatto l'azione penale:

1° Le sentenze, che dichiarano esclusa l'esistenza stessa del fatto;

2° Le sentenze, che ritenuto per sussistente il fatto, di-

chiarano non essere al medesimo applicabile veruna legge penale;

3° Le sentenze, le quali ritenuto per sussistente e provato il fatto, e ritenuta anche l'applicabilità al medesimo di una disposizione penale, dichiarano tuttavia l'azione penale, che ne sorgeva in origine, estinta per effetto di prescrizione o altrimenti.

Sono *conceptae in personam*, e non escludono l'azione penale, e solo *ne esimono una determinata persona* tutte quelle sentenze che senza escludere il fatto nè l'applicabilità al medesimo di una disposizione penale, e senza dichiarare l'azione penale prescritta od altrimenti estinta, ritengono però che l'imputato non ha commesso il reato ascrittogli, e che non vi ha preso alcuna parte, o che ad ogni modo la sua *reità* non sia provata.

Le sentenze *conceptae in rem* dichiarano *non farsi luogo a procedimento*: le sentenze *conceptae in personam* assolvono l'imputato (1).

Le sentenze *in rem conceptae*, e passate in giudicato inhibiscono l'azione penale riguardo a tutti i supposti complici o rei, benchè non chiamati nel primo giudizio. Poniamo, che accusato di furto un individuo, la sentenza ritenga esclusa l'esistenza stessa del furto e dichiarare perciò non farsi luogo a procedimento; se il pubblico ministero proponesse la medesima accusa contro un altro individuo non prima ricercato sotto pretesto che *res inter alios judicata aliis non prodest*, l'azione sarebbe validamente respinta dal novello accusato *colla eccezione rei judicatae*: la regola, che nei giudizi civili ammette la *possibilità giuridica* di sentenze contraddittorie, quando si cangia la persona del

(1) V. gli articoli 331, 332, 334, 498, 501 del Cod. pr. pen.

convenuto, appartiene alla logica del diritto privato, e non si può trasferire ai giudizi penali che non si appagano di *verità relative e fittizie*: ed è manifesto, che ammettere due sentenze contraddicenti sulla stessa questione solo perchè si cangia la persona del convenuto, ed accertarle entrambe siccome vere, quando la verità dell'una costituisce la prova necessaria dell'errore dell'altra, se può stare nel congegno degli interessi civili, dipende però da un sistema fittizio e di pretta legalità, che anche ad un errore assolutamente provato può dar forza di *verità relativa*.

Confessiamo, che sul punto di cui trattiamo, la legge non si è chiaramente spiegata; ma i principii razionali della materia parlano ben chiaramente da se medesimi, e suppliscono al difetto della legge. Infatti poniamo per un istante che il novello accusato non si possa difendere coll'eccezione *rei judicatae*: poniamo, che nel nuovo giudizio il pubblico ministero ottenga da altri giudici una sentenza contraria alla prima, e dove la prima negava, essere stato commesso un furto, un veneficio e simili, la seconda invece affermi essere avvenuto il furto, e ne dichiarare coautore o complice il novello accusato: le due sentenze contraddittorie avranno forse creato la *certezza morale*? No: *hanno creato il dubbio: la seconda sentenza portante condanna sarebbe dunque illegittima*. Già lo abbiamo detto più volte: la giustizia e la politica necessità (l'esemplarità) sono le due condizioni di legittimità nelle condanne penali, e la prima condizione, quella della giustizia, si adempie solo *colla certezza morale*. Ed anche l'esemplarità verrebbe meno nel proposto caso: perciocchè accettando per vera e legittima la seconda sentenza portante condanna del complice o coautore, lungi dall'essere soddisfatto il

bisogno dell'esemplarità ne emergerebbe lo scandalo del primo reo impunito. Conchiudiamo dunque, a tenor dei principii invariabili che regnano nei giudizi penali, che le sentenze in *rem conceptae*, neganti l'esistenza stessa del fatto allegato nell'atto d'accusa, fanno stato di cosa giudicata non solo a riguardo di chi si trova in giudizio, ma a favore di tutti: una nuova azione è inammissibile, perchè una seconda sentenza contraddicente alla prima a carico di altre persone sarebbe illegittima per doppio rispetto, non adempiendo alla condizione della certezza morale, nè al bisogno dell'esemplarità: si condannerebbe un supposto reo *nel dubbio*, per destare lo scandalo di un primo reo impunito.

E similmente le sentenze che pur ritenendo siccome provato il fatto non riconoscano nel fatto la qualità di reato, per difetto di legge penale applicabile, faranno stato di cosa giudicata a favore di tutti, ed estingueranno in modo assoluto l'azione penale: perciocchè ricorrono le stesse ragioni: una sentenza contraria a carico di altre persone non produrrebbe che il dubbio e desterebbe uno scandalo.

E così infine avverrà, se ritenendo provato il fatto, e riconoscendo nel fatto la qualità di reato, si dichiara prescritta od altrimenti estinta l'azione penale che competeva in origine. Avvertiamo infatti, che per legge *un atto di processo contro un solo imputato* interrompe la prescrizione riguardo a tutti, per modo che quella sentenza, la quale dichiara prescritta l'azione penale, dichiara necessariamente, non esservi stato in tempo utile *atto di processo* contro nissuna persona, ed una seconda sentenza che tenesse viva (non prescritta l'azione) non potendolo fare che sul fondamento *di un atto di processo* contro qualche per-

sona seguito in tempo utile per lo stesso reato, contraddirebbe necessariamente alla prima.

Questo rigore di analisi che distingue i casi di assoluta esclusione dell'azione penale *dai casi di semplice e personale assolutoria dell'imputato, salvo il procedimento contro altre persone*, è comandato formalmente dalla legge ai tribunali di polizia e correzionali, ma non così esattamente alle Corti d'Assisie per quanto riflette il giudizio dei giurati. Altra volta anche ai giurati si proponevano distinte questioni: 1° Sull'esistenza stessa del fatto; 2° Sull'imputabilità del medesimo all'accusato; ora non più: si propone ai giurati una sola e complessa questione sull'imputabilità all'accusato di un fatto che si specifica: ondechè nel voto negativo dei giurati riesce impossibile discernere la negazione del fatto stesso dalla semplice negazione dell'imputabilità personale, potendo i giurati, e ciascuno di essi guidato personalmente da un motivo o dall'altro, aver negato la colpevolezza o perchè non si credesse alla esistenza del fatto, o perchè non se ne credesse autore o partecipe l'accusato. La legge intanto prescrive, che la decisione negativa dei giurati dia sempre luogo *ad una semplice assolutoria dell'accusato* per organo del presidente della Corte d'Assisie (1). Onde non avverrà giammai, che da una decisione assolutamente negativa dei giurati, e dalla conseguente assolutoria pronunciata dal presidente altri accusati possano desumere un'eccezione di *regiudicata*.

Ma se i giurati affermano il fatto imputando all'accusato, i giudici legali della Corte d'Assisie sono allora chiamati a giudicare sull'esistenza dell'azione penale, e se dichiarassero non punito il fatto da veruna legge, ovvero

(1) Pr. pen., art. 498.

prescritta od altrimenti estinta l'azione penale già competente in origine, la sentenza farebbe stato senza dubbio di *regiudicata* a favore di tutti.

Può ancora succedere, che la decisione stessa dei giurati, escludendo dal fatto un determinato carattere, appaia *in rem concepta*. Poniamo il caso di una banda armata: la forza pubblica la dissipa, e di quei che ne fanno parte altri sono arrestati, altri fuggono: e gli arrestati sono tradotti in giudizio: interrogato il *giurì distintamente* se gli accusati facessero parte di una banda armata avente per oggetto: 1° Di cangiare la forma del Governo; risponde, no; 2° Avente per oggetto di saccheggiare, depredare, ecc.; risponde, sì. Poniamo, che i fuggitivi siano poscia arrestati, e tradotti in giudizio, e che il *giurì* questa volta dichiarì avere gli accusati fatto parte di una banda armata *avente per oggetto di cangiare la forma del Governo*: chi non vede, che *sul carattere della banda armata* che è sempre la stessa, il secondo verdetto contraddice al primo? Nel reato, di cui si tratta, la legge fissa tassativamente i due estremi, cioè: 1° Il carattere, lo scopo della banda in complesso, il quale non può nel medesimo tempo essere e non essere; 2° Il fatto di avere avuto parte nella banda medesima (1). Adunque la decisione del primo *giurì* che attribuisce alla banda armata uno scopo men reo, è una vera decisione *in rem*, benchè apparentemente, *concepta in personam*, e dovrebbe fare stato di cosa giudicata a favore di tutti (2).

(1) Cod. pen., art. 164.

(2) Il caso è avvenuto in terra italiana, e fu riferito nella sezione civile della Corte di Cassazione (essendo in ferie la sezione penale). Il Pubblico Ministero si attenne a considerare il primo verdetto siccome il riflesso d'una opinione ancor sospettosa del nuovo governo, e a lodare il secondo qual vera e sincera espressione del sentimento pubblico illuminato e fatto amico

Abbiamo chiarito come, e perchè la cosa giudicata *inter alios* possa talvolta giovare a novelli accusati: forsechè in senso inverso potrà *nuocere* quando la stessa questione si riproduca in un nuovo giudizio? L'esistenza del furto, d'un veneficio e simili fu dichiarato in contraddittorio di un primo imputato, e condannato questo, si traduce in giudizio un altro individuo siccome coautore o complice dello stesso reato: il novello accusato nega ancora l'esistenza stessa del fatto, che per conseguenza non si saprebbe imputare nè a lui, nè ad altra persona del mondo: il pubblico ministero oppone, sull'esistenza del fatto, la cosa giudicata, e pretende che il novello accusato debba *limitare la sua difesa* a ciò che riflette direttamente la sua partecipazione: terremo noi per ammissibile, buona e fondata l'eccezione del pubblico ministero? No: la legge non ce lo impone, e la ragione non lo consente. Se l'accusa è il diritto assoluto della Società armata dei poteri della giustizia per la difesa sociale, la piena libertà della difesa per parte dell'accusato è il diritto assoluto dell'uomo, al quale non si può dire: *su questo punto già fosti condannato prima ancora di essere stato accusato*.

Si agiterà dunque e si deciderà liberamente la stessa questione, e quel fatto, la di cui esistenza fu affermata nella sentenza di condanna del primo reo, potrà essere negato nella seconda sentenza *liberatoria* del nuovo accusato: onde avremo sul medesimo fatto *due sentenze contraddittorie, una di condanna e l'altra di liberazione*. In tema

dell'unità nazionale. *Ma la questione di diritto* fu sollevata nelle deliberazioni della Corte in camera di Consiglio; essa però non venne decisa nettamente, rimase sopraffatta da non so quali circostanze accidentali, e ne emerse (credo) uno di quegli che si chiamano *arrêts d'espèces*, e che sono gli inevitabili *attriti* e le *scabrosità* della pratica.

di revisione la legge contempla soltanto il caso di due sentenze, *entrambe di condanna*, che non si possono conciliare, e prescrive, che *entrambe* si annullino, ed *ambidue* gli accusati siano ancora tradotti in giudizio (1). Nel caso nostro *una sola* è la sentenza di condanna, e la seconda sentenza di liberazione del novello accusato è un diritto irrevocabilmente acquisito: siamo dunque sospinti fuori delle previsioni della legge e della procedura specifica da essa prescritta, e non negheremo, che la ragione del caso sia pure alquanto diversa: perciocchè se le due sentenze *contraddittorie* sono *entrambe* di condanna, a volerle eseguire ambedue, s'incorre nella *certezza assoluta* di punire un innocente: dovchè nel caso nostro emerge solo *un dubbio*, la certezza non già: potrebbe il primo essere stato giustamente condannato, e pel medesimo fatto indebitamente assolto il secondo. Ma *un dubbio legalmente e solennemente accertato* da una seconda sentenza, che sul medesimo fatto contraddice alla prima, non basta forse a rendere illegittima la prima condanna? La legge stessa vuol rievocata la condanna, quando siano dichiarati rei di falso alcuni testimoni che nel primo processo deposero a carico del condannato (2). Eppure in questo caso non vi ha altro di accertato che un *grave dubbio* contro la prima condanna, la quale potrebbe appoggiarsi per avventura ad altre testimonianze ed essere *confermata* nel giudizio di revisione. Noi dunque crediamo, che, se non la giurisprudenza, certo *la legge*, pel caso di cui abbiamo discorso, debba introdurre un mezzo di revisione. Intanto supplirebbe il diritto di grazia.

(1) Cod. pr. pen., art. 671.

(2) Pr. pen., art. 673.

Nei rapporti dei giudicati penali cogli interessi civili abbiamo posto per principio, che il giudicato estingue ogni azione e difesa civile, che vi contraddica direttamente. Passiamo a svolgere questo principio ponendo i diversi casi, dai quali emerge:

1° Oggi un dichiarato assassino sale il patibolo; domani un tribunale civile sentenziando tra gli eredi del *giustiziato*, e gli eredi della vittima, che domandano l'indennità, dichiara non essere il *giustiziato* reo dell'ascrittogli assassinio, ed assolve i di lui eredi dalla domanda dei danni!! Sarebbe un'immanità: sarebbe una mostruosità anche solo permettere il giudizio e l'indagine: la condanna criminale è una verità sociale, assoluta: qualunque *dubbio legalmente permesso* la dovrebbe annullare siccome illegittima: adunque la condanna criminale fa stato di cosa giudicata *adversus omnes*: davanti alla sua autorità *assoluta* non vi ha che il *diritto assoluto* dell'umana persona, che possa resistere e all'uopo trarla a revisione, ma tace e si annulla ogni altro interesse minore, ogni interesse civile, il quale non ha che un valore *relativo*, conseguentemente *annullabile in relazione* ad un bisogno maggiore.

In applicazione di questi principii la legge prescrive, che la sentenza condanni il reo contemporaneamente alla pena e al risarcimento dei danni verso *gli interessati* benchè questi non siano intervenuti nel giudizio (1);

2° La sentenza esclude l'esistenza stessa del fatto; ovvero riconoscendolo avvenuto, dichiara che l'accusato non ne fu l'autore, nè complice, nè in alcun modo partecipe, e lo libera. Le sorti son pari: la *regiudicata* fa stato *adversus omnes*: coll'azione penale rimane estinta qualunque

(1) Pr. pen., art. 554.

azione civile degli interessati. Affrettiamoci a dire, che gli interessati hanno diritto di costituirsi *Parte civile*, cioè intervenire nel giudizio penale a tutela dei loro interessi: e benchè intervenendo non tolgano di mano al pubblico ministero l'esercizio e l'indirizzo dell'azione penale, tuttavia non son lasciati dalla legge senza mezzi e senza diritti nel coadiuvare l'accertamento del fatto (1). Ma intervengano, o stiano assenti, la sentenza che esclude il fatto in se stesso, ovvero ogni partecipazione dell'accusato, lo libera in modo assoluto da ogni ulteriore molestia. Infatti l'azione civile lasciata libera rinnoverebbe ancora l'accusa con tutto il suo peso morale: l'imputazione di un crimine è forse men grave all'onore dell'uomo quando lascia l'accusato immune da pena, e lo carica solo d'infamia? Per questo la legge, derogando al sistema delle azioni civili ordinarie, assoggetta l'azione civile nascente dal crimine a quella medesima prescrizione, a cui soggiace l'azione penale, acciocchè entrambe muoiano insieme, e chi già fu liberato con giudicato dall'azione penale prescritta non avesse a subire pel medesimo fatto criminoso un secondo giudizio in forza dell'azione civile non ancora prescritta.

In conclusione (lo dice testualmente la legge) la Parte danneggiata od offesa (ancorchè non sia intervenuta nel giudizio penale, potendo intervenire) non potrà più esercitare l'azione civile pei danni sofferti, quando *con sentenza divenuta irrevocabile* (2), l'imputato sarà stato assolto

(1) V. il titolo seguente.

(2) A questo punto si rannoda la questione discorsa nel titolo seguente, quali mezzi abbia o debba avere la parte civile interveniente perchè la sentenza *non divenga irrevocabile* senza subire tutti gli esperimenti di legge.

o si sarà dichiarato non essere luogo a procedimento, *perchè consta non essere avvenuto il fatto che fece l'oggetto dell'imputazione, o non averlo l'imputato commesso, nè avervi avuto parte, od essere l'azione penale estinta colla prescrizione (1)*;

3° Senza negare il fatto nè la partecipazione avutavi dall'accusato, senza dichiarare prescritta l'azione, la sentenza assolve l'accusato per non essere provata a di lui carico *quella reità criminosa* che sola è colpita da sanzione penale. — L'azione civile sussisterà: perocchè il suo esercizio a titolo di colpa o d'imprudenza atta a produrre obbligazione di risarcire il danno *non contraddice direttamente* la sentenza penale, che solo ha negato la reità criminosa. In conseguenza la decisione assolutoria del *giurì*, siccome quella che è sempre limitata alla negazione *della reità* non estingue in modo assoluto l'azione civile. Proclamata dal presidente l'assolutoria dell'accusato, che i giurati dichiararono *non colpevole*, l'ulteriore apprezzamento del fatto in via civile s'appartiene ai giudici legali della Corte d'Assisie, i quali avranno facoltà di condannare l'accusato, assolto dal *giurì*, al risarcimento dei danni verso la Parte civile, quando così gli ispiri la loro intima convinzione (2);

4° I giudicati dell'istruzione preparatoria, che non abbiano fatto luogo a procedimento *per solo difetto di sufficienti indizii* non estinguono l'azione penale, che per sopravvenienza di nuove prove potrà essere ripresa. Sussiste adunque anche l'azione civile: essa è portata dagli interessati dinanzi ai tribunali civili, i quali conoscono degli

(1) Pr. pen., art. 6.

(2) Pr. pen., art. 498, 555, 556.

elementi civili del fatto, e quando nello svolgimento del giudizio vi scorgessero nuovi elementi criminosi non ancora apprezzati dalle sentenze emanate sul processo inquisitoriale, dovrebbero ancor deferire gli atti della causa al pubblico ministero per l'opportuno esercizio dell'azione pubblica. — Ma se i giudicati dell'istruzione preparatoria avranno dichiarato non farsi luogo a procedimento *perchè l'azione penale si trovasse estinta colla prescrizione*, l'autorità assoluta di quei giudicati nella questione di diritto non potendo essere contraddetta nemmeno in via civile, estinguerà ancora qualunque azione dei danneggiati (1);

5° *Se per solo difetto di sanzione penale applicabile al fatto* sia stato escluso il procedimento, in qualunque processo e da qualunque giudice sia emanata l'ordinanza o la sentenza, egli è manifestissimo che non potrà giammai influire sulle conseguenze ed azioni civili emergenti dal fatto;

6° Può succedere, che la sentenza pur dichiarando in giudizio criminale *non constare del fatto*, non rechi all'accusato assolto alcuna vittoria nei rapporti civili. Ciò avviene nelle querele di falso *sopra scritture private*. Il querelante non vince in giudizio criminale, *se non prova il falso*: ma a sua volta il portatore della scrittura privata, assolto in giudizio criminale, non vincerà nel giudizio civile *se non proverà la verità della scrittura medesima*: son mutate le veci quanto al carico della prova: e si concepisce benissimo che di una privata scrittura non siasi data nè dall'accusatore la piena prova della falsità, nè dall'attore civile la piena prova della verità. Altrimenti succede la

(1) Pr. pen., art. 6.

cosa nei documenti pubblici, i quali sono *probationes probatae*: la sentenza che in giudizio criminale dichiara *non constare del fatto*, influisce sui rapporti civili: esclusa la prova della falsità, il documento pubblico, portante seco la presunzione legale di verità, riesce di necessità legalmente vero;

7° Procedendosi in via criminale per querelato falso su scritture civili private o pubbliche, il *giudice* (dice la legge) *sentirà* tutte le persone, che possono avere interesse nella scrittura (v. gr. tutti i legatarii scritti nel testamento accusato falso) per dare quei lumi, ed indicare quei testimoni che credessero opportuni per la verificazione del fatto, e prendere anche, ove lo stimino, parte nella causa pel loro interesse civile (1). Gli è che la sentenza dichiarante la falsità annulla in modo assoluto il documento, con tutte le azioni ed eccezioni dipendenti dal medesimo. Il documento è riformato o distrutto secondo i casi (2); e la sua verità non potrà più essere allegata o sostenuta dinanzi a nissuna giurisdizione e per nissuno interesse;

8° Le persone *civilmente responsabili* sono citate ad intervenire nel procedimento criminale ad istanza del pubblico ministero o della Parte civile secondochè l'uno o l'altra vi avrà interesse (3). Infatti la sentenza di condanna del reo colpirà civilmente anche le persone che rispondono per il reo del danno dato: anzi è la stessa sentenza che condannando il reo alla pena e al risarcimento dei danni deve pur condannare siccome garanti dell'indennità le persone civilmente responsabili (4). In conse-

(1) Pr. pen., art. 680.

(2) Pr. pen., art. 688.

(3) Pr. pen., art. 534 e seg.

(4) Art. 542.

guenza tutti i benefizii della legge competenti all'accusato in prima e seconda istanza sono comuni alle persone civilmente responsabili per tutto ciò che riguarda il loro interesse civile (1). E se per caso non fossero chiamati nè dal pubblico ministero, nè dal querelante che per avventura non siasi nemmeno costituito Parte civile, non si denegherà alle persone civilmente responsabili, informate del processo, il diritto d'intervenirvi spontaneamente. Ma sorge un gravissimo dubbio pel caso in cui la persona civilmente responsabile non sia stata chiamata, nè intervenga spontaneamente: chiamata in giudizio dopo la condanna del reo potrà forse impugnare ancora quel fatto medesimo, che la condanna penale dichiara costante? Impossibile: diremo noi decaduti i danneggiati da ogni azione civile contro le persone civilmente responsabili, perchè essi medesimi non intervennero nel processo, e non vi chiamarono le dette persone? La legge non ha stabilito la decadenza. Dunque le dette persone risponderanno del danno dato, tenuto per costante, e come cosa giudicata anche dirimpetto a loro, il fatto del crimine già dichiarato dalla sentenza penale. In verità appena è che le persone civilmente responsabili possano ignorare il processo criminale vertente, e il diritto d'intervenirvi, anche non chiamate, le garantisce abbastanza (2).

Concludiamo questo esame di casi particolari ripetendo il principio che li domina tutti, e diciamo, che il giudicato in materia criminale estingue riguardo a tutti, intervenuti oppur no nel giudizio, qualunque azione e difesa civile

(1) Art. 541.

(2) Così deciso dalla Corte di Cassazione, sezione civile, dopo ripetute e mature deliberazioni in camera di Consiglio.

che contraddica direttamente al giudicato medesimo, lasciando sussistere solo quelle che si possano conciliare con esso.

Ora però ci tocca di esaminare brevemente l'autorità dei giudicati sotto un altro aspetto, cioè per rispetto *alla comprensione del fatto*.

L'accusato assolto o riguardo al quale siasi dichiarato, non farsi luogo a procedimento, non potrà più essere sottoposto a processo nè accusato *pel medesimo fatto*: così la legge (1); e vuol dire, che tutte le prove, tutte le azioni, tutti gli elementi costitutivi del fatto dedotto in giudizio penale vi sono virtualmente compresi, benchè non tutti per avventura espressamente specificati, e tutti sono esauriti od estinti dal giudicato che sia per emanarne (*non bis in idem*). Alcune applicazioni chiariranno la regola:

1° Un furto è commesso di molti oggetti, che sono specificati e numerati nell'atto di accusa. *Assolto* o *condannato il reo*, il pubblico ministero, venendo a scoprire che altri oggetti, non stati prima specificati nè conosciuti furono asportati dal ladro, propone una nuova accusa: sarà essa ammissibile? No: il furto è un solo, e tutti gli elementi che lo costituiscono furono di diritto compresi nel primo giudizio, benchè di fatto non espressi: il reo dopo una prima sentenza passata in giudicato non può essere più ricercato pel medesimo furto (pel medesimo fatto);

2° Un'accusa di veneficio è respinta dalla decisione negativa dei giurati. Il pubblico accusatore vorrebbe ripigliare il medesimo fatto per dedurne una novella accusa di tentato aborto, onde sia avvenuta morte alla donna. Vi

(1) Pr. pen., 504, 526.

si opporrà giustamente il *non bis in idem*: l'accusato non dee più essere ricercato *pel medesimo fatto*: l'azione di *tentato aborto*, come *quella di veneficio*, che ne dipendevano, sono estinte ed esaurite, benchè una sola di esse sia stata espressamente proposta: perciocchè entrambe si potevano e si dovevano proporre con questioni principali e sussidiarie, e più di un giudizio criminale in dipendenza di un fatto non si dee permettere;

3° Un omicidio è avvenuto: si propone l'accusa di omicidio volontario: il giuri la respinge: il pubblico accusatore indarno promuoverebbe un novello giudizio contro lo stesso individuo dicendo essere l'omicidio avvenuto *per colpa ed imprudenza di lui*, ed essere lui stato assolto unicamente dal crimine: osta al novello giudizio il *non bis in idem*: l'accusa di omicidio volontario come quella di colpa e d'imprudenza, causa di omicidio, dipendenti dal medesimo fatto, erano di diritto e virtualmente comprese nel primo giudizio: l'omissione della questione sussidiaria che si doveva proporre non rende ammissibile un'azione già *estinta*, se non esaurita, dal giudicato;

4° Ma se i fatti sono diversi, benchè connessi, svanisce l'eccezione del *non bis in idem*. Assolto un reo di assassinio per difetto di prove, il pubblico ministero viene in seguito a scoprire la prova compiuta non solo dell'assassinio già stato dedotto in giudizio, ma di un altro ancora commesso dal medesimo reo *per assicurarsi l'impunità* del primo. Quest'ultimo crimine, avuto riguardo allo scopo, era certamente connesso col precedente, e conosciuto, si sarebbe dovuto proporre nello stesso giudizio: esso però è un crimine per sè sussistente e distinto, non è il medesimo fatto. Adunque le nuove prove e il nuovo giudizio non rapiranno al reo il beneficio dell'assolutoria dal primo

crimine, pel quale la *regiudicata* vieta ogni ulteriore accusa, ma lo condurranno alla meritata condanna in ragione del secondo che non fu realmente dedotto, e qual fatto diverso non era virtualmente compreso nel precedente processo (1);

5° Una continuazione di furti commessi anche in diversi tempi dalla stessa persona costituisce un *complesso* che può essere dedotto nello stesso giudizio: e allora si riuniscono i diversi valori in un solo per farne il valore *qualificante*, e dedurne un furto qualificato. Tuttavia i singoli furti son fatti e reati per sè distinti, e la facoltà di *riunirli* nello stesso giudizio non li trasforma in un *fatto solo*. Adunque per altri furti della medesima serie, ma prima non conosciuti, e per questo omessi, una nuova accusa sarà sempre ammissibile (2). Altro sarebbe nel caso di una *abitudine* che fosse colpita da legge penale, quale si era l'*abitudine* dell'usura già punita dal Codice anteriore al vigente. Indarno dopo un primo giudizio il pubblico accusatore scoprirebbe nuovi contratti usurarii già esistenti al tempo della prima accusa ed ignorati da lui: i singoli fatti non sono reati, ma sì elementi costitutivi di un reato, dell'*abitudine*, solo fatto punito dalla legge, e ricercato una volta per questo fatto il reo non potrebbe essere nuovamente accusato in ragione di nessuno degli elementi del fatto medesimo; solo una nuova abitudine risultante da nuovi fatti posteriori alla prima accusa esporrebbe il reo ad un nuovo giudizio (3).

(1) V. pr. pen., art. 505 e seg.

(2) V. Cod. pen., art. 606.

(3) Il vigente Codice penale cancella dal novero dei reati l'*abitudine dell'usura*; sarebbe forse l'*usura palliata*, divenuta un *fatto legale* per la legge del 5 giugno 1857? No; « nel sistema di questa legge il danaro

« è bensì divenuto una merce ; il capitalista alienandola a titolo oneroso
 « col mezzo del contratto di mutuo può stipulare il corrispettivo che vuole,
 « può imporre le condizioni che crede ; *ma una forma è richiesta, la forma*
 « *della pubblicità* ; l'interesse ultra-legale deve essere dichiarato *aperta-*
 « *mente* dall'atto scritto. Il legislatore, pieno di fiducia nella virtù della
 « libera concorrenza, pure ha temuto gli abusi della novella istituzione,
 « e cercò una guarentigia nel costume del paese e nella coscienza pubblica ;
 « in soccorso della equità esposta alle ingiurie e ai danni di una estrema
 « libertà, il legislatore invoca la censura della opinione pubblica, ed agli
 « avari istinti, dove non basti a reprimerli la sanzione morale, vi con-
 « trappone la *sanzione popolare*, il pudore, l'interesse meglio inteso, e il
 « bisogno sentito anche dai meno onesti di pur comparire onesti, e di con-
 « servare la pubblica stima : adunque la libertà fu concessa, ma a con-
 « dizione di usare *scopertamente* ».... L'*usura palliata* è sempre un *fatto*
illegale, colpita civilmente da nullità del contratto per quanto le stipula-
 zioni eccedono fraudolentemente e copertamente il tasso dell'interesse
 legale (*). Se parrà che questa teoria tratta dalle discussioni parlamentari
 e accolta dalle Corti d'appello possa conciliare la *libertà economica* coi
 riguardi dovuti *alle condizioni sociali* e coi principii della pubblica mo-
 rale ; se l'utilità del sistema per gli accennati rispetti sarà giustificata
 dalla esperienza, e il legislatore avviserà, quandocchessia, di doverlo con-
 fermare e *regolarlo* con più espresse e speciali disposizioni, dichiarando
 formalmente *contratti illeciti* le stipulazioni indirette di premi, e corre-
 spettivi eccedenti l'interesse legale (esclusi, già s'intende, gli atti di com-
 mercio tra commercianti) ; allora l'*usura palliata*, per parte di chi può
 stipulare qualunque interesse purchè ne assuma apertamente la respon-
 sabilità morale in faccia all'opinione del paese, diventerebbe *più criminosa*
ancora che sotto il sistema della proibizione assoluta, e converrebbe forse
 ristabilire la precedente sanzione penale contro l'*abitudine dell'usura*.

(*) Decisione della Corte di Cass. 23 aprile 1862 ref. Pescatore.



TITOLO SESTO

**Come si eserciti l'azione civile nascente dal reato:
delle questioni civili incidenti.**

Benchè l'azione penale e l'azione civile si distinguano affatto e per l'oggetto a cui mirano, e per le persone, a cui competono, tuttavia uno è il fatto, da cui emergono (il reato); la persona del convenuto e dell'accusato è pure originariamente la stessa; e se le questioni di fatto sotto il rispetto penale e civile non *s'identificano su tutti i punti*, sono però sempre *connesse* per modo che una sola deve essere la giurisdizione anche quando non sia una sola la decisione. Ondechè l'azione penale e l'azione civile nascenti da un reato debbono riunirsi nello stesso giudizio: e prevalendo al minore l'interesse maggiore, ne segue, che alla giurisdizione e al giudizio penale si dee di regola devolvere anche l'azione civile, salve però tutte le garentie della stessa azione civile per quanto siano conciliabili col l'esercizio e col procedimento dell'azione maggiore.

Tali sono, a volerli enunciare nella massima loro semplicità, i principii dominanti della materia, che noi pren-

diamo a svolgere brevemente colla scorta dei testi *imperfetti* del vigente Codice di Procedura Penale, e soprattutto colla scorta dei principii di legislazione razionale.

La legge non disdice al danneggiato da un fatto delittuoso la facoltà di recare la sua azione davanti la giurisdizione civile (1): il danneggiato crederà per avventura che il fatto non sia represso da sanzione penale, o non stimerà di dovere o potere imputare all'autore del fatto quella piena reità criminosa, che si richiede perchè la legge penale si possa applicare. Egli dunque adirà il giudice civile. Ma questi al primo riscontro di un reato sospende il giudizio: è tenuto di trasmettere gli atti del giudizio al pubblico ministero, e questi è tenuto di avviare il processo inquisitoriale, onde scaturirà più tardi il giudizio formale davanti la giurisdizione penale. E il danneggiato potrà forse allora *trasferirsi*, costituirsi parte civile, intervenire nel giudizio penale? No, risponde la legge: la sentenza che per avventura dichiarerà non essere luogo a procedimento o assolverà l'accusato escludendo l'esistenza assoluta del fatto, o il fatto relativo all'imputato di aver preso parte al delitto, estinguerà anche l'azione civile, la quale perciò sotto tale rispetto resta virtualmente inclusa nel processo; e nondimeno il danneggiato non ha più diritto d'intervenirvi: nei reati d'azione pubblica (dice la legge) la parte offesa che avrà intentato giudizio avanti il giudice civile pel risarcimento dei danni non potrà più costituirsi parte civile nel giudizio penale (2).

Queste disposizioni della legge significano abbastanza chiaramente, che il danneggiato, quando voglia assicu-

(1) Pr. pen., art. 4, alin.

(2) Pr. pen., art. 7, alin.

rarsi il diritto d'intervenire in quel qualunque giudizio in cui si deciderà anche de' suoi interessi, dee porgere querela del reato, che lo offese, in via criminale. E poichè la legge lo sforza in certa maniera a porger querela sotto pena di decadere dal diritto di difendere i suoi interessi, il pubblico ministero, ricevuta la querela regolare o dal danneggiato stesso o da chi lo possa per legge in tale atto rappresentare (1), sarà tenuto *giuridicamente* di avviare il processo stendendo *le sue requisitorie*, e comunicando la querela colle requisitorie al giudice istruttore, perchè vi provveda e proceda, ammenochè lo stesso pubblico ministero creda di potere e si risolva di agire con citazione diretta in via correzionale (2).

Or si domanda, come *l'obbligo* di avviare il processo per privata querela si concili col principio, che attribuisce non al privato ma al pubblico ministero l'esercizio dell'azione penale. E rispondiamo, che nel comunicare la querela al giudice istruttore il pubblico ministero avrà piena facoltà di conchiudere all'uopo, che si dichiari non farsi luogo a procedimento. Se non che il giudice istruttore rimane investito, pel solo fatto delle requisitorie fiscali, qualunque ne sia la conclusione, della cognizione della querela, e del come siasi da determinare e procedere: intanto il querelante ha diritto di costituirsi parte civile, cioè intervenire nello stesso processo inquisizionale; indicare i testimonii; e se il giudice istruttore decreterà a suo tempo non farsi luogo a procedere, e il pubblico ministero non si appellerà da tale ordinanza alla sezione d'accusa, la parte civile avrà ancora diritto, per espressa disposizione di

(1) Pr. pen., art. 104, 105, 106.

(2) Qui risolviamo la quistione riservata in fine del titolo II.

legge, dichiarando la sua opposizione alla detta ordinanza, di provocare un nuovo giudizio in secondo grado della stessa sezione d'accusa: anzi il diritto di opposizione alle ordinanze del giudice istruttore, in quella medesima ampiezza che si accorda dalla legge al pubblico ministero, è pur dato alla parte civile, acciocchè nei primordii del processo, quando sovrastano maggiori pericoli di negligenze, di favori, di inopportuni riguardi, il zelo e l'interesse privato possano liberamente adoprarsi anche a tutela dell'azione pubblica (1).

Così il danneggiato, sol che porga querela regolare e si costituisca parte civile, acquista il mezzo sicuro di portare la cognizione del fatto e degli elementi che egli può indicare sino al giudizio della sezione d'accusa, e ottiene senza difficoltà nella generalità dei casi, che tutti gli elementi del fatto vengano pure regolarmente svolti per opera del giudice istruttore anche prima di giungere a quel sommo grado della Corte d'Appello. — Queste disposizioni sono giustificate dalle seguenti considerazioni. Importa alla Società, che i reati siano denunziati coll'accompagnamento degli elementi di prova; e cotesto ufficio la legge il richiede ai danneggiati medesimi: importa ai danneggiati che il pubblico ministero adoperi prontamente quei mezzi di cui egli col giudice istruttore dispone per accertare il fatto, esaminare, perquisire, sequestrare, e simili atti, senza dei quali coll'azione pubblica andrebbe forse delusa anche l'azione privata. E sebbene sia ufficio e diritto della pubblica podestà di riparare all'offesa morale recata dal delitto all'umana personalità, tuttavia ben si sente e si comprende, che nei casi speciali il trascurarsi

(1) Pr. pen., art. 247.

codesto ufficio dai magistrati, chiamati a compierlo nell'interesse comune, recherebbe una nuova e speciale ingiuria all'individuo umano direttamente leso dal crimine; e potrebbe anche comprometterne in modo affatto particolare la sicurezza; imperocchè non di rado avviene, che il processo fiscale sia il mezzo più certo e pronto di rassicurare l'aggredito contro nuovi attentati. Ondechè nei primordii massime del processo l'azione pubblica e l'azione privata dovevano procedere e procedono unite, strette in intima relazione con promiscuità di diritti.

E così, come abbiain detto, si svolge il processo col concorso della parte civile sino alla sentenza della sezione d'accusa. Ora vediamo, quali siano le sorti dell'azione civile dopo questa sentenza: e distinguiamo le note ipotesi:

1^a ipotesi. — Non si fa luogo a procedimento per difetto di legge penale applicabile al fatto: sulla questione di diritto la sentenza della sezione d'accusa non denunciata in cassazione fa stato di cosa giudicata irrevocabile: l'azione penale pel dichiarato difetto di sanzione penale rimane perpetuamente estinta (1): ma la colpa, l'imprudenza, il delitto, il quasi delitto civile, il fatto illecito, fonte di obbligazioni, sussistono illesi: il danneggiato recupera l'azione sua privata sgombra d'ogni elemento criminoso e la recherà nelle vie comuni alla giurisdizione civile.

2^a ipotesi. — Non si fa luogo a procedimento per difetto di sufficienti indizii sul fatto stesso, o sulla partecipazione al medesimo dell'imputato, o sulla reità criminosa. La sentenza non fa stato di cosa giudicata irrevocabile, potendosi ripigliare il processo per novelle prove che sopraggiungano. Adunque la parte civile conserva in-

(1) V. Tit. preced., cap. ult.

tanto integra la sua azione, e ne investirà i tribunali civili, e se questi per dichiarazione di testimonii non stati prima esaminati o per altri elementi crederanno mutato lo stato delle cose, e deferiranno ancora, come in tal caso dovrebbero, gli atti della causa al pubblico ministero, noi crediamo che la parte civile avrebbe diritto di seguitare il nuovo processo criminale che si riaprisse, intervenendovi a difesa de' suoi interessi. Invano si opporrebbe la regola, la quale dopo intentato il giudizio civile pel risarcimento dei danni esclude il danneggiato da ogni intervento nel giudizio penale (1). Questa regola è scritta per chi in luogo di porger querela e provocare, come potrebbe, il processo criminale, presceglie un'altra via, non per chi abbia veramente prescelto la via criminale per quanto da lui dipendeva: escludere costui, dopo averlo respinto al giudizio civile, dall'intervenire in quel nuovo giudizio, dove si deciderà irrevocabilmente anche de' suoi interessi, sarebbe vilipendere la ragione e la giustisia più manifesta.

3^a ipotesi. — Non si fa luogo a procedimento perchè la sezione d'accusa ritiene prescritta l'azione penale: il pubblico ministero non denuncia la sentenza alla Corte di Cassazione, ma la denuncia la parte civile. Noi crediamo che *a tenore dei principii razionali della materia* il ricorso della parte dovrebbe ammettersi per gli effetti civili, cioè per l'effetto che annullata la sentenza per violazione o falsa applicazione della legge in tema di qualificazione legale del fatto o di prescrizione, il danneggiato conserverebbe l'azione privata, benchè la Società abbia perduto la sua. Contro questo sistema *naturale* di risolvere

(1) Pr. pen., art. 7.

il conflitto, concedendo a ciascun'azione quello che le appartiene, sorgono due sistemi *artificiali*. L'uno sarebbe di conservare anche l'azione penale pel solo ricorso della parte civile in caso che la sentenza della sezione d'accusa venisse annullata. Ma questo ci parrebbe un rigore soverchio, un zelo inopportuno. Quando il processo si trova nelle mani del giudice istruttore e di un ufficiale di circondario, si comprende, come il prudente legislatore a guarentire l'azione pubblica abbia chiamato il concorso dell'interesse privato: ma lo si avverta bene: l'effetto che allora si dà all'opposizione della sola parte civile è un effetto straordinario, è un *jus singulare*; perciocchè investire la sezione d'accusa della cognizione del processo anche pel rispetto penale appartiene evidentemente all'esercizio dell'azione pubblica, e il ricorso della parte privata nol potrebbe fare senza un'espressa disposizione di legge, che non si dee trarre ai casi omissi. E quando già la sezione d'accusa dichiara prescritta l'azione penale, e la sede suprema del pubblico ministero acquietandosi alla decisione mostra di concorrere nel medesimo avviso, *l'interesse generale* è guarentito abbastanza, nè accade chiamare il privato ad una funzione che normalmente non gli appartiene.

— In senso inverso un altro sistema egualmente *artificiale* vorrebbe estinta anche l'azione civile per l'acquiescenza del pubblico ministero. Ma perchè mai? Dove si fonderebbe questa disposizione arbitraria *del diritto altrui*? — Si vuole al più presto possibile ritornare in perfetta quiete l'imputato? Ma egli aggrappandosi alla prescrizione non si proclama innocente; e già liberato dal timor della pena avrà ancora un'indennità e vedrà il suo avversario punito di multa quando soccupa in giudizio di cassazione: non gli basta? Si dà un grandissimo peso all'opinione del mini-

stero pubblico sanzionante il giudizio della sezione d'accusa, e si vuole che *il diritto dell'individuo s'inchini all'imponente autorità*. Ma con ciò si reca ingiuria *al diritto dell'individuo*, il quale, dove non lede il diritto altrui nè quello della Società è un diritto sovrano, *e non s'inchina che dinanzi all'autorità giudiziaria dopo gli esami e tutti gli esperimenti concessi dalla legge a tutela dei diritti civili*. — Si vuole infine evitare uno scandalo, si teme che annullata la sentenza sul ricorso della sola parte civile, e proseguendosi l'azione privata venga ad apparire un reato impunito. Ma che? La società non è forse piena di scandali, a cui *l'umano* legislatore non si argomenta nemmeno di minacciare una pena? La rassicurante sentenza, — *essere meglio assolvere mille rei che punire un innocente* — mostrando mille rei impuniti per la salvezza di un solo, sarebbe ella una massima scandalosa? E quando *si cassa* una sentenza *nel solo interesse della legge*, non si proclama forse l'indebita assolutoria di un reo? E lo spettacolo di un noto misfatto, che non solo sfugge alla pena ma conculca la giustizia civile, non reca forse maggiore scandalo, un giusto sdegno, una più grave perturbazione nella coscienza pubblica? E quando il legislatore anche in tema di semplici contravvenzioni nega o *pare che neghi* lo stesso appello alla parte civile (1), ha forse sognato il bisogno di evitare uno scandalo? — Nella pratica poi l'ammissibilità del ricorso civile imponendo in caso di successo una responsabilità morale al pubblico ministero che avesse taciuto, ne stimolerebbe l'attenzione ed il zelo per modo, che solo nei casi di dubbiosissime controversie potrebbe avvenire un disparere tra il ministero pubblico che avesse accet-

(1) Pr. pen., art. 341, n. 3.

tato, e la Corte di Cassazione che avesse annullato la sentenza della sezione d'accusa: nei quali casi non sarebbe punto da deplorarsi, che risparmiando al reo la pena, gli s'imponga almeno il risarcimento dei danni; perocchè in più d'un caso *il diritto si accomoda di verità relative*: e così il vantaggio pratico va d'accordo colla teoria; tanto è vero, che non si raggiunge mai più sicuramente la pratica utilità, che quando si dà soddisfazione a tutti i diritti.

Or seguitiamo l'azione civile che dall'istruzione preparatoria (quando si faccia luogo a procedimento) passa anch'essa coll'azione pubblica nel giudizio formale. La parte civile v'interviene; presenta i suoi documenti, i suoi testimonii; prende parte al dibattimento anche in quanto mira all'accertamento del fatto, e in ultimo lasciando al pubblico ministero l'ufficio di concludere per la condanna penale, conclude essa per la condanna civile. Così si procede dinanzi ai tribunali, così in Corte di Assisie. Quanto alle sorti dell'azione civile dopo la sentenza, distinguiamo.

I tribunali correzionali condannando il reo alla pena vi debbono sempre aggiungere la condanna generica al risarcimento dei danni, la liquidazione dei quali sarà proseguita dinanzi alla giurisdizione civile *dagli interessati* che non siano intervenuti nel giudizio penale (1). Quando il danneggiato si sia costituito parte civile, i danni si liquidano nella stessa sentenza purchè il processo già offra gli elementi necessari: altrimenti se ne proseguirà la liquidazione dinanzi allo stesso tribunale che già proferì la condanna (2).

(1) Pr. pen., art. 558.

(2) Proc. pen., art. 556.

In caso di assolutoria o di dichiarazione non farsi luogo a procedimento rinascono le difficoltà. Se si dichiara soltanto il difetto di una legge penale applicabile al fatto, o di una vera reità criminosa, restando illesa la questione de' danni civili, il tribunale, e in grado di appello la sezione degli appelli correzionali la debbono decidere *come questione connessa* così *sul debito* come *sul montare* dei danni, nè può dubitarsi della facoltà di appellare per entrambe le Parti sulla questione di fatto e di diritto, e di ricorrere in cassazione per violazione e falsa applicazione di legge.

Il vero dubbio risorge, quando l'assolutoria, o il *non farsi luogo* discenda da una premessa, la quale escluda la esistenza stessa del fatto, o qualunque partecipazione dell'accusato, o dichiarì prescritta l'azione penale. Se il pubblico ministero non introduce appello contro tali sentenze alla Corte, sezione degli appelli correzionali, che ne avverrà? La sentenza passa in giudicato sotto il rispetto penale: ma la parte civile *debbe, a tenor dei principii razionali*, conservare le garanzie civili della propria azione, cioè il ricorso in appello, e per violazione di legge anche in giudizio di cassazione; ma solo (ripetiamolo) per gli effetti civili, e salva sempre la *regiudicata* per l'effetto penale. Contro questo sistema *naturale* di risolvere il conflitto, concedendo a ciascuna azione quello che le appartiene, risorgono i due predetti sistemi *artificiali*, contro i quali però ricorrono le stesse ragioni, per cui non possiamo ammettere nè che rimanga estinta senza appello l'azione civile, nè che per l'azione civile in appello si annulli la *regiudicata* rispetto alla pena. Non ripetiamo le già fatte considerazioni, e solo avvertiremo, che nella questione di fatto, il criterio della prova legittima nelle materie civili e cri-

minali non s'identifica (1), e ben può senza offesa del diritto avvenire che gli elementi di convinzione, tenuti a ragione per sufficienti nel regolamento degli interessi civili, pur non varrebbero a tranquillare perfettamente un giurì criminale: ond'è che propriamente l'azione civile continuata in appello non sarà il più delle volte in diretto contrasto colla *regiudicata* formatasi per *acquiescenza* in primo grado sulla negativa del delitto.

In Corte di Assisie, se il giudizio riesce a condanna, la declaratoria e la liquidazione dei danni procede colle medesime norme e distinzioni che abbiamo testè accennate pei tribunali. — Se il giurì nega la reità (e non nega mai altra cosa), rimanendo illesa la questione civile dei danni, come già abbiamo altrove avvertito, la decidono qual questione connessa gli stessi giudici legali della Corte di Assisie, quando sia intervenuta nel giudizio la parte civile; e diciamo, che la decidono inappellabilmente e sovraneamente quanto al fatto e all'apprezzamento di esso, salvo ricorso in cassazione, caso che incorressero in qualche violazione o falsa applicazione della legge (2).

Ma avendo i giurati affermato come costante il fatto, i giudici legali possono ancora dichiarare non farsi luogo a procedimento: 1° Perchè il fatto non cada sotto veruna sanzione penale, e allora risolveranno, come sopra, la questione dei danni; 2° Perchè si ritenga l'azione penale estinta per prescrizione: ed in questo caso teniamo per le ragioni sopra discorse, che la parte civile, *a tenore dei principii razionali*, debbe avere la facoltà d'impugnare la sentenza in giudizio di cassazione pel rispetto civile, salva la *regiudicata* per l'effetto penale.

(1) V. *Logica del diritto*, P. I, cap. 15.

(2) Proc. pen., art. 498.

In generale, non solo quella dei danni ma ogni altra questione incidente e connessa, benchè di carattere civile, cade sotto la giurisdizione del giudice penale che conosce del reato. Ciò avviene singolarmente nei reati di truffa e di appropriazione indebita, conoscendo dei quali il giudice si abbatte talvolta a dover giudicare dei contratti dolosi, onde il reo sia accusato di aver carpito buona parte dei beni altrui o di avere abusato della inesperienza di persona minore; ed anche a dover prestabilire un contratto siccome antecedente logico del reato: perciocchè se uno è accusato di avere dolosamente convertito in uso proprio somme, cose, o carte di credito stategli consegnate a titolo di deposito, o di mandato, coll'obbligo di restituirle o di farne un uso od impiego determinato, negandosi dall'accusato il deposito o il mandato che l'accusatore viene allegando, il giudice criminale si trova nella evidente necessità di verificare in via preliminare il fatto civile. Nei quali casi ed altri consimili sorse il dubbio, se la giurisdizione penale debba osservare le leggi civili concernenti le prove dei contratti. Le leggi civili non ammettono la prova testimoniale di una convenzione qualunque, allegata dall'attore, negata dal convenuto, quando il valore dell'oggetto ecceda una determinata somma. La legge vuole in sostanza che tutte le convenzioni di qualche rilievo si raccomandino ad una scrittura, come esigono la più volgare prudenza e l'interesse pubblico di prevenire le contestazioni e i complicati procedimenti probatorii: e come sanzione di questa sua volontà la legge ingiunge ai giudici di respingere qualunque allegazione di supposte convenzioni, ed anche di depositi e di mandati, quando l'allegazione si appoggi solo all'offerta di una prova per testimonii e non sia almeno accompagnata da un principio

di prova per iscritto (1). Ora i più accreditati scrittori, che presero a discutere la questione testè accennata tennero per fermissimo, che anche la giurisdizione penale, quando le occorra di conoscere in via incidente di fatti convenzionali allegati da una parte, negati dall'altra, debba stare a quelle medesime condizioni di prova, che la legge civile prescrive. Si avverta però, che le norme di sana interpretazione, accolte dalla giurisprudenza, introdussero negli stessi giudizi civili questa massima, che tengano luogo di principio di prova per iscritto, all'effetto di rendere ammissibile la prova testimoniale, tutte quelle induzioni che emergano dal tenore delle risposte giudiziali del convenuto convenientemente interrogato sul fatto.

Onde segue, che l'azione civile si può sempre iniziare, benchè non si abbia in pronto uno scritto per appoggiarne la prova, e si terminerà ben anche colla piena vittoria dell'attore, quando il convenuto stretto dalla forza della verità e da ben condotti interrogatorii sia incorso in tali risposte da somministrare induzioni favorevoli all'attore, e non abbia potuto celare perfettamente la propria mala fede. Perciocchè accettandosi tali induzioni come un principio di prova scritta e resa ammissibile la prova testimoniale, se questa riesce a pienamente convincere il giudice, l'azione trionferà. Similmente adunque in via criminale, benchè l'allegato deposito non risulti da atto scritto, si potrebbe sempre avviare il processo per modo d'istruzione preparatoria, in quanto l'interrogatorio dell'imputato, *stretto dalle informazioni dei testimonii che all'istruzione preparatoria non sarebbe vietato raccogliere*, potrebbe por-

(1) I nuovi progetti di Codice civile finora pubblicati mantengono tutti lo stesso principio.

gere gli indizii equivalenti al principio di prova per iscritto; e rendere ammissibile l'esame dei testimonii stessi in regolare giudizio.

Ma la legge vigente si sciolse affatto da tali vincoli, e rese al processo criminale, nelle controversie incidenti di cui si tratta, una libertà che è degna di seria considerazione: « ogni qualvolta (dice la legge novissima) per l'accertamento dei reati contemplati nel Codice penale debba « provarsi la esistenza dei contratti, da cui dipendono, « si ammetterà a questo fine, in un colle altre prove, « anche la prova testimoniale, quantunque tale prova non « fosse ammissibile a termini delle leggi civili (1) ».

Questa disposizione può dare a primo aspetto dei risultati, che parranno inammissibili. Poniamo: una sentenza del tribunale di circondario, confermata in grado di appello, vanamente impugnata in giudizio di Cassazione assolve il convenuto dalla domandatagli restituzione di un supposto deposito: i giudici, benchè convinti personalmente della probità dell'attore, e sospettosi di mala fede per parte del convenuto, rigettarono forse non senza rincrescimento, l'offerta prova testimoniale non accompagnata dalla condizione, che la legge richiede: resero il dovuto omaggio alla legalità, di cui del resto l'incauto creditore era bene in prevenzione avvertito, quando volle a suo rischio fare atto di assoluta fiducia. Quand'ecco ei si avvisa di porger querela in via criminale: il Pubblico Ministero, con atto di citazione diretta, apre un nuovo giudizio (in via correzionale) davanti il medesimo tribunale di circondario: ad un semplice cenno del nuovo attore, come se potesse più della legge, cade la barriera della legalità;

(1) Cod. pr. pen., art. 827.

si procede all'esame dei testimonii; il tribunale e la Corte riformano *in effetto* le loro precedenti sentenze e condannano il già assolto convenuto alla restituzione del contestato deposito, a titolo d'indennità, oltre la pena principale del carcere!! Tuttavia riflettiamovi. Si tratta di bene interpretare, di cautamente applicare, e forse anche di temperare la nuova legge, non di rigettarne in modo assoluto la disposizione. Innanzi tutto vorremmo, che quando un giudicato irrevocabile emanato in giudizio civile esclude il preteso contratto rigettando le offerte prove, non si accettasse più la querela se non per soppraggiunte prove scritte, che adempiano pienamente la condizione della legge civile. Secondariamente, se la querela non è ancora pregiudicata da veruna sentenza civile, non vorremmo tuttavia che il Pubblico Ministero, sopra semplici informazioni stragiudiziali e di sola sua autorità, procedesse in via di citazione diretta, quando non abbia a proporre in giudizio correzionale se non quelle prove che in giudizio civile non sarebbero ammissibili, benchè spero che siano per emergere nuovi elementi dal pubblico dibattimento: vorremmo infine, che promovendosi l'istruzione preparatoria, e dopo l'interrogatorio credendo il giudice istruttore potersi far luogo a procedimento, l'imputato avesse diritto di appellarsi contro l'ordinanza del giudice istruttore alla sezione di accusa. A queste condizioni crediamo potersi concedere alla sezione di accusa piena libertà di criterio nel giudicare la sufficienza dei riscontri, non ostante il difetto di un vero principio di prova scritta: e tradotto l'imputato in giudizio correzionale, il risultato complessivo del pubblico dibattimento potrà supplire le esigenze della legge civile, e la condanna allora dipenderà senza pericolo dal criterio dell'intima convinzione.

L'esame, i giudizi della istruzione preparatoria condotta sino all'ultimo grado, l'imparzialità del Pubblico Ministero, l'efficacia del dibattimento, la grave responsabilità che il querelante assume, e la necessità di una pienissima convinzione imposta al giudice criminale prima che possa proferir la condanna, sono guarentigie atte a soddisfare a tutti gli interessi. E così applicata e all'uopo temperata la nuova disposizione, ci pare commendevole come un utile correttivo di ciò che evvi di troppo aspro e rigido nella proibizione della prova testimoniale nei giudizi civili: perciocchè in certi casi la fiducia non si può tacciar d'imprudenza, dove il diffidare sarebbe parso per avventura inopportuna indiscretezza, e lo scandalo di chi indegnamente ne abusa, può essere in certe emergenze manifestissimo.

Il principio che assegna alla giurisdizione penale anche il giudizio delle questioni civili incidenti, ammette una eccezione concernente la proprietà. Ove contro l'azione penale (dice la legge) si propongano eccezioni puramente civili, *concernenti la proprietà od altro diritto reale*, le quali se sussistessero, *escluderebbero il reato*, il giudice esaminerà se le medesime abbiano *qualche apparenza di fondamento*. Nel caso affermativo, soprassederà, e rimetterà la cognizione del merito di dette eccezioni al giudice competente, prefiggendo un termine all'imputato per far fede delle sue diligenze. Nel caso negativo il giudice pronuncierà sul reato come sarà di ragione (1). Il testo della legge spiega chiaramente le condizioni dell'eccezione: dove manchi una sola di esse, torna applicabile la regola generale. Poniamo: l'imputato di fatti criminosi *in un fondo*

(1) Pr. pen., art. 31.

altrui oppone per sua difesa non già *un titolo di proprietà*, ma un semplice *possesso annale* che sostiene riunire tutte le condizioni legali per essere intanto *manutenibile*. Il giudice criminale sarà egli tenuto a rinviare la cognizione della opposta eccezione alla giurisdizione civile? No: l'eccezione proposta non si appoggia alla proprietà nè ad altro diritto reale come vorrebbe la legge per derogare alla regola generale. Adunque lo stesso giudice criminale conoscerà dei fatti, e pronunzierà sul reato come sarà di ragione. — L'imputato di avere abbattuto furtivamente alberi esistenti in un podere altrui, produce a sua difesa un contratto di affitto in forza del quale egli tiene il podere, e sostiene che il tenore delle stipulazioni giustifica il suo operato nel fondo. Il giudice criminale dovrà egli intanto svestirsi della questione civile incidente? Neppure, e per la stessa ragione; essendo questione di affitto e non di proprietà, o di altro diritto reale. — L'accusato di devastazione con intervento della parte civile produce documenti idonei a provare per avventura, che la proprietà del fondo spetta ad una terza persona, la quale non si è querelata. Si sospenderà il giudizio? No; qualunque sia il proprietario del fondo, la devastazione non cessa di essere un crimine: e così l'eccezione anche data per sussistente non esclude il reato. — Finalmente l'accusato *eccepisce* veramente di essere lui il proprietario del fondo; ma stanno contro di lui i documenti prodotti in giudizio, e nel modo in cui è formolata la proposta pretesione non ha apparenza di fondamento. Quando il giudice sia pienamente convinto che colla proposta eccezione l'accusato intende non già a rivendicare un diritto a cui egli stesso non crede, ma sì a eludere o a ritardare

la condanna, rigetterà l'eccezione e pronuncierà sul reato come sarà di ragione.

Ponendo qui termine alla sezione prima del libro primo, dobbiamo accennare qual sia l'economia intera della nostra sposizione compendiosa. Essa è divisa in due libri. Il primo espone la parte più propriamente teorica della materia, e si suddivide in tre sezioni; delle quali la prima (quella che or terminiamo) considera l'azione penale nel suo esercizio; la seconda espone come l'azione penale si estingua; la terza darà maggiori svolgimenti, considerazioni e trattazioni diverse a imitazione del modo che abbiamo tenuto nella procedura civile. Il libro secondo (parte processuale) senza discendere all'esame di cose puramente esecutive, disciplinari, e regolamentari si occuperà di alcuni principali punti di procedura, che non si potrebbero omettere senza lasciare troppo incompleta la sposizione che abbiamo intrapresa.

FINE DEL PRIMO VOLUME

