


Biblioteca di Stato

CD
DIRITTO B
038

42331

156915

CD DIRITTO B 038

SOMMARIO

DI

PROCEDURA GIUDIZIARIA CIVILE

SAMMARINESE

dell'Avv. TORQUATO C. GIANNINI

Commissario della Repubblica di San Marino

Riveduto ed accresciuto a norma delle nuove leggi e col sostegno della patria giurisprudenza dal Dott. Francesco Viroli, Uditore presso il Tribunale Comissariale della Repubblica di San Marino, sotto l'alta guida e l'illuminato consiglio dell'avv. Giacomo Ramoino, Commissario della Legge.

1ª Edizione: Firenze - Stabilimento Tipografico G. Civelli - 1901

2ª Edizione: Repubblica di San Marino - Gruppo Poligrafico Editoriale - 1967



ALLA MEMORIA
DI
TORQUATO GIANNINI
GIUDICE
DI
QUESTA REPUBBLICA
SUI PRIMORDI DEL SEC. XVII

San Marino 1° del secolo XX

ABBREVIAZIONI

Ap.	Sentenza del giudice d'appello
C. XII	Id. in sede di terza istanza
De.	Decreto
L.	Libro
Lg.	Legge
r.	Rubrica
R.U.	Raccolta Ufficiale delle leggi e decreti di San Marino edita da S. Lapi (Città di Castello, 1900) per decreto del Consiglio Principe e Sovrano 20 settembre 1899. I numeri tra parentesi che seguono le leggi citate si riferiscono alle pagine del libro - quelli preceduti da un parag., ai numeri marginali dello Statuto che forma la prima parte della Raccolta (a).
S.C.	Sentenza del Consiglio Principe e Sovrano (b).
T.C.	Id. del Tribunale Commissariale
V.	Vedi

a) Rispettivamente nel 1915 e nel 1926 vennero pubblicati due volumi di supplemento alla Raccolta Ufficiale, contenenti le Leggi della Repubblica emanate fino a tutto l'anno 1923. Le Leggi successive sono pubblicate sul Bollettino Ufficiale della Repubblica, del quale venne ordinata la stampa con Decreto Reggenziale in data 31 gennaio 1924.

b) Con Decreto in data 24 luglio 1906 il Consiglio ha ripreso il proprio nome Statutario di « Consiglio Grande e Generale ».

PROEMIO

La procedura sammarinese è delineata a grandi tratti nello Statuto, ma per soddisfare alle esigenze della pratica deve integrarsi dalla consuetudine. Questa, che un tempo faceva parte del sistema giudiziario di quasi tutta Italia, scomparve per la introduzione di codici stranieri, o nazionali di nome, se non di fatto.

La ristrettezza della Repubblica ha impedito che in questo Stato si formasse una vera consuetudine locale. Per rivestire adunque lo scheletro dell'ancor vigente Statuto in modo non del tutto inadeguato, bisogna valersi delle ricerche storiche e dottrinali. Le opere del Briegleb, dell'Endemann, del Lattes e del Salvioli sono, sotto questo aspetto, veramente preziose. Bisogna pensare altresì che i nuovi costumi ingenerano nuove disposizioni, le quali non debbono prendersi a prestito, né ritagliarsi colle forbici da sistemi procedurali poggiati su basi affatto diverse, mentre se v'ha ragione per renderlo completo, non ve n'ha per abbandonare anziché serbare sostanzialmente l'ordinamento presente.

In queste brevi lezioni viene esposto in maniera succinta il risultato di siffatto lavoro di ricostruzione: i principi e le regole che non fossero la emanazione immediata dei pochi testi di diritto positivo sono quelli professati dal giudice, il quale, acciocché tutti e ciascuno ne vengano edotti, è costretto a manifestarli in questo modo fino a che il Consiglio Principe e Sovrano voglia deliberare sulla promulgazione di un regolamento il quale elida le incertezze, le dispute e le doglianze sulla forma del contendere.

T. C. G.

Il compianto Prof. Avv. Torquato Carlo Giannini — che, per oltre un decennio, ha ricoperto la carica di Commissario della Legge di questa Repubblica — pubblicò nel 1901 (Firenze, Stabilimento Tipografico G. Civelli) un « SOMMARIO DI PROCEDURA GIUDIZIARIA CIVILE SAMMARINESE » il quale è stato di grande utilità per i legali sammarinesi in quanto le *Leges Statutae* del 1600 e le successive riformazioni contengono poche norme sulla procedura civile la quale resta, così, quasi interamente regolata dalla consuetudine locale formatasi sulla base del diritto comune.

Il Sommario del Giannini è oramai introvabile. Del resto, dopo oltre mezzo secolo dalla sua pubblicazione, ha necessità di essere coordinato e completato con le modifiche legislative intervenute e con la copiosa giurisprudenza formatasi in questi ultimi anni.

Il Prof. Giannini aveva, da tempo, autorizzato il sottoscritto di far rivedere e completare il suo Sommario. Tale compito ho affidato al Collega Dottor Francesco Viroli che lo ha compiuto in modo veramente lodevole tenendo strettamente conto e delle non molte modifiche legislative e della giurisprudenza formatasi dopo il 1901.

Il Sommario così completato presenta fedelmente l'attuale situazione della procedura civile sammarinese e torna ad essere utile, anzi indispensabile, ai legali sammarinesi e a tutti coloro che hanno necessità o interesse a conoscere lo stato attuale di detta procedura.

San Marino, 10 luglio 1967

Il Commissario della Legge
G. RAMOINO



Il « SOMMARIO DI PROCEDURA GIUDIZIARIA CIVILE SAMMARINESE » dell'avv. Torquato Carlo Giannini, che per lungo tempo fu Commissario della Legge di questa Repubblica, venne, nel 1901, edito in un limitato numero di esemplari, costituendo, fino ad oggi, per Giudici e Avvocati, l'unica fonte scritta da cui apprendere il non facile iter del processo civile sammarinese basato su norme consuetudinarie, statutarie e sulla tradizione romanistica e canonica.

La emanazione di nuove leggi in materia di procedura civile e la ricca casistica desumibile dalla giurisprudenza sammarinese emanata in un arco di tempo che supera il mezzo secolo hanno determinato la necessità perentoria di procedere ad una ristampa del volume con le opportune variazioni ed aggiunte per fornire una sicura guida ai Magistrati, ai legali e agli studiosi di tale materia.

La nuova edizione è stata rispettosissima dei principi sanciti nel vecchio testo, ma si è altresì largamente giovata delle moderne esperienze, risultando uno specchio fedele della coscienza del giurista di oggi.

A tale importante opera si è accinto, con impegno e competenza giuridica non comuni, il Dottor Francesco Viroli, Uditore presso il Tribunale Commissariale, sotto la guida del Commissario della Legge, Avv. Giacomo Ramoino, ed ora, dopo lunghi accurati studi e ricerche, è stata ultimata la definitiva stesura del volume.

I criteri seguiti nella riedizione possono così riassumersi:

Il testo del Giannini è stato conservato integro nella ripartizione delle materie ed in tutte quelle parti che si sono rivelate tuttora valide e non abbisognavoli di integrali modifiche.

Per apportare al testo variazioni di secondaria importanza ci si è serviti soprattutto di idonee note a piede di pagina.

Le note già esistenti, inoltre, sono state integrate ed arricchite, in particolare con la trascrizione integrale del testo delle rubriche statutarie e degli articoli di legge nominati nella trattazione.

Ciò comporta maggior chiarezza, più facile intelleggibilità della materia alla quale il capitolo stesso si riferisce. Le sentenze esaminate e riportate sono state emesse dal 1900 ad oggi.

Particolari materie, quali quelle relative al Consiglio dei XII, alla procedura d'Appello, alle azioni di nullità e di restitutio in integrum, alla Magistratura del

Lavoro, alle Commissioni di ogni genere, alla nullità di matrimonio, al giuramento di ogni specie, al concorso dei creditori, hanno richiesto una lunga e completa trattazione e rielaborazione, in parte basata su nuove leggi non ancora emanate al tempo della prima stampa del volume, in parte giustificata dal fatto che l'esposizione del Giannini era insufficiente, frammentaria ed, in alcuni casi, inesatta.

Infine, passi non sufficientemente chiari o trattati troppo schematicamente dal Giannini, sono stati illustrati ed ampliati aggiungendo al testo originale argomentazioni desunte, nella maggior parte dei casi, da sentenze più volte confermate.

Il testo così riveduto, ampliato ed integrato, ha assunto un carattere prettamente moderno, dimostrandosi indispensabile strumento di lavoro per il giurista, e valida base per la retta amministrazione della giustizia.

Il Deputato alla Giustizia
Avv. G. MICHELONI

N.B. - Gli articoli di legge, le note e le trattazioni integrative o modificatrici del testo originario sono da questo facilmente distinguibili in quanto stampate in carattere corsivo.

Le note aggiunte sono contraddistinte dalle lettere dell'alfabeto e, per il lungo capitolo sul concorso dei creditori, da numeri romani; quelle preesistenti da numeri arabi.

Le parole o frasi racchiuse tra parentesi quadre si riferiscono ad istituti o norme di legge non più in vigore e, pertanto, devono considerarsi come non più facenti parte del testo e sostituite da quelle che seguono.

LEZIONE PRIMA

Sommario: 1. Fonti del Diritto Giudiziario civile sammarinese - 2. Ordinamento giudiziario della Repubblica - 3. Recusazione dei giudici. - 4. *Giustizia ordinaria ed amministrativa* - 5. *Sindacato giurisdizionale nei confronti dell'attività legislativa*.

1. - Prima cura di chi s'accinge allo studio della speciale procedura vigente in questo Paese nelle cause civili deve essere quella di rintracciare le fonti.

Lo Statuto ne costituisce certamente il caposaldo, ma da solo non basterebbe nemmeno a darne un'idea sufficientemente chiara. Ed invero molte regole sono andate in dissuetudine - altre furono modificate od abrogate. Al sistema di pagare le sportule - il caposoldo - ai giudici, e tasse per ogni atto, fu definitivamente dato il bando dall'altro, più decoroso e moderno, di pagare le tasse allo Stato sotto forma di marche e di carta bollata. Così fu abbandonata quella specie di appalto nella amministrazione della giustizia e questa resa completamente alla sua qualità di funzione pubblica nell'interesse dello Stato. Con ciò sono sparite tutte le penalità e le multe che il giudice doveva pagare in caso di ritardo o di inosservanza delle regole statutarie, come un qualsifosse esattore o pubblicano negligente.

La facilità delle comunicazioni, la novità dei mezzi di trasporto e di viaggio dovevano inoltre far sentire il loro effetto, per quanto la evoluzione nelle forme procedurali sia stata e sia lentissima, del che non dobbiamo dolerci.

Una difficoltà, che si para dinanzi a chiunque voglia dallo Statuto trarre governo per la pratica, risiede nella disposizione di queste norme rituali, interpolate, disseminate e spesso in apparenza, qualche volta in realtà, contraddittorie, grazie alle varie fatture e riformazioni dello Statuto medesimo. Alle quali antinomie la pratica ha messo un rimedio; come poi lo abbia fatto, si vedrà a mano a mano che se ne presenterà il destro.

Accenniamo dunque alle fonti del diritto giudiziario Sammarinese. Le fonti legislative sono costituite principalmente da alcune rubriche del I e II Libro degli Statuti, dalla maggior parte di quelle del Lib. IV dei medesimi (1) e dalla legge sulle controversie innanzi al Giudice Conciliatore (2). In questa si riscontrano codificate molte regole generali di rito già comunemente seguite nelle cause innanzi al Tribunale e nelle esecuzioni forzate contro i debitori. Altre norme di procedura si riscontrano nella legge intitolata « Disposizioni disciplinari pel Tribunale Commissariale » (3) abrogata soltanto in parte, ed in quella « sui Tribunali

1) L. I, r.31 - L. II, r.1 a 14 - 19,20,25 a 32 - 34, 42, 43, 50, 51, 55, 56, 60, 67, 69, 72, 75 - L. IV, De appellationibus (parag. 37 ecc., parag. 94 ecc., parag. 665 ecc., R.U.).

2) 10 dicembre 1884 (R.U. p. 351).

3) 26 febbraio 1878 (R.U. p. 321).

e provvedimenti relativi » (4). Vanno altresì ricordate: la legge di procedura sommarissima nelle cause di mano regia (5) - la legge sul gratuito patrocinio (6) - quella sulla pignorabilità degli stipendi (7) - i vari testi delle leggi sul Bollo e registro (8) e finalmente la Convenzione di buon vicinato fra San Marino e il Regno d'Italia (9).

Altra fonte importantissima è la consuetudine, la quale si raccoglie in ristretta misura dall'esame dei processi civili di cui l'Archivio Governativo racchiude antica collezione, dalla stessa giurisprudenza locale, e dai Regolamenti ed Ordinanze che alcuni Commissari e Giudici d'Appello in varie contingenze e nei limiti delle loro facoltà hanno emesso.

Fonti sussidiarie sono, per espressa ingiunzione dello Statuto, le norme del diritto comune (10), poi le opere dei trattatisti di pratica forense e gli altri Statuti italiani, coi quali possono farsi raffronti profittevoli, specialmente quelli di Urbino e di Gubbio. Questo secondo non tanto per le somiglianze che corrono tra esso e quello di San Marino, che altri ben più simiglianti ne esistono (11), quanto perchè sovente si è per la ermeneutica o per i casi dubbi fatto ricorso a questo Statuto Eugubino ed al conciso, ma autorevole, commento che ne compilò un dotto magistrato, Antonio Conciolo (12).

2. - La facoltà di conoscere delle cause civili e penali e di tutte le controversie di qualsiasi genere competeva in antico ai Capitani Reggenti, tanto ad ambedue congiuntamente quanto ad uno di essi. In progresso di tempo si nominò un giudice forestiero e temporaneo, detto talora Podestà come in altre Repubbliche Italiane, più spesso Commessario, nome entrato nello Statuto, ed ora imbastardito in quello di Commissario della Legge.

Nel 1884 fu istituito il Giudice Conciliatore.

La Reggenza conserva potenzialmente tutte le facoltà demandate a questi due giudici e, nei casi di assenza o di vacanza di essi loro, le esercita o direttamente o delegandole ad un suo Uditore, eletto per ciò. Dimodochè, quando nello Statuto si trova la parola « Giudice » o « Dominus Capitaneus » o « Capitanei pro tempore » deve leggersi « Commessario della Repubblica ».

L'ufficio di Giudice Conciliatore è affidato al Procuratore del Fisco [e dura dodici mesi, rinnovandosi il 1° aprile di ciascun anno.] (a). Quello di Commissario,

4) 29 marzo 1897 (R.U. p. 335).

5) 30 agosto 1873 (R.U. p. 347).

6) 20 dicembre 1884 (R.U. p. 361).

7) 27 maggio 1899 (R.U. p. 359).

8) 26 marzo 1857, 18 giugno 1868 ecc. (R.U. p. 279 ecc.). V. le nuove leggi 14 marzo 1918, n. 11, 16 marzo 1922, n. 10.

9) 28 giugno 1897 (R.U. p. 617). Sostituita ora dalla Convenzione 31 marzo 1939 (resa esecutiva: in San Marino con legge 25 ottobre 1939 n. 18, pubblicata sul Bollettino Ufficiale n. 8 del 1939; in Italia con legge 6 giugno 1939 n. 1320, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 217 del 16 settembre 1939) e successivi Accordi Aggiuntivi in data 28 febbraio 1946 e 29 aprile 1953.

10) V. Parag. 38 Rub. XXXI, Lib. I, 144 Rub. VI, Lib. II, ecc. R.U.

11) Ad es., oltre al citato di Urbino, quello di Montefiore.

12) Statuta Civitatis Eugubii annotationibus, etc., ab ANTONIO CONCIOLO, Protonot. Apost. - Maceratae 1678.

a) L'art. 1 della Legge 22 marzo 1926 n. 9 ha modificato tale disposizione, stabilendo che il Procuratore del Fisco, nominato dal Consiglio Grande e Generale, « dura in carica fino a che dura la legislatura del Consiglio Grande e Generale dal quale è stato nominato ».

ad un dottore in legge, non sammarinese, eletto dal Consiglio Principe per almeno sei mesi, di solito tre anni, riconfermabile quindi per nuovo termine una o più volte, a piacimento del Consiglio.

Sulle attribuzioni del Giudice Conciliatore in quanto Procuratore del Fisco e del Commissario come giudice penale non ci intratteniamo, limitandoci il nostro interesse all'esame del procedimento civile e dei suoi organi (b).

Il Giudice Conciliatore adunque è competente a conoscere in sede contenziosa tutte le questioni personali e reali non eccedenti il valore di [L. 50] L. 5.000 (c).

Il Commissario è, salvo alcune eccezioni che esporremo tra breve, giudice di primo grado di tutte mai le questioni personali e reali eccedenti il valore di [L. 50] L. 5.000 (c) - di quelle di stato - di quelle di valore indeterminato - di quelle di falso ed impugnativa di scrittura, qualunque sia la somma controversa, e di quelle intorno alla incompetenza del Conciliatore, sulle quali ultime pronuncia senza appello. A lui compete egualmente la giurisdizione onoraria o volontaria [salvo che per la nomina dei curatori, o tutori agli interdetti od inabilitati ed ai minorenni, la quale insieme alla pronuncia di interdizione o di inabilitazione (non vi è distinzione fra i due istituti) è riservata al Consiglio dei XII] (d).

b) Attualmente, l'unico caso di intervento del Procuratore del Fisco in un procedimento civile si verifica nei giudizi per la pronuncia dell'interdizione, nei quali, a norma dello art. 17 della Legge 27 aprile 1911, il Fiscale deve prendere le proprie conclusioni sulla instaurata actio ad interdicendum.

c) Così elevato dall'art. 6 della Legge 12 giugno 1953 n. 15 - La Legge 27 gennaio 1949 n. 1, inoltre, ha attribuito al Commissario della Legge le funzioni di Magistrato del Lavoro. In tale veste egli giudica definitivamente e con procedura sommaria degli appelli proposti contro le decisioni della Commissione Permanente Conciliativa alla quale vengono sottoposte, in prima istanza, le controversie individuali e collettive di lavoro (art. 6 Legge 17 febbraio 1961 n. 7).

In materia di imposte le Leggi in vigore ammettono l'intervento della Autorità Giudiziaria ordinaria solo in tre casi e cioè:

1°) nel caso di appello contro le deliberazioni della Commissione delle Imposte per i soli casi di violazione o falsa applicazione di legge e per incompetenza od eccesso di potere (art. 53 Legge 16 marzo 1922).

2°) nel caso della riscossione della imposta a mezzo della procedura di manoregia ai sensi degli art. 6 e 7 della Legge 30 agosto 1873 sulla procedura sommarissima di manoregia.

3°) nel caso di dichiarazione di concorso tra i creditori del contribuente per le imposte anteriori alla apertura del concorso ai sensi della Legge 15 novembre 1917.

In materia di assegni familiari (ai lavoratori agricoli) l'art. 9 della Legge 15 marzo 1963 n. 16 dispone che le controversie che dovessero insorgere in materia devono essere decise dalla Commissione di Assistenza e Previdenza e che contro le decisioni di tale Commissione « è ammesso ricorso, nel termine rituale di dieci giorni, alla Magistratura del Lavoro che giudica in via definitiva ».

In materia di Sicurezza Sociale l'art. 56 della Legge 22 dicembre 1955 n. 42 (espressamente mantenuto in vigore dall'art. 87 della successiva Legge 30 giugno 1964 n. 37) dispone che contro i provvedimenti dell'Istituto per la Sicurezza Sociale inerenti a concessione di assistenza o di prestazioni è ammesso ricorso in via amministrativa alla Commissione Esecutiva dell'Istituto e che contro la decisione di tale Commissione « l'interessato ha facoltà di ricorrere alla magistratura ordinaria entro i normali termini di legge. Il ricorso amministrativo... è condizione di proponibilità dell'azione presso la magistratura ordinaria ».

d) La Legge 27 aprile 1911 sulla tutela, sulla interdizione e sulla inabilitazione, attribuendo al Commissario della Legge la competenza per tale materia, all'art. 29 dispone: « Sono abrogate tutte le disposizioni Statutarie, nonché di altre Leggi e Decreti speciali, ed anche consuetudinarie, che siano in contrapposito colla presente legge ».

Sfuggono al Tribunale del Commissario le aggiudicazioni di stipendi pignorati dai creditori a danno degli impiegati dello Stato, compiendosi queste davanti la Reggenza. Al Commissario sono pure sottratte le questioni di impugnativa della sua competenza. Di queste, come delle eccezioni di suspicione del giudice, può solo occuparsi il Consiglio [Principe] dei XII (e).

L'appello, secondo lo Statuto, dovrebbe portarsi davanti a due Giudici delle appellazioni, eletti in seno al Consiglio Principe. Col tempo i due Giudici furono nominati al di fuori del Consiglio nella persona di forestieri, fino a che, per la difficoltà di ritrovare due estranei che potessero d'accordo attendere alla definizione delle cause, si cominciò a nominare un solo Giudice temporaneo d'appello, scegliendo perciò un giureconsulto forestiero senza obbligo di residenza.

La Reggenza, sotto il titolo di Preside del Tribunale di Appello, presiede agli atti di introduzione e di istruzione del medesimo, fino al momento di spedire al Giudice il fascicolo perchè dia la sentenza.

La terza istanza si discute davanti al Consiglio dei XII, il quale usa giovare dei lumi di un Consulente — il « Consiglio del Sapiete » della legislazione statutaria — forestiero anch'esso e nominato volta a volta.

Finalmente la Reggenza giudica in sede di revisione (deputando all'uopo, se lo creda, un suo Uditore), dei ricorsi contro le sentenze del Giudice Conciliatore.

Per la determinazione del valore, agli effetti della competenza, vigono le consuete norme; esso, cioè, si desume dalla domanda — non si computano col capitale nè i frutti, nè gli accessori — se la domanda ha per oggetto più somme fondate sopra vari titoli, si ha riguardo a ciascuna di esse separatamente - se si chiede parte o residuo di una obbligazione, si ha riguardo a quello ovvero all'intero valore di questa, secondo che desso è, o no, fuori di controversia. Queste ed altre regole generali sono scritte nella legge sul Conciliatore (13), la quale, come avremo più volte occasione di mettere in rilievo, contiene norme applicabili anche alle cause trattate innanzi al Commissario, cui prima non erasi offerta occasione di inquadrare in un articolo di legge.

Sovra di esse è fuor d'opera l'insistere, poichè non si discostano da quelle sancite in molti codici, specialmente dal Codice di procedura civile del Regno d'Italia; ed io attendo qui non ad insegnare la procedura, ma ad instradare alla cognizione della procedura locale chi già deve essere versato nello studio del diritto e delle leggi.

Ingiunge lo Statuto (14) che nessuno osi declinare la giurisdizione dei Capitani Reggenti. Un decreto del Consiglio Principe e Sovrano delli 13 agosto 1775, n. 265 ribadisce in termini generici il principio della competenza del foro sammarinese.

Veramente lo Statuto (15) contiene l'eccezione del foro ecclesiastico per le cause tra, o contro, chierici, ma quantunque espressa ed anche accolta da una

e) L'art. 2 n. 3 della Legge 5 giugno 1923 n. 13 attribuisce al Consiglio dei XII la competenza a « decidere sulle eccezioni di incompetenza e di suspicione dei giudici (Libro II degli Statuti, Rubriche II e IV) ».

13) Art. 17.

14) Parag. 249, 250, Rub. XXVI, L. II, 280 Rub. XXXIV, L. II.

15) L. II, r.36.

sentenza non antica e non appellata (16), nondimeno è inusitata siffatta declinatoria, specie dappoichè più non esistono, a rigore, Tribunali ecclesiastici.

Sul principio del secolo scorso (17), un dottore, essendosi avvisato di valersene perchè fiscale di una Curia vescovile, il Consiglio Principe ordinò che venisse pure riconosciuto il diritto, ma in pari tempo dichiarò lui decaduto dal titolo di dottore ed ineleggibile a qualunque carica nella Repubblica, al cui Tribunale aveva fatto cotanto sfregio.

3. - Ai litiganti che abbiano motivo di dubitare della imparzialità del giudice è dato di recusarlo. Fino a che la giustizia fu resa dai Capitani, chi sospettava dell'uno di essi aveva il rimedio di adire l'altro, e solo nel caso di grave suspicione contro ambedue era mestieri di rivolgersi al Consiglio dei XII (18).

Oggi, la recusa del Giudice (Conciliatore o Commissario) deve proporsi al Consiglio Sovrano (19) accompagnandola coi motivi, o ragioni sulle quali si basa.

La recusa perentoria non sarebbe presa in considerazione, tanto più che, per merito del diritto canonico, fu infrenato l'abuso di recusare, a scopo dilatorio e cavilloso, i giudici senza alcuna proporzionata cagione (20). Dove si enumerano le cause di suspicione queste sono tassative (21), dove tale enumerazione manca (così appunto è nello Statuto sammarinese), bisogna rimettersi alle cagioni riconosciute dal diritto canonico, che qualche autore porta sino a quaranta, ma che sostanzialmente sono: l'avere il giudice interesse alla causa, o rapporti di sangue o di affinità, di inimicizia o di soverchia dimestichezza con alcuna delle parti, o l'aver propalato intorno alla causa la sua opinione prima della sentenza.

Gli Statuti di alcune città comminano pene per la recusazione dolosa o temeraria del Giudice (22): disposizione consimile non troviamo nello Statuto sammarinese, poichè dove esso parla di eccezioni « frivole e calunniose » (23) evidentemente non vi comprende questa specie di eccezione declinatoria, nè potrebbe d'altronde procedere per analogia in fatto di pene.

Giova però il rilevare come non v'abbia quasi esempio di recusazione di Commissario, forse anche per essere questo temporaneo e forestiero, circostanze che, secondo gli Statuti di Roma, rendevano senz'altro improponibile la recusa (24).

Una sola volta, nel corso di mezzo secolo, appare elevato a sospetto il giudice, perchè si diceva che in una sentenza interlocutoria egli aveva manifestato il suo parere.

Senonchè, bene osservò il Giudice di appello (25) che l'emettere una sentenza preparatoria, relativa vuoi a deposito o comunicazione di documenti, vuoi ad altri mezzi di prova, il dichiararli influenti in causa, il chiamarli: pietra ango-

16) T.C. 10 aprile 1888, Monastero di S. Chiara c. Busignani.

17) 11 gennaio 1801, n. 248.

18) Parag. 95 Rub. II, L. II.

19) Parag. 115 Rub. VI, L. II. L'art. 2 n. 3 della Legge 5 giugno 1923 n. 13 ha restituito la competenza al Consiglio dei XII. Vedi nota « e » che precede.

20) Ap. 1° gennaio 1872, Casini c. Gaffarelli e testi ivi citati.

21) V. CONCIOLO, L. II, r.5, parag. 1 - MATTIROLO L., Diritto giudiziario civile, Torino, (IV ediz.), I, n. 1045.

22) Parag. 95, Statuti di Ferrara, L. II, r.39 - CONSTANTINI, Observationes, Venetiis, 1737, Adnot. II, art. 3.

23) Parag. 191, Rub. XII, Lib. II.

24) L. I, rub. 50.

25) 1° gennaio 1872, Casini c. Gaffarelli cit. - MATTIROLO, cit., I, pag. 892, nota.

lare della controversia ecc., non implica una vera prevenzione, volendosi per ciò che il giudice abbia come consulente, o come giudice, o come arbitro, o come avvocato, od in altra simile guisa, palesato preventivamente la sua opinione definitiva. E nemmeno potrebbe recusarsi il giudice che avesse in un suo scritto od opera scientifica emessa la sua opinione, ma in modo astratto, sulla controversia. Diversamente, bisognerebbe imporre ai magistrati il veto di manifestare il loro avviso in qualsiasi questione giuridica altrimenti che per sentenza. Il divieto razionale, poi, si riferisce a quella causa determinata e non alla soluzione astratta e generica di una questione di diritto. « Ex facto oritur jus »: ufficio del giudice è specialmente quello di vedere quale sia, nei singoli casi, la regola giuridica da applicare; la sua opinione teorica non è mai sentenza, perchè soltanto questa determina il nesso tra la prima e la specie di fatto.

Il giudice potrebbe volontariamente recusarsi. Ciò occorre e fu ammesso nella pratica senza contrasto. Egli potrà astenersi per i motivi ora indicati e per altri ancora che fossero riconosciuti giusti; però non ne ha l'obbligo, poichè lo Statuto non ne fa menzione. Sia che le parti vogliano proporre la recusa, sia che il giudice intenda di astenersi, in ambo i casi deve farsi dichiarazione motivata negli atti, i quali vengono rimessi al Consiglio dei XII, acciocchè decida in proposito e, secondo la decisione, li ritorni al giudice per la prosecuzione della causa, o nomini un giudice straordinario in sua vece.

Quando sia sospettato il Giudice di Appello, la procedura non dovrebbe essere diversa. Un decreto del 1602, di poco posteriore all'ultima riforma degli Statuti (26), inteso a colmare una lacuna, dispone, per il caso di suspizione dei due giudici o dell'uno di essi, che i medesimi, o quest'ultimo, possano nominare due nuovi od un nuovo giudice (aggiunto), consenzienti nel primo caso le parti. Ora la prima ipotesi è resa impossibile dalla istituzione di un Giudice di appello unico: questi poi, venendo eletto non in seno al Consiglio ma da esso, non potrebbe delegare alcun altro in sua vece, e deve perciò ricorrere al Consiglio dei XII perchè provveda nella stessa maniera che in caso di recusa del giudice di primo grado.

4. - Ad integrazione di quanto esposto sull'ordinamento giudiziario della Repubblica, si ritiene di notare come le leggi scritte sammarinesi non contengano alcuna norma che delimiti i rapporti tra la giustizia ordinaria e quella amministrativa; anzi può affermarsi che nemmeno vi hanno norme che, in modo generale o in termini precisi, istituiscano una vera e propria giustizia amministrativa.

La Rubrica XXII del Libro I degli Statuti accorda, nei casi nei quali non è possibile procedere innanzi ai « giudici », il ricorso al Consiglio dei XII e da questo al Consiglio Grande e Generale; ma i due organi decidono non in via giurisdizionale, non quali « giudici », sibbene in via straordinaria e di favore. La detta Rubrica XXII era da lungo tempo caduta in desuetudine e, con essa, la maggior parte delle funzioni dallo Statuto attribuite al Consiglio dei XII.

Si era andata invece formando ed imponendo la consuetudine che reclami, istanze e richieste di qualsiasi genere — purchè non di esclusiva competenza delle ordinarie autorità giudiziarie — dovessero senz'altro essere dirette al Consiglio Grande e Generale, il quale continuava a decidere in via di favore e di grazia e

26) Cit. anche in: MALAGOLA, l'Archivio della Repubblica di Sammarino, Bologna 1891, pag. 169.

non già in via giurisdizionale. Ciò, evidentemente, nell'intento di abbreviare la procedura, dato che dal Consiglio dei XII si poteva sempre ricorrere a quello Grande e Generale.

La legge 5 giugno 1923 N. 13, allo scopo di alleggerire il lavoro del Supremo Consesso della Repubblica, ha abolito la predetta consuetudine, restituendo sostanzialmente al Consiglio dei XII i compiti e le funzioni statutarie. Ma con ciò non è stata modificata la fisionomia costituzionale del Consiglio dei XII. Esso non fu mai e non è un organo giurisdizionale, bensì un organo politico amministrativo; di discrezionalità; di revisione sugli atti degli inferiori organi ed uffici amministrativi; nonchè di disciplina. Comunemente si dice che è un organo giudiziario: ma tale affermazione non è del tutto esatta, poichè se controversie di ordinaria giustizia sono portate innanzi ad esso lo sono unicamente per la nomina (il che non può costituire atto giurisdizionale) del Sapiente o del Giureconsulto. E' questi che emette il giudizio: non il Consiglio dei XII che si limita a prenderne atto. E così, per le cause civili di terza istanza, è il parere od il consiglio del Sapiente (concordato tra le parti o nominato dai Dodici) che decide: « nec a dicto consilio (sapientis) possit aliquo modo reclamari » (Rub. VII, Libro IV). E così, per la revisione delle sentenze penali, è il Giureconsulto che « pronunzia il giudizio » (art. 201 C. P. P.). Ma, comunque sia di ciò, si ritiene per certo che la decisione sui ricorsi di cui all'art. 5 della legge 5 giugno 1923 (in relazione alla Rub. XXII del Libro I degli Statuti) costituisce, come già si è detto, un atto amministrativo e non giurisdizionale.

Il Consiglio dei XII continua a decidere come prima decideva il Consiglio Grande e Generale, e cioè in via di controllo amministrativo. Si ricordi che i Dodici sono elementi politici e non tecnici, che essi sono diretta emanazione della maggioranza politica al potere, che avanti a loro non si svolge regolare contraddittorio, che la loro decisione non deve essere motivata. Essi possono chiedere parere a persona competente e dalla giurisprudenza esistente risulta che i pareri espressi dai Consulenti sono sempre stati accettati dal Consiglio.

Nemmeno nel diritto comune, ancora vigente in questa Repubblica, si trova delineata una vera e propria giustizia amministrativa. In linea generale si ha: da una parte l'autorità giudiziaria ordinaria che estende la sua competenza e giurisdizione fino a che non incontra ostacoli insormontabili; dall'altra parte il Principe o potere sovrano che, dietro ricorso, esamina e rivede gli atti dei propri organi amministrativi e decide con atto amministrativo e non giurisdizionale. La nostra consuetudine appare quindi, per quanto esposto, sostanzialmente conforme al diritto comune.

Invero, tutti i concetti tratti dagli odierni diritti — in quanto distinguono il potere legislativo dall'esecutivo e dal giudiziario; in quanto distinguono diritto da interesse e conseguentemente la giustizia ordinaria dalla amministrativa — sono completamente estranei al diritto comune qui vigente.

La distinzione e separazione dei tre poteri (sostenuta dal Locke e dal Montesquieu) venne accolta dalla rivoluzione francese e dalle legislazioni posteriori, ma nel periodo feudale, in quello comunale e, a maggior ragione, in quello delle signorie e delle monarchie assolute (periodi durante i quali si svolse e si affermò il diritto comune) i tre poteri si trovano uniti, in modo più o meno accentuato, in mano di una o più persone, che erano nello stesso tempo legislatori, esecutori od amministratori e giudici.

lare della controversia ecc., non implica una vera prevenzione, volendosi per ciò che il giudice abbia come consulente, o come giudice, o come arbitro, o come avvocato, od in altra simile guisa, palesato preventivamente la sua opinione definitiva. E nemmeno potrebbe recusarsi il giudice che avesse in un suo scritto od opera scientifica emessa la sua opinione, ma in modo astratto, sulla controversia. Diversamente, bisognerebbe imporre ai magistrati il veto di manifestare il loro avviso in qualsiasi questione giuridica altrimenti che per sentenza. Il divieto razionale, poi, si riferisce a quella causa determinata e non alla soluzione astratta e generica di una questione di diritto. « Ex facto oritur jus »: ufficio del giudice è specialmente quello di vedere quale sia, nei singoli casi, la regola giuridica da applicare; la sua opinione teorica non è mai sentenza, perchè soltanto questa determina il nesso tra la prima e la specie di fatto.

Il giudice potrebbe volontariamente recusarsi. Ciò occorre e fu ammesso nella pratica senza contrasto. Egli potrà astenersi per i motivi or ora indicati e per altri ancora che fossero riconosciuti giusti; però non ne ha l'obbligo, poichè lo Statuto non ne fa menzione. Sia che le parti vogliano proporre la recusa, sia che il giudice intenda di astenersi, in ambo i casi deve farsi dichiarazione motivata negli atti, i quali vengono rimessi al Consiglio dei XII, acciocchè decida in proposito e, secondo la decisione, li ritorni al giudice per la prosecuzione della causa, o nomini un giudice straordinario in sua vece.

Quando sia sospettato il Giudice di Appello, la procedura non dovrebbe essere diversa. Un decreto del 1602, di poco posteriore all'ultima riforma degli Statuti (26), inteso a colmare una lacuna, dispone, per il caso di suspizione dei due giudici o dell'uno di essi, che i medesimi, o quest'ultimo, possano nominare due nuovi od un nuovo giudice (aggiunto), consenzienti nel primo caso le parti. Ora la prima ipotesi è resa impossibile dalla istituzione di un Giudice di appello unico: questi poi, venendo eletto non in seno al Consiglio ma da esso, non potrebbe delegare alcun altro in sua vece, e devesi perciò ricorrere al Consiglio dei XII perchè provveda nella stessa maniera che in caso di recusa del giudice di primo grado.

4. - Ad integrazione di quanto esposto sull'ordinamento giudiziario della Repubblica, si ritiene di notare come le leggi scritte sammarinesi non contengano alcuna norma che delimiti i rapporti tra la giustizia ordinaria e quella amministrativa; anzi può affermarsi che nemmeno vi hanno norme che, in modo generale o in termini precisi, istituiscano una vera e propria giustizia amministrativa.

La Rubrica XXII del Libro I degli Statuti accorda, nei casi nei quali non è possibile procedere innanzi ai « giudici », il ricorso al Consiglio dei XII e da questo al Consiglio Grande e Generale; ma i due organi decidono non in via giurisdizionale, non quali « giudici », sibbene in via straordinaria e di favore. La detta Rubrica XXII era da lungo tempo caduta in desuetudine e, con essa, la maggior parte delle funzioni dallo Statuto attribuite al Consiglio dei XII.

Si era andata invece formando ed imponendo la consuetudine che reclami, istanze e richieste di qualsiasi genere — purchè non di esclusiva competenza delle ordinarie autorità giudiziarie — dovessero senz'altro essere dirette al Consiglio Grande e Generale, il quale continuava a decidere in via di favore e di grazia e

26) Cit. anche in: MALAGOLA, l'Archivio della Repubblica di Sammarino, Bologna 1891, pag. 169.

non già in via giurisdizionale. Ciò, evidentemente, nell'intento di abbreviare la procedura, dato che dal Consiglio dei XII si poteva sempre ricorrere a quello Grande e Generale.

La legge 5 giugno 1923 N. 13, allo scopo di alleggerire il lavoro del Supremo Consesso della Repubblica, ha abolito la predetta consuetudine, restituendo sostanzialmente al Consiglio dei XII i compiti e le funzioni statutarie. Ma con ciò non è stata modificata la fisionomia costituzionale del Consiglio dei XII. Esso non fu mai e non è un organo giurisdizionale, bensì un organo politico amministrativo; di discrezionalità; di revisione sugli atti degli inferiori organi ed uffici amministrativi; nonché di disciplina. Comunemente si dice che è un organo giudiziario: ma tale affermazione non è del tutto esatta, poichè se controversie di ordinaria giustizia sono portate innanzi ad esso lo sono unicamente per la nomina (il che non può costituire atto giurisdizionale) del Sapiente o del Giureconsulto. E' questi che emette il giudizio: non il Consiglio dei XII che si limita a prenderne atto. E così, per le cause civili di terza istanza, è il parere od il consiglio del Sapiente (concordato tra le parti o nominato dai Dodici) che decide: « nec a dicto consilio (sapientis) possit aliquo modo reclamari » (Rub. VII, Libro IV). E così, per la revisione delle sentenze penali, è il Giureconsulto che « pronunzia il giudizio » (art. 201 C. P. P.). Ma, comunque sia di ciò, si ritiene per certo che la decisione sui ricorsi di cui all'art. 5 della legge 5 giugno 1923 (in relazione alla Rub. XXII del Libro I degli Statuti) costituisce, come già si è detto, un atto amministrativo e non giurisdizionale.

Il Consiglio dei XII continua a decidere come prima decideva il Consiglio Grande e Generale, e cioè in via di controllo amministrativo. Si ricordi che i Dodici sono elementi politici e non tecnici, che essi sono diretta emanazione della maggioranza politica al potere, che avanti a loro non si svolge regolare contraddittorio, che la loro decisione non deve essere motivata. Essi possono chiedere parere a persona competente e dalla giurisprudenza esistente risulta che i pareri espressi dai Consulenti sono sempre stati accettati dal Consiglio.

Nemmeno nel diritto comune, ancora vigente in questa Repubblica, si trova delineata una vera e propria giustizia amministrativa. In linea generale si ha: da una parte l'autorità giudiziaria ordinaria che estende la sua competenza e giurisdizione fino a che non incontra ostacoli insormontabili; dall'altra parte il Principe o potere sovrano che, dietro ricorso, esamina e rivede gli atti dei propri organi amministrativi e decide con atto amministrativo e non giurisdizionale. La nostra consuetudine appare quindi, per quanto esposto, sostanzialmente conforme al diritto comune.

Invero, tutti i concetti tratti dagli odierni diritti — in quanto distinguono il potere legislativo dall'esecutivo e dal giudiziario; in quanto distinguono diritto da interesse e conseguentemente la giustizia ordinaria dalla amministrativa — sono completamente estranei al diritto comune qui vigente.

La distinzione e separazione dei tre poteri (sostenuta dal Locke e dal Montesquieu) venne accolta dalla rivoluzione francese e dalle legislazioni posteriori, ma nel periodo feudale, in quello comunale e, a maggior ragione, in quello delle signorie e delle monarchie assolute (periodi durante i quali si svolse e si affermò il diritto comune) i tre poteri si trovano uniti, in modo più o meno accentuato, in mano di una o più persone, che erano nello stesso tempo legislatori, esecutori od amministratori e giudici.

E così, secondo le *Leges Statutae*, emanate nel 1600, il Consiglio Grande e Generale è detentore di tutti i poteri ed è il Sovrano assoluto, come quello che dispone del « diritto di vita e di morte e dei beni di ciascun abitante della Terra di San Marino » (Rub. III, Libro I). I Capitani Reggenti (come i consoli nel primo periodo comunale, i podestà nel secondo, i capitani del popolo nel terzo) non solo rappresentano la sovranità spettante collegialmente al Consiglio Grande e Generale, ma, per delega di quest'ultimo, hanno: a) il potere esecutivo (nel quale rientra, ma in modo limitato e condizionato, quello legislativo); b) il potere giudiziario sia di cognizione, sia di esecuzione (« merum et mixtum imperium ») che mantengono nominalmente anche quando questo viene delegato dal Consiglio a giudici forestieri; c) quell'ampio potere « arbitrario » (discrezionale) dal diritto comune concesso, fino alle codificazioni, al potere esecutivo ed amministrativo, nonchè ai giudici anche penali (oggi per altro abolito, nel ramo punitivo, dal Codice Penale - *Leges Statutae*, Lib. I, Rub. XIII e XXI - Lib. III, Rub. XXVIII, XXXV, XXXVI, ecc.). Tale potere arbitrario o discrezionale permette alla Reggenza di prendere i provvedimenti opportuni ed utili « pro bono publico ».

La raccolta di « Statuta, Decreta ac Ordinamenta Terrae Sancti Marini » è vecchia di oltre tre secoli, risalendo, come si è detto, al 1600; ma se, attorno ad essa, varie istituzioni si sono andate cambiando, dandosi luogo così a varie leggi a disciplina di particolari materie, lo spirito della costituzione rimane tuttavia inalterato e costituisce il cardine di tutta la legislazione sammarinese, cosicchè i problemi legislativi, che le nuove esigenze impongono e che mano a mano sono risolti dalla coscienza popolare, non possono essere considerati e risolti al di fuori delle norme che dagli Statuti sono dettate o di quelle che sono state consacrate dalle nuove leggi. Queste esauriscono di per sè la esigenza del movimento evolutivo del diritto nella disciplina delle materie da esse contemplate, limitando mano a mano il campo della applicazione del « jus commune » in tutti gli elementi che lo costituiscono. Si vuol dire con questo che non sembra possibile ritrarre dalle leggi scritte, nuovamente emanate, principii ai quali dare applicazione al di fuori ed oltre la materia disciplinata da esse, specie quando tali principii contrastino con le norme già codificate negli Statuti e conformi ai principii del « jus commune »: cioè a quelle norme che si rilevano dai testi delle *leges scriptae*, secondo le interpretazioni che di esse sono state elaborate insieme dai Consilia dei pratici, dalla communis opinio dei dottori e dalle decisiones dei Tribunali. Ciò premesso può esaminarsi se e quali rimedi siano dati al privato contro i provvedimenti emessi dal potere esecutivo, quando il privato ritenga che essi violino o comunque ledano un suo diritto od un suo interesse.

Nessun dubbio che il privato possa valersi della facoltà concessa dalla già ricordata Rub. XXII del Libro I delle *Leges Statutae* che dispone: « Si quis ab aliquo praecepto, vel aliqua re extraordinaria gravatum esse praesumpserit, ad Consilium duodecim virorum et ab eo ad Consilium Generale sexaginta virorum recurrere possit. Ita tamen quod non comprehendantur casus, in quibus ordinarie coram Judicibus procederetur ». La disposizione è confermata dall'art. 5 della legge 5 giugno 1923, la quale specifica che può farsi ricorso al Consiglio dei XII quando si ritenga leso « un interesse » da un atto, provvedimento, precetto di indole amministrativa per ottenerne la riforma, semprechè sia esclusa la competenza dell'autorità giudiziaria e non si tratti di materia devoluta a giurisdizione

speciale, né si tratti di provvedimento emesso o ratificato dal Consiglio Grande e Generale.

Con quest'ultima disposizione, come si è detto, il legislatore ha cercato di avviarsi verso la formazione di una giustizia amministrativa, ma non è stata instaurata una vera giurisdizione, in quanto al Consiglio dei XII può farsi ricorso anche per un interesse puro e semplice (nelle odierne legislazioni, in via di massima, sfornito di tutela) e, in determinati casi, anche per un diritto soggettivo (nelle odierne legislazioni normalmente riservato all'autorità giudiziaria ordinaria).

Ciò porta ad esaminare e stabilire se, quando e con quali conseguenze l'autorità giudiziaria possa prendere in esame un atto emesso dal potere esecutivo nella sua discrezionalità. Per i motivi già indicati non è possibile trovare soluzioni o direttive precise nel diritto comune. Occorre perciò attenersi ai principi generali, secondo i quali l'autorità giudiziaria estende la sua competenza — per la tutela dei diritti soggettivi ed anche, in certi limiti, degli interessi legittimi — fino a che non incontri ostacoli insormontabili e può, in determinati casi, revocare o modificare l'atto discrezionale. In particolare è dato alla autorità giudiziaria di esaminare, con le conseguenze che ne possono derivare, se l'atto o provvedimento sia stato emesso da chi aveva facoltà di emetterlo e se sia, o meno, contrario alla legge, in quanto è evidente che il potere esecutivo ha l'obbligo (salvo casi eccezionali che debbono riportare la ratifica del Consiglio Grande e Generale) non solo di fare osservare ma anche di osservare le leggi.

Tale sistema provvede così il privato di una difesa dei propri interessi, oltre che dei diritti, contro le esorbitanze del potere esecutivo, in tal maniera da porre confini anche all'imperium della Reggenza. Si reputa pertanto senza fondamento il timore di carenza di tutela del cittadino dalle esorbitanze anche del Supremo Organo esecutivo dello Stato: l'istituto del Sindacato, quale è disciplinato dalla Rub. XIX del Libro I delle *Leges Statutae*, assoggetta, alla fine del mandato Reggenziale semestrale, al giudizio dei Sindacatori ogni atto dei Capitani Reggenti, su querele e petizioni dei « particolari », senza alcuna limitazione di materia, costituendo in tal modo un supremo controllo, non solo politico, ma, per la forma e per la partecipazione del Procurator Fiscalis, amministrativo e di diritto dell'operato dei Reggenti: massima garanzia, sconosciuta finora anche dalla legislazione italiana.

5. - Esaminiamo ora i limiti del sindacato giurisdizionale nei confronti della attività legislativa. Secondo la unanime dottrina, è da affermare che i giudici non possono: a) indagare se siano stati o meno osservati i cosiddetti « interna corporis », e cioè le norme stabilite per l'approvazione delle leggi da parte del corpo legislativo; b) valutare la bontà politica della legge o di darle o negarle applicazione secondo il risultato positivo o negativo di tale valutazione. L'autorità giudiziaria deve solo limitarsi a constatare se la legge esiste e se essa ha i requisiti formali (emanazione da competente autorità, promulgazione, pubblicazione) perchè sia perfetta.

Spetta altresì ai giudici di sindacare la costituzionalità della legge, e cioè di verificare se il contenuto di essa sia o no conforme alla carta costituzionale, ma ciò negli Stati nei quali esiste una costituzione rigida (tale cioè che non possa essere modificata dal potere legislativo, ma solo da un potere costituzionale ad esso superiore). Ora in questa Repubblica una vera e propria costituzione, sia rigida,

sia flessibile, non esiste, nè ad essa possono dar luogo, dal punto di vista giuridico, le « *Leges Statutae* », sotto la qual denominazione si comprendono, per concorde spiegazione degli autori di diritto comune, « le leggi approvate ed emanate » e non una carta costituzionale secondo i moderni concetti che erano affatto sconosciuti nel 1600 allorchè dette *Leges Statutae* venivano compilate. E' vero che anticamente la « *praecipua auctoritas* » risiedeva nell'Arengo dei Padri di famiglia, il quale, per ciò, dovrebbe considerarsi, dal punto di vista costituzionale, autorità superiore al Consiglio Grande e Generale, ma è anche vero che proprio con le *Leges Statutae* « *in Consilium Magnum et Generale, nuncupatum sexaginta virorum, omnimoda et suprema potestas et imperium ab eodem Arengo translatum fuit, nulla alia sibi reservata auctoritate* », cosicchè detto Consiglio « *habet jurisdictionem et plenariam ac absolutissimam potestatem supra leges et statuta* » (Rub. I, Libro I). Di conseguenza, nessun ostacolo, di carattere costituzionale, si frappone alla facoltà legislativa spettante al Consiglio Grande e Generale in materia di diritto privato (f).

f) Sentenza di terzo grado 16 settembre 1954 nella causa n. 14, anno 1947 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 17) - Sentenza secondo grado 8 agosto 1929 nella causa n. 122, anno 1927 (Giur. Samm., anno 1929, pag. 7) - Sentenze primo grado: 8 gennaio 1924 nella causa n. 171, anno 1923 (Giur. Samm., anno 1924, pag. 29); 25 agosto 1948 nella causa n. 15, anno 1947 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 212); 12 novembre 1948 nella causa n. 14, anno 1947 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 218).

LEZIONE SECONDA

Sommario: 1. Della competenza diretta e prorogata. - 2. Delle eccezioni di incompetenza.

1. - Fermo stante il già esposto principio della giurisdizione, ci rimane ora a vedere, rispetto al territorio, quale sia pei Tribunali sammarinesi la competenza detta giustamente misura della giurisdizione. Mancando suddivisioni territoriali, non possono nascere conflitti di competenza per territorio interno.

L'unico dubbio potrebbe sorgere dalla litispendenza. Potrebbe declinarsi la competenza dei Tribunali di San Marino, qualora per lo stesso fatto pendesse una causa davanti ad un tribunale straniero?

La questione è assai controversa tra i trattatisti (1), e noi propenderemmo forse per la opinione della minoranza, vale a dire per la negativa, se non avessimo nel testo gli elementi decisivi per andare in contrario avviso, in quanto la Rubrica VI del 2° Libro degli Statuti tratta dell'eccezione di « lite pendente davanti ad un altro giudice » (2), siccome di una di quelle eccezioni da decidersi senza attendere la definizione della causa. Ora, per « altro giudice » è giuocoforza intendere un Tribunale non sammarinese. Occorre però che si avverino tutti gli estremi della litispendenza, enumerati dalla dottrina sulla scorta del diritto comune, cioè identità di oggetto, di titolo e di parti.

Per costituire poi la litispendenza basta la citazione, poichè « *lis enim pendere dicitur, licet nulla jam contestatio secuta sit* » (3). Cade qui in acconcio l'osservare che presso i Tribunali italiani prevale l'opinione avversa ad ammettere la litispendenza per il fatto di cause iniziate od agitate davanti al Tribunale di un altro Stato (4), mentre dai Motivi del Codice di procedura civile sembra fosse diverso l'animo del legislatore (5).

Contro tale pur autorevolissima opinione dell'Autore si è schierata costantemente la giurisprudenza dei Tribunali sammarinesi, sostenendo l'improponibilità della eccezione di litispendenza, quando uno dei giudizi penda dinanzi a tribunali stranieri.

Il Prof. Avv. Vittorio Scialoja, Giudice delle Appellazioni per le cause civili della Repubblica, con sentenza di secondo grado 12 agosto 1924 (a) affermò: « Non si può parlare di litispendenza quando uno dei giudizi è stato iniziato avanti

1) MATTIROLLO, cit., I, n. 998 - SAREDO, Istituzioni di procedura civile (3ª ediz.), Firenze, vol. I, n. 352.

2) Parag. 114, Rub. VI, L. II.

3) VOËT, Ad Pand., XLIV, 2, n. 7.

4) Terzo repertorio del giornale « La legge », voce « Competenza », parag. 7, n. 27.

5) Relaz. Pisanelli sull'art. 104 Cod. Proc. Civ.

a) Nella causa n. 69, anno 1921 (Giur. Samm., anno 1924, pag. 16).

l'autorità giudiziaria straniera dopo quello già radicato avanti questi Tribunali».

Tale concetto fu riaffermato con successive sentenze tra le quali notiamo:

- 1) *Sentenza di primo grado 8 agosto 1935 (b): «Esiste la litispendenza solo quando una identica causa verte tra due o più autorità di diverso grado (Chaveau in Carrè, quest. 1326, 2 - Borsari, Comment. P. C., 108, n. 4 - Mattiolo, Trattato, vol. 1°, n. 860)».*
- 2) *Sentenza di primo grado 28 agosto 1936 (c): «La litispendenza può verificarsi tra autorità giudiziarie di uno stesso Stato, non fra Tribunali di Stati diversi».*
- 3) *Sentenza di primo grado 7 agosto 1939 (d): «Non è di ostacolo alla competenza del giudice nazionale la circostanza che la medesima causa si agiti dinanzi a giudici esteri e ciò sempre che una convenzione internazionale non disponga diversamente».*

Tale ultima ipotesi, l'esistenza cioè di una convenzione internazionale, si verifica nei confronti della Repubblica Italiana. La materia è regolata dall'art. 5 (nel testo modificato con Accordo Aggiuntivo in data 28 febbraio 1946) della Convenzione di Amicizia e Buon Vicinato, stipulata tra i due Stati.

Si è convenuto che «le decisioni in materia civile, commerciale e amministrativa, pronunciate da Autorità giurisdizionali di uno dei due Stati, hanno l'autorità della cosa giudicata nel territorio dell'altro» quando, tra le altre condizioni, concorra quella stabilita al N. 4 di detto articolo, cioè che «al momento della emanazione della decisione non fosse pendente, nello Stato ove essa è invocata, un giudizio per la stessa controversia».

Da ciò non deriva affatto che, esistendo separato giudizio nei due Stati per una medesima controversia, o l'autorità giudiziaria sammarinese o quella italiana debba sospendere il giudizio che ad essa compete secondo le leggi del rispettivo Stato. Lo stesso art. 5 al n. 3 conferma la possibilità di un duplice giudizio, per la medesima controversia, avanti le autorità giudiziarie dei due Stati, disponendo che la decisione, della quale si chiede l'esecutorietà, non deve essere in contraddizione «con altra già pronunciata, sulla stessa controversia, da una autorità giurisdizionale dello Stato nel quale la decisione è invocata».

La Convenzione quindi, con tali disposizioni, ha sancito il principio costantemente affermato dalla giurisprudenza sammarinese (e).

E' da fare eccezione per i procedimenti in materia di interdizione, di inabilitazione ed in generale per tutti quelli che non danno mai luogo ad una cosa giudicata. Ed invero la litispendenza si fonda sul possibile conflitto di due sentenze ugualmente definitive e portanti sul medesimo obbietto. Quando questo pericolo sia evitato in quanto anche il contenuto della sentenza potrebbe, mutandosi lo stato di fatto, essere in qualunque tempo mutato, non ci pare che la pendenza di una procedura, diretta al medesimo scopo, davanti ad un altro Tribunale possa costituire un ostacolo a che siano dati dal giudice gli opportuni provvedimenti, spesso urgenti ed in ogni caso d'interesse non esclusivamente privato.

b) Nella causa n. 95, anno 1935 (Giur. Samm., anni 1935 - 1936, pag. 82).

c) Nella causa n. 262, anno 1933 (Giur. Samm., anni 1935 - 1936, pag. 148).

d) Nella causa n. 103, anno 1938 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 100).

Confermata con Sentenza di secondo grado 28 agosto 1940.

e) V. Sentenza primo grado 31 agosto 1955 nella causa n. 364, anno 1952 (Giur. Samm., anno 1963, vol. III, pag. 363).

Fatto quindi il debito conto della litispendenza, i Tribunali di San Marino sono competenti a conoscere:

a) di tutte le cause o controversie tra cittadini, o semplici abitatori della Repubblica, anche se si trattasse di azione reale e l'oggetto fosse posto fuori del territorio della Repubblica (6), o fuori del medesimo fosse accaduto il fatto che serve di fondamento alla causa.

b) di tutte le azioni promosse da forestieri contro cittadini o semplici abitatori della Repubblica per qualunque motivo e causa (7).

c) delle azioni promosse da forestieri contro forestieri non abitanti in Repubblica per contratti da essi conclusi nella medesima, od obbligazioni ivi assunte da essi (8).

d) quanto alle azioni promosse dai sammarinesi contro i forestieri, bisogna premettere che lo Statuto non è troppo chiaro, poichè alcune delle regole in proposito sembrano fra loro contraddittorie (9).

La giurisprudenza poi e la pratica hanno in qualche modo ristretto il senso letterale dello Statuto, che per sé sarebbe più favorevole ai sammarinesi.

Possiamo pertanto con sicurezza affermare che sono competenti a conoscere delle azioni contro il forestiero i tribunali di San Marino:

- I) quando il contratto o il fatto sia avvenuto nel territorio della Repubblica (10).
- II) quando per un contratto o fatto, avvenuto anche fuori della Repubblica, il forestiero sia notificato della citazione nel territorio della medesima.

Ché anzi in tal caso il cittadino ha facoltà di costringerlo a comparire dinanzi al tribunale immediatamente, [e di ottenere il suo arresto fino a che egli non paghi] o non presti congrua cauzione. Basta però che una delle due condizioni enunciate sia soddisfatta.

Se il concorso simultaneo di ambedue le circostanze (stipulazione in Repubblica - reperimento ivi del forestiero convenuto) dovesse richiedersi (11), la ru-

6) Parag. 279, 280, Rub. XXXIV, Lib. II - L'habitor è, nei riguardi della giurisdizione, parificato al cittadino, ossia il principio actor sequitur forum rei comprende tanto il foro nazionale quanto il foro del domicilio del convenuto.

7) Parag. 250 Rub. XXIV, Lib. II e 94, Rub. I, Lib. II.

8) Parag. 94, Rub. I, Lib. II. - La norma statutaria consente di convenire gli stranieri avanti al Tribunale della Repubblica se ivi «contraxerint vel quasi» e pertanto tale formula (simile a quella usata dal VOËT in Commentaria, Lib. V, tit. I, parag. 73) comprende in unico trattamento i contratti ed i quasi contratti. Occorre aggiungere che il diritto comune fa normalmente coincidere il luogo di perfezionamento dei contratti e dei quasi contratti con quello della loro esecuzione. Per ciò che concerne il perfezionamento del contratto si ha che «contractus qui re, verbis aut literis constant, ibi censentur absoluti ubi res tradita fuit» (RICHERI, Univ. Jurisp., T. XII, parag. 482) e, per contro, per quanto riguarda il luogo di esecuzione, esso è normalmente quello del loro perfezionamento. «Solutio regulariter facienda est in loco, in quo solvendi obligationem suscepit, nisi aliud expresse vel tacite actum appareat vel suadeat aequitas» (RICHERI, l. c.). Pertanto, il diritto comune fa valido il criterio del luogo in cui l'obbligazione dedotta deve essere eseguita (principio del «forum destinatae solutionis»): «Cum unusquisque ibi contraxisset intelligatur ubi se solvendum obligavit, sponte sequitur, ex loco destinatae solutionis forum competens nasci» (RICHERI, l. c. parag. 459, 486 - Sentenza di terzo grado 13 maggio 1924 nella causa n. 45, anno 1923 in Giur. Samm., anno 1924, pag. 3).

9) Parag. 94 e 279, Rub. XXXIV, Lib. II.

10) Parag. 94, Rub. I, Lib. II - Per l'esecuzione dei contratti ved. nota 8 che precede.

11) Ap. 18 agosto 1882, Tombi c. Gai; Ap. 28 giugno 1888, Gori c. Malpeli.

brica che dispone circa il modo di citare i forestieri irreperibili nel territorio (12) non avrebbe ragione di esistere.

D'altra parte, tale pretesa sarebbe inconciliabile col testo che ammette potersi procedere contro il forestiero trovato in San Marino (vale a dire citato ivi in persona propria), « qualunque sia la causa del debito », per qualunque ragione perciò e per qualunque contratto (13).

Qualora le due condizioni fossero richieste cumulativamente si verrebbe a mettere il cittadino sammarinese in una condizione notevole di inferiorità rispetto all'estero, ciò che non è all'unisono con lo spirito delle legislazioni statutarie, le quali miravano invece a proteggere ed a favorire, talvolta a scapito dell'uguaglianza, il cittadino.

Basta dunque — si ripete — l'alternativa. Né di più si richiedeva dal diritto romano, secondo il quale la competenza del foro dove alcuno si obbliga per contratto od altrimenti (« forum contractus ») aveva finito per diventare nel periodo giustiniano (14) la regola generale. Tutto ciò era inoltre troppo consentaneo alla semplicità dei giudizi sommari, perché non dovesse penetrare e restare nel diritto canonico e nello statuario; né vi sarebbero ragioni per creare delle restrizioni che il legislatore non volle.

Nel « forum contractus » si comprende anche il foro della successione; il tribunale di San Marino è competente per le azioni ereditarie quando siasi aperta la successione nel territorio della Repubblica.

Viceversa, per il principio che nessuna eccezione può farsi alle regole fondamentali in tema di procedura, quando non sia tassativamente permessa (15), il cittadino sammarinese non può citare davanti al Tribunale di San Marino il forestiero, per un fatto o contratto avvenuto fuori del territorio della Repubblica, quando non riesca a trovare l'avversario nel territorio della medesima, non riesca, cioè, quivi a fargli notificare la citazione.

Mancando la norma apposita che autorizzi in questo caso la citazione del forestiero, riprende vigore la massima « actor sequitur forum rei » (16).

Il principio di diritto comune « actor sequitur forum rei » non è quindi regola assoluta ed esclusiva. Già si è visto che questo principio è ammesso anche dagli statuti sammarinesi, i quali anzi, parificando per questo riguardo il cittadino (incola) al domiciliato (habitor), considerano come forum rei tanto il foro nazionale quanto il foro del domicilio. Sia nel diritto interno per la determinazione della competenza territoriale, sia nel diritto internazionale privato per la determinazione della cosiddetta competenza internazionale, accanto a quella regola si trovano sempre altri criteri, altri principi (forum contractus, forum delicti commissi, ecc.) che rendono possibile d'instaurare il giudizio dinanzi ad una autorità diversa da quella del domicilio del convenuto, cosicché a nulla giova richiamarsi a quel principio se non si dimostra che manca, nel caso concreto, ogni altro criterio da cui la legge faccia derivare l'obbligo di sottostare ad una determinata giurisdizione.

12) Parag. 100, Rub. III, Lib. II.

13) Parag. 249, Rub. XXVI, Lib. II.

14) Nov. 69, cap. I.

15) Relaz. Pisanelli al Cod. di procedura civile - MATTIROLO, cit., I, nota a pag. 594.

16) MATTIROLO, cit. - SAREDO, I, n. 229.

Il Consiglio Grande e Generale, con Decisione di terzo grado 31 luglio 1917(f) (Consulente il Prof. Avv. Dionisio Anzilotti), confermando la tesi esposta, decise: « Accade ogni giorno che in una medesima controversia siano competenti i tribunali di due o più Stati, per cui ognuno, salvo obblighi internazionali che qui non interessano, stabilisce come crede i limiti della propria giurisdizione di fronte alle giurisdizioni straniere. Il magistrato sammarinese non deve evidentemente preoccuparsi di quello che farebbero nello stesso caso i tribunali italiani; esso è chiamato ad attuare la legge sammarinese, come questi sono chiamati ad attuare la legge italiana... Per la stessa ragione, non può il magistrato sammarinese preoccuparsi della sorte che potrà avere praticamente la sua decisione in un altro Stato, delle difficoltà che potrà eventualmente incontrarvi la domanda di esecuzione. Tali questioni saranno esaminate e risolte a suo tempo da coloro cui spetta; ma tradirebbe la propria missione il magistrato che, in vista di ciò, o non esercitasse la giurisdizione demandatagli dalla legge, o ne esercitasse una che la legge non gli attribuisce ».

Che diremo delle questioni di stato? La giurisdizione della autorità giudiziaria di un Paese sopra il cittadino di un altro Paese è controversa in dottrina, e non poco (17).

Molti codici poi tacciono della competenza rispetto alle questioni di stato, come ne tacciono gli Statuti. Bisogna quindi affidarsi alle regole generali della competenza, secondo le quali i tribunali della Repubblica debbono reputarsi competenti a conoscere di tutte le azioni concernenti gli abitanti, indipendentemente dalla nazionalità alla quale appartengano. E così avviene nella pratica appunto che la interdizione, la nomina del curatore al prodigo, al ventre, ecc., sono considerati non soltanto un diritto, ma un dovere del magistrato locale, rispetto a tutti gli abitanti del territorio senza distinzione (18).

I tribunali della Repubblica sono dunque competenti a dare le disposizioni integrative della capacità, o tutelari delle persone residenti in territorio, siano queste originarie o straniere, con questa diversità però, che alle seconde dovrà applicarsi la legge rispettiva in forza del principio preponderante, o meglio universale del rispetto allo statuto personale.

Quindi, per fare un esempio, mentre il sammarinese ventenne (g) ha capacità di obbligarsi, il regnicolo che non abbia ancora raggiunto gli anni ventuno e non sia emancipato non ha qualità e perciò, a termini del Codice Civile Ita-

f) Nella causa n. 34, anno 1917 (Giur. Samm., anni 1911-1920, fasc. I, pag. 7).

17) V. in MATTIROLO, cit., n. 974.

18) S. C. giugno 1901 (esten. MURATORI) Mansuelli c. Apollinari. - Nei confronti dei cittadini italiani, la materia ha ricevuto specifica normazione dall'art. 53 della Convenzione italo-sammarinese del 31 marzo 1939 che dispone: « Le misure necessarie per la protezione della persona e degli interessi dei minori, cittadini di uno dei due Stati contraenti, che si trovino nel territorio dell'altro Stato, saranno adottate dalle autorità locali, fino a che non sia costituita la tutela secondo la legge nazionale dell'incapace, come pure nei casi di urgenza ».

g) L'art. 1 della Legge 27 aprile 1911 ha stabilito: « Sono maggiori di età e giuridicamente capaci tutti i cittadini che hanno compiuto gli anni 21, salve le eccezioni stabilite dalla presente legge ». Sono state così abrogate le Rubriche XV e XVIII del Libro II delle *Leges Statutae* che concedevano la capacità di obbligarsi, a determinate condizioni, a chi aveva compiuto gli anni 20, pur non raggiungendosi la maggiore età che al compimento del 25° anno.

liano, dovrà essere autorizzato. Se non che per la forma dovrà esserlo con decreto del giudice [udito il parere di due parenti od affini, o di due Consiglieri dei XII, secondo il Senato-Consulto 15 febbraio 1888] (h) in omaggio alla massima « locus regit actum ».

Or non è guari fu deciso che il Tribunale di San Marino ha veste a conoscere delle questioni matrimoniali fra coniugi, purché il domicilio coniugale sia effettivamente in Repubblica (19).

Non fu, invece, decisa né discussa la importante e delicata controversia se il Tribunale fosse competente a decidere la questione di validità di matrimonio celebrato in San Marino, e ciò per il solo fatto di essere ivi stato contratto.

Sull'ardua questione si pronunciò in senso affermativo una Corte del Regno, la cui sentenza fu variamente e largamente discussa (20).

Fra gli altri, due valenti proceduristi sostennero che anche al matrimonio si doveva applicare la regola per cui è competente il « forum contractus », quando lo straniero, in materia non commerciale, sia citato ivi in persona propria. Per lo Statuto Sammarinese, come vedemmo, il secondo requisito non è più tale quando si riscontri il primo.

Il Tribunale della Repubblica, è detto competente per tutti coloro « qui in dicta terra contraxerint vel quasi » (21). I vari argomenti addotti a sostegno della tesi sarebbero dunque invocabili anche in San Marino; soltanto, non sarebbe necessaria la citazione del coniuge nel territorio, in quanto la contrazione del matrimonio basterebbe per radicare la competenza.

In subiecta materia, al momento attuale, legislazione e giurisprudenza sammarinese hanno sancito il principio che il Tribunale di San Marino è competente a decidere della validità del matrimonio civile, ovunque e da chiunque esso sia stato contratto, quando le parti abbiano accettato espressamente la giurisdizione sammarinese e la parte convenuta, al momento della instaurazione del giudizio, abbia risieduto effettivamente per almeno un anno in Repubblica (i).

Secondo il diritto sammarinese, infatti, non è consentito all'autorità giudiziaria di declinare di ufficio la propria giurisdizione quando questa, dopo la instaurazione del giudizio, è stata accettata dalle parti, e ciò in base al principio romano « inter

h) La Legge 28 giugno 1937 n. 5, in modifica al Decreto Consigliere 15 febbraio 1888, stabilisce, all'art. 1, che i contratti relativi ai minori soggetti alla patria potestà « saranno validi, tanto per la forma, quanto per la sostanza, con l'autorizzazione del Giudice. Il Giudice potrà, prima di deliberare, sentire il parere dei prossimi parenti sulla convenienza, per le persone assistite, degli atti da autorizzare ».

19) S. C. settembre 1900* (estensore S.E.G. SAREDO) Russi c. Fano.

20) Cass. Firenze 11 ottobre 1881 (Foro Ital., I, co. 918) - MORTARA, Manuale Proc. Civ., n. 161 - MATTIROLO, pag. 739, nota - Contra: RICCI, BOLAFFIO, CUZZERI ecc., ivi citati.

21) V. parag. 94, Rub. I, Lib. II e art. 91 Cod. Proc. Civ. Ital.

i) L'ultimo comma dell'art. 5 della Convenzione tra San Marino e Italia (così e come risulta stabilito dall'Accordo Aggiuntivo 29 aprile 1953) dispone: « Quando la decisione concerne una causa matrimoniale fra cittadini dello Stato nel quale essa è invocata, la condizione enunciata al n. 1 (e cioè la competenza giudiziaria internazionale) concorre soltanto se la parte convenuta aveva, al momento della instaurazione del giudizio, la residenza effettiva, da certificarsi dai rispettivi Consoli, di almeno un anno nello Stato nel quale la decisione è stata pronunciata ». Si noti che tale disposizione deve essere osservata solo quando ambedue i coniugi siano cittadini italiani.

consentientes cuiusvis iudicis est iurisdictio » (Dig., Lib. V, tit. I, legge prima): principio seguito dal diritto romano comune, ancora vigente in questa Repubblica (Leges Statutae, Rub. VI, Lib. II e art. 2 n.3 della Legge 5 giugno 1923).

Ciò, secondo il diritto comune, quando tutte le parti o solo quella convenuta non sono cittadini sammarinesi; infatti nelle cause nelle quali tutte le parti siano cittadini di San Marino è vietato sollevare eccezione di incompetenza o giurisdizione territoriale.

La giurisprudenza sammarinese, prima della entrata in vigore della Legge 27 maggio 1943 n. 20 che all'art. 2 dispone: « Dal giorno della entrata in vigore della presente legge è vietata l'introduzione, avanti l'autorità giudiziaria, di cause concernenti la nullità di matrimonio celebrato davanti a ministro del culto cattolico, ovunque e da chiunque esso matrimonio sia stato contratto » aveva accolto la teoria dei regalisti che distinguevano, nel matrimonio religioso, il sacramento dal contratto.

Il primo fu sempre riconosciuto di competenza esclusiva della autorità ecclesiastica. Il secondo, invece, poteva essere preso in esame « anche » dalla autorità giudiziaria civile.

Dicesi « anche » in quanto la giurisprudenza non aveva affermato una esclusiva sua competenza, ma lasciava alle parti interessate la scelta di rivolgersi od alle autorità ecclesiastiche (nel qual caso le decisioni di queste dovevano poi ottenere l'exequatur della autorità civile) od a quelle civili.

La legge 27 maggio 1943 ha inteso impedire che l'ordinaria autorità giudiziaria prenda in esame, sia pure ai soli effetti civili, la validità del matrimonio contratto davanti a ministro del culto cattolico, riconoscendo così la esclusiva competenza (non solo in relazione al sacramento ma anche in relazione al contratto, considerati inscindibili, come afferma il diritto canonico) della autorità ecclesiastica.

La legge parla di « ovunque » e « da chiunque » il matrimonio col culto cattolico sia stato contratto e quindi tanto se contratto da cittadini sammarinesi su questo territorio o all'estero, quanto da cittadini esteri in questa Repubblica o in altro Stato.

Nessuna disposizione degli Statuti tuttora vigenti in San Marino regola la materia matrimoniale, ma gli stessi prescrivono tassativamente che il giudice sammarinese applichi sempre, anche nelle cause fra stranieri, soltanto il diritto vigente in Repubblica, senza lasciare in alcun caso arbitra la volontà delle parti di scegliere una diversa legge; se una qualche efficacia derogatrice della volontà delle parti in qualche caso potesse essere riconosciuta, è da escludersi in materia matrimoniale nella quale, essendo in gioco l'interesse pubblico, la volontà dei privati contendenti non ha alcun potere dispositivo.

Il Consiglio dei XII, con Sentenza di terzo grado 16 giugno 1948 (1), (Consulente il Prof. Avv. Piero Calamandrei) ha così deciso: « Troviamo negli Statuti vigenti nella Repubblica di San Marino chiaramente e ripetutamente affermato il principio che il Giudice Sammarinese, anche nelle controversie tra cittadini di altro Stato, non può applicare altro diritto che quello vigente in San Marino: ciò è detto nella Rub. XXXIV del Lib. II nella quale è stabilito che i giudici

1) Nella causa n. 92, anno 1947 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 9).

sammarinesi sono tenuti a decidere secondo il diritto vigente a San Marino «iuxta formam juris et statutorum Terrae Sancti Marini» non solo le controversie tra cittadini sammarinesi, fondate su fatti avvenuti nel territorio della Repubblica, ma altresì, quando i contendenti accettino la loro giurisdizione, anche le controversie fondate su fatti avvenuti «in aliena jurisdictione seu territorio». E la Rub. XIII del Libro I attribuisce ai Capitani della Repubblica il potere di definire «secundum formam statutorum et reformationum Terrae praedictae» non soltanto le controversie vertenti tra cittadini sammarinesi, ma altresì tutte le controversie su cui abbiano competenza, anche se i contendenti siano stranieri: «causas vertentes inter homines et personas Terrae praedictae... et alios quoscumque». Nella stessa rubrica è stabilito, per l'ipotesi che il giudice sammarinese si trovi a dover decidere un caso non espressamente regolato dagli Statuti, qual'è il diritto al quale in via suppletiva si deve ricorrere: «et si statuta vel reformationes contingentes casus non deciderent, secundum formam juris communis et laudabiles consuetudines Terrae praedictae finire et terminare valeant». Vi è dunque in questa disposizione una vera e propria graduatoria delle fonti che il Giudice sammarinese deve applicare nell'ordine seguente: in primo luogo gli Statuti della Repubblica; in secondo luogo, ove questi non dispongano, il diritto comune; in terzo luogo, ove neppure questo disponga, il diritto consuetudinario.

Ove si applichino questi criteri al caso nostro e si consideri che nessuna disposizione degli Statuti regola la materia matrimoniale, pare sicuro che si debba ricorrere al diritto comune (intendendo questa espressione nei limiti storici che già la giurisprudenza sammarinese, appoggiata alla grande autorità di Vittorio Scialoja, ha chiarito: cfr. sentenza di secondo grado 12 agosto 1924, De Capitani contro Pericoli ed altri) (m).

Ma poiché, secondo il diritto comune in tal senso inteso, la materia matrimoniale era regolata dal diritto canonico, che in tal campo costituiva parte integrante del diritto comune, si deve ritenere che il diritto canonico sia qui direttamente applicabile dal giudice civile sammarinese anche per la decisione della presente causa (nella quale non si verificano le ragioni di declinatoria del foro civile in favore della giurisdizione ecclesiastica, contemplate nella Rub. XXXIV del Libro II degli Statuti, con le successive modificazioni, fino a quella introdotta dalla Legge 27 maggio 1943, n. 20).

Non pare che contro l'applicabilità del diritto canonico si possa obiettare che, se gli Statuti sammarinesi nelle rubriche sopra ricordate rinviavano in secondo grado al diritto comune, è necessario, prima di stabilire quale è la legge applicabile, ricercare quali erano i criteri seguiti in proposito dal diritto comune e vedere se eventualmente, proprio in ottemperanza al diritto comune, non debba il Giudice Sammarinese, dato che ambedue i contendenti sono qui forestieri, applicare in questo caso invece che la legge locale, la loro legge personale.

In realtà una simile ricerca sembra superflua, perché, trattandosi di materia matrimoniale, non era neppure configurabile, secondo il diritto comune inteso nei limiti sopra ricordati, un contrasto tra legge locale e legge personale dei coniugi forestieri, dato che la materia era regolata in tutta Italia e nei Paesi più civili d'Europa da un'identica legge che era quella canonica...

m) Nella causa n. 69, anno 1921 (Giur. Samm., anno 1924, pag. 16).

La costante consuetudine (considerata anch'essa dagli Statuti sammarinesi come fonte sussidiaria di diritto) conferma che nella Repubblica di San Marino il matrimonio, per i suoi requisiti intrinseci ed estrinseci e per la sua dichiarazione di nullità, è stato sempre regolato, anche di fronte ai cittadini forestieri, dal diritto canonico. La recente legge sammarinese n. 43 sull'ordinamento per lo Stato Civile del 12 agosto 1946 si riferisce costantemente, non solo per la celebrazione del matrimonio, ma altresì per la dispensa dagli impedimenti (art. 87) e per le opposizioni (art. 89) al diritto canonico; e poiché anche nei confronti degli stranieri è applicabile l'art. 87 di detta legge, secondo il quale l'uso della facoltà di «dispensare dagli impedimenti e dalle pubblicazioni è subordinato all'osservanza del diritto canonico», da questa norma si può trarre argomento per ritenere che anche per i matrimoni contratti da coniugi stranieri le conseguenze della mancanza dei requisiti intrinseci ed estrinseci debbano essere regolate secondo il diritto canonico.

Vanno ricordati come casi di giurisdizione prorogata, ossia che rendono competente il Tribunale Sammarinese che altrimenti non lo sarebbe:

I) quello di connessione di lite. Quando alcuni forestieri debbono essere convenuti con altri, cittadini od abitanti, possono quelli citarsi anche davanti al Tribunale di San Marino, anche qualora ciò non si potesse, se citati da soli (22).

Devono esserci però effettivamente più convenuti: non si avrebbe proroga per l'intervento di un abitante della Repubblica nella causa promossa contro stranieri ivi non domiciliati (23).

II) quello di elezione di domicilio. Il cittadino si sottrae alla giurisdizione, qualora le parti abbiano per contratto eletto un domicilio fuori del territorio, a meno che non fosse contestata preliminarmente questa elezione. Viceversa, il forestiero rimane sottoposto alla giurisdizione sammarinese anche per contratto od atto concluso fuori di Repubblica, e se citato fuori del territorio di questa, ogni volta che egli abbia eletto nella Repubblica il suo domicilio.

Costituisce, per invincibile presunzione di legge, una elezione di domicilio l'indicare in una scrittura (cambiale, od altra) un luogo per l'eseguimento della obbligazione (24).

Ugualmente suonava in antico la regola del giureconsulto Giuliano (25).

2. - Per esaurire il tema, tocchiamo della eccezione di incompetenza.

La incompetenza per materia può dedursi ad ogni momento e stato della causa: è, anzi, dovere del giudice di dichiararla d'ufficio. Non è compresa tra le eccezioni dallo Statuto definite «non reservatae» e pertanto la decisione su di essa è riservata e rimessa al definitivo giudicato, a meno che le parti non concordino che essa venga decisa in via preliminare.

22) Art. 25 Legge sul Conciliatore: «Possono proporsi avanti il Conciliatore le azioni anche contro i domiciliati o residenti fuori del territorio, quando alcuna delle persone che debbono essere convenute abbia il domicilio nello Stato».

23) Sentenza 28 giugno 1888 cit. a nota 11.

24) Art. 24 Legge sul Conciliatore: «Il domicilio eletto nelle obbligazioni, quello indicato nelle cambiali, nei biglietti all'ordine ed in qualunque scrittura, per eseguire il pagamento o la consegna della cosa, si ritiene come domicilio reale per determinare la competenza».

25) 21, Dig., XLIV, 7 «Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit».

La competenza per valore non è, come per molte legislazioni, relativa, bensì assoluta.

Le cause non eccedenti le L. 5.000 debbono essere proposte davanti al Giudice Conciliatore: e se fossero proposte invece davanti al Tribunale Commissariale, le relative domande sarebbero nulle, talché l'acquiescenza delle parti non varrebbe a sanare una nullità comminata in termini espliciti dalla legge (26).

Altrettanto, « a fortiori », sarebbe a dirsi se il Giudice Conciliatore in sede contenziosa conoscesse di causa eccedente il detto valore (27).

Invece, la incompetenza per territorio può essere sanata anche tacitamente dal convenuto che accetti il giudizio. Il convenuto che, citato davanti ai tribunali della Repubblica, avrebbe per una delle ragioni mentovate (elezione di domicilio - citazione fatta all'estero, per un fatto o contratto avvenuto parimenti all'estero) potuto declinare la giurisdizione di quei tribunali, e nondimeno comparve e non dedusse « in limine litis » questa eccezione, non è più ammesso a sperimentarla in seguito di causa (28).

Accettando il giudizio, egli rinuncia evidentemente alla eccezione e la sua renunzia è valida perché nessuna regola, né alcun principio di ordine pubblico dispone diversamente (29). In questo caso può dirsi con Ulpiano che veramente « inter consentientes cuiusvis iudicis est jurisdictio ».

L'eccezione di incompetenza per territorio (mancata competenza giudiziaria internazionale) è definita dalla Rubrica VI del Libro II delle *Leges Statutae* « non reservata », cioè appena proposta deve essere esaminata e decisa in via preliminare rispetto al merito della causa.

A tal fine il Giudice assegna un termine di quattro giorni utili, comune alle parti, per presentare deduzioni e memorie in merito alla sollevata eccezione. Scaduto il termine, il fascicolo di causa viene trasmesso al Consiglio dei XII, al quale compete, a norma dell'art. 2 N. 3 della Legge 5 giugno 1923 n. 13, di decidere sulla eccezione di incompetenza.

Il Consiglio nomina un Consulente che esprime il parere sulla fondatezza della eccezione e quindi, a maggioranza, facendo proprio il giudizio del Consulente, emette la propria decisione, avverso la quale non è ammesso appello od altra forma di ricorso. Il paragr. 95 della Rub. II del Libro II degli Statuti dispone: « Qui Consilarii omnes, vel maior pars ipsorum pro eorum libito et voluntate, dictas... exceptiones declinatorias jurisdictionis reiicere possint, si eis aequum visum fuerit... De declinatione jurisdictionis stetur, ut dictum est, Consilio duodecim praedicto, quacumque appellatione etiam justa, et non frivola, et alio recursu penitus remotis ».

L'eccezione di incompetenza per territorio deve essere sollevata in limine litis, prima cioè di ogni altra istanza o difesa: chi contesta la lite nel merito riconosce la giurisdizione del magistrato adito e tacitamente rinunzia ad impugnarla.

« E' canone di diritto generalmente, e si può dire universalmente accettato, che la competenza per territorio non interessi l'ordine pubblico, e quindi le parti possano renunziarvi: perciò quando la relativa eccezione non sia stata sollevata

26) Legge sul Conciliatore, art. 15.

27) Id. art. 1, n. 2.

28) V. art. 187 Cod. Proc. Civ. Ital.

29) T.C. 21 dicembre 1885, Malpeli c. Berti, Braschi, ecc.

in limine litis, prima cioè di ogni altra istanza o difesa, essa non sia più accoglibile, dovendosi ritenere che chi ha contestato la lite nel merito, riconoscendo la giurisdizione del magistrato adito, ha tacitamente rinunciato ad impugnarla. Questa tacita renunzia si argomenta dall'aver posto in essere un fatto positivo, non compatibile con una contraria volontà. Chi dinanzi al magistrato si difende nel merito, impugna cioè la domanda attrice, adduce le ragioni sulle quali basa l'impugnativa stessa, ha con ciò solo investito il giudice adito della cognizione della causa e questo è incompatibile con la volontà di declinare la giurisdizione » (n).

Non costituisce quindi « litis contestatio » incompatibile con la eccezione di declinatoria del foro successivamente proposta, la richiesta avanzata dal convenuto, comparendo in atti, che gli sia concesso un termine per rispondere alla citazione, né l'opposizione generica alla domanda attrice, con riserva di dedurre i motivi.

n) Sentenza di terzo grado 19 ottobre 1925 (Consulente: Avv. STEFANO CHIERICI) nella causa n. 66, anno 1914 (Giur. Samm., anni 1911-1920, fasc. I, pag. 4).

LEZIONE TERZA

Sommario: 1. Della citazione - 2. Della notifica della citazione e dei termini. - 3. Del computo dei termini e dei giorni giuridici e correnti.

1. - La citazione è l'atto col quale si comincia ogni giudizio. Essa deve redigersi per iscritto e contenere la sostanza della domanda, cioè il titolo e l'oggetto di essa, la designazione dell'attore, del convenuto, e del giudice; « quis, quid, coram quo, quo iure petatur », come suona l'insegnamento dei pratici, al quale dobbiamo starcene, nel silenzio quasi totale dello Statuto intorno alle modalità di questo importantissimo atto. La sua forma è lasciata in certa misura all'arbitrio dell'attore, bastando anche una qualsiasi istanza diretta al giudice perché chiami il convenuto. E' anzi valida una semplice supplica con la esposizione del piato, purché sempre sia contenuta in questa supplica la parte sostanziale di esso (1).

Il giudice stabilisce l'udienza — il quando della comparizione — ed ordina che la citazione sia notificata al convenuto, oppure, nel secondo caso di una semplice supplica, ordina la comparizione del convenuto, esprimendo l'oggetto della chiamata.

Ma questa seconda forma, originaria di Roma dove fu usata al tempo dei giureconsulti classici per le « extraordinariae cognitiones », essendo pressoché abbandonata, noi, a preferenza, ci occupiamo della prima e dell'intervento del magistrato rispetto ad essa.

A Roma, toltone il caso della citazione per supplica ora accennato, la citazione (« vocatio in jus »), pur mutando di forma, rimase atto privato: « a privato in jus vocari est potestas » (2) fino ai tempi di Giustiniano, nei quali la chiamata in giudizio si compie mercé un atto sottoscritto dall'attore, o da un tabulario. L'attore si obbligava a continuare ed a condurre a termine il giudizio dentro un certo periodo di tempo, e prestava perciò una determinata cauzione. Il giudice doveva intervenire per verificare se queste condizioni essenziali erano adempiute, per ammettere quindi o respingere la domanda, incaricando nel primo caso, a voce o per iscritto, l'uscieri di notificarla al convenuto.

Il diritto canonico non ha dunque innovato, come alcuno disse, ma semplicemente conservato l'uso, quando richiese l'intervento del giudice, per dar corso alla citazione.

Di questo intervento alcuni Statuti fanno menzione esplicita, mentre altri,

1) Rub. VI, Lib. II, par. 110: « Quod propterea libellus fieri non debeat solemnibus, et si solemnibus fuerit conceptus, vim habeat dumtaxat simplicis petitionis, neque dici possit ineptus ubi facti substantialia contineat, etiam in modum supplicationis ».

2) BONJEAN, Des actions chez les Romains, Paris 1845, vol. I, par. 243.

come il nostro, ne tacciono, e solo alcuni pochi (3) autorizzano a citare « sine licentia judicis ». Dove non è sancita la deroga espressa, la consuetudine costante mantenne l'intervento del giudice, passato poi in alcune legislazioni moderne e vigenti. Esso fu bandito dalla procedura civile francese, e quindi dal Codice del Regno d'Italia, perché parve inutile formalismo che intralciasse senza fondamento serio la libertà delle parti, alle quali si osservò non potersi negare la facoltà di chiamare alcuno in giudizio. Rimasta invece in vigore nella Repubblica, è opportuno, dallo scopo e dalla ragione di essere di questa pratica, dedurre quali ne siano i limiti.

Il giudice anzitutto assegna l'udienza. Di solito conferma quella indicata dall'attore, ma può — se lo crede — destinarne un'altra. Se trattasi poi di convenuto forestiero o, in generale, di persona residente all'estero, stabilisce quale sia il termine congruo, cioè proporzionato alla distanza del luogo di residenza del convenuto (4).

Non può il giudice entrare, in alcun modo, nel merito, perché sarebbe uno statuire senza contraddittorio, e perciò deve dar corso alla istanza per quanto infondato, assurdo ed insostenibile possa sembrarne l'oggetto, per quanto essa appaia mal fondata in diritto o in fatto. Ma non è vero, come si pretende (5), che sia ridotta ad una vana formalità, che il permesso non possa mai rifiutarsi perché, quando il difetto sia di forma, il giudice, per evitare uno spreco inutile di tempo e di spese, ha l'obbligo di rifiutare l'assenso, motivando il rifiuto di guisa che l'attore possa supplire e correggere il difetto.

Così, ad esempio, dovrebbe, o potrebbe rifiutarsi di dar corso alla citazione se l'istanza è presentata dal minore, o da persona incapace a stare in giudizio senza l'assistenza di chi legittimamente ne integra o ne impersona la capacità giuridica. Dovrebbe pure respingersi la domanda diretta contro un ascendente quando non consti della « venia » o licenza data dalla prima Magistratura dello Stato, in conformità delle pratiche del nostro diritto comune. Similmente a Roma non poteva citarsi in giudizio, « nisi petita venia », un ascendente od altra persona alla quale si dovesse riverenza (6).

Non dovrebbe, se la causa fosse contro il Governo, ammettersi la richiesta di citare il Consiglio Principe e Sovrano o la Ecc.ma Reggenza in luogo di coloro che rappresentano, agli effetti patrimoniali, il Governo (Sindaci) (a).

3) Quello di Verona, ad es.

4) Rub. III, Lib. II, parag. 100: « ... assignando... terminum competentem ad comparandum et respondendum, arbitrio eorumdem Dominorum Capitaneorum, terminandum et statuendum considerata distantia locis habitationis ipsius rei, ita quod citatio ipsa ad notitiam conventi et rei citati vero similiter possit pervenire, et idem reus commode possit comparere ».

5) V. Relaz. Pisanelli sul Cod. di Proc. Civ. Ital. e sull'art. 132 - BALLOT, Loi de proced. du Canton de Genève suivie des motifs, pag. 48.

6) Cod., leg. 2, Lib. II, tit. II - Attualmente, di fronte all'art. 1 della Legge 27 aprile 1911 che dispone: « sono maggiori di età e giuridicamente capaci tutti i cittadini che hanno compiuto gli anni 21 » e di fronte all'art. 29 della stessa legge « sono abrogate tutte le disposizioni che sono in contrapposto alla presente legge », può ritenersi che l'istituto della venia (che non risulta in modo espresso richiamato dallo Statuto) più non sia in vigore nel diritto sammarinese. Ved. Sentenze di primo grado: 30 agosto 1926 nella causa n. 116, anno 1925 (Giur. Samm., anno 1926, pag. 28); 11 marzo 1930 nella causa n. 7, anno 1930 (Giur. Samm., anno 1930, pag. 9).

a) La Rubrica XXXVI del Libro I delle Leges Statutae dispone: « Teneantur (i due Sindaci

Ancora, se la citazione fosse sottoscritta da un procuratore estero, non autorizzato dal Consiglio Principe ad esercitare la procura, od autorizzato, ma per altri affari, il giudice ha pure l'obbligo di recusare il decreto. Il quale fu perfino negato per ciò che la citazione non conteneva la parte sostanziale, cioè l'oggetto della medesima non era chiarito (7). Conforme sistema fu conservato dal modernissimo e lodevole regolamento austriaco di procedura (8), né si vedrebbero per ora ragioni di non conservarlo nella procedura sammarinese.

Una forma singolare di citazione senza scrittura è ammessa contro colui che, cittadino o abitante o forestiero, sia trovato per qualunque motivo al cospetto del giudice, mentre siede al banco di ragione, mentre cioè rende giustizia. Per essere esatti dovrebbero dire che allora la citazione più non occorre, che basta la presenza del reo dinanzi al giudice perché l'attore abbia diritto di esporre le sue domande e farle prendere in esame dal Tribunale, il quale, secondo la natura della causa, può definirla secondo equità « sine strepitu ac figura judicii », o far prendere nota in un processo verbale della domanda e della replica, e lasciar quindi che la procedura segua l'ordinario suo corso (9).

Questa forma, che rammenta alcun poco la « vocatio in jus » forzata degli antichi tempi del diritto quiritario, è però caduta in disuso col mutarsi delle costumanze.

La citazione oggi è redatta per iscritto e sottoscritta dalla parte, o da un suo legittimo rappresentante.

A piedi di essa il giudice appone il decreto, col quale autorizza la notificazione da farsi ai convenienti per mezzo di cursore e mercé il rilascio di copie certificate conformi [dallo stesso cursore] dal Cancelliere (b). Con essa si comincia il fascicolo, nel quale si svolgeranno tutti gli atti successivi fino alla sentenza. Il fascicolo è unico, tranne che per le cause a gratuito patrocinio (10),

di Governo) impensis Communitatis coram quocumque iudice Ecclesiastico vel saeculari ubique locorum pro recuperatione, conservatione seu acquisitione quorumcumque bonorum iurium ac actionum ipsius Communitatis et Reipublicae nostrae comparere, agere, experiri, active et passive, omnesque lites tam motas quam movendas eidem nostrae Communitati a quacumque persona, universitate vel collegio, in se suscipere et pro eorum posse defendere ». Di conseguenza, i Sindaci di Governo hanno la esclusiva rappresentanza, attiva e passiva, di tutti gli interessi dello Stato e rappresentano in giudizio gli Organi ed Uffici Governativi i quali non abbiano la facoltà di stare direttamente in giudizio. Ved. Sentenza secondo grado 18 aprile 1959 nella causa n. 349, anno 1958 (Giur. Samm., anno 1964, vol. I, pag. 18). - Sentenza primo grado 2 settembre 1957 nella causa n. 145, anno 1953 (Giur. Samm., anno 1964, vol. I, pag. 74).

7) V. causa n. 38, anno 1860.

8) 1° agosto 1895, art. 230.

9) Rub. III, Lib. II, parag. 101: « Et si idem reus tam terrigena vel habitator, quam forensis, unus, vel plures reperti fuerint in iudicio coram Dominis Capitaneis pro tribunali sedentibus ad iura reddenda, et ipse actor suam fecerit, produxeritve petitionem, actor ipse audiatur, et reus ipse praesens respondere et sua iura allegare teneatur, non obstante quod citatus non fuerit modo et forma praedictis... dummodo saltem unus ex Capitaneis ibi reo reperto et praesenti, etiam non citato, praeceperit de non recedendo, et si recesserit, ut contra contumacem procedi possit per actorem ».

b) Art. 19 Capitolato per il Cancelliere e Vice Cancelliere del Tribunale, cap. 8 Legge 22 giugno 1915 n. 18.

10) Art. 12 Legge 20 dicembre 1884 sul gratuito patrocinio: « Per la parte ammessa al patrocinio verrà formato un fascicolo in carta libera eguale alla carta bollata nella dimensione e nel numero delle linee. E' vietato alla controparte di fare qualsiasi atto o comparsa nel fascicolo relativo al patrocinato gratuitamente ».

→ e consta di due parti: l'una formata da tutte le deduzioni, istanze, decreti, verbali, ecc., che si stendono, o si raccolgono successivamente e senza lacune dai contendenti, o dal giudice; l'altra, formata dai documenti hinc et inde prodotti (« allegati »). I referti della eseguita notifica si scrivono accanto all'originale, così per la citazione, come per qualunque atto posteriore.

Notiamo qui, una volta per tutte, che la permanenza di questo fascicolo negli uffici della Cancelleria, nel quale vengono mano a mano scritti tutti gli atti, rende possibile il sostituire alla notifica una dichiarazione di essere o reputarsi come intimato di alcuno di questi atti, a simiglianza della dichiarazione che surroga il protesto delle cambiali. Si ottiene così economia di tempo e di spese, mentre il compiersi della dichiarazione negli uffici della Cancelleria è garanzia di autenticità della medesima.

2. - Il modo di citazione ed il termine per comparire sono tra loro strettamente connessi. Se il convenuto è citato in persona propria, cioè mercé consegna dell'atto nelle sue mani — sia pur forestiero, purché trovato in Repubblica — basta dare il tempo da un'ora giuridica all'altra, il che è quanto dire che si può domandare la citazione immediata col consenso del giudice, quale è richiesto anche nel Regno per abbreviare i termini di comparizione, e tanto più per ordinare che questa avvenga nel giorno stesso della citazione (11). Non intendesi che occorra all'uopo uno speciale decreto: il giudice, nell'autorizzare la citazione, può ordinare la comparizione da un'ora all'altra, il che è quanto dire nella stessa mattina della notifica, purché il giorno sia giuridico, fino a che la udienza non sia chiusa.

Se poi la citazione non fu consegnata in mani proprie, e cioè sia stata fatta « domi », consegnandola ai parenti, ai domestici, ai vicini, bisogna distinguere.

Se la persona da citare abita in Repubblica, si deve fare una seconda citazione. Poco importa come questa seconda citazione sia fatta: personalmente, o di nuovo « domi », cioè al domicilio. Essenziale è che le citazioni siano due e che non siano notificate ambedue nella stessa giornata. Anche per questa seconda citazione occorre il decreto del giudice, il quale potrà ordinare la comparizione per lo stesso giorno. Se più fossero i convenuti, ed alcuni furono citati personalmente ed altri no, il giudice ordinerà che si rinnovi in ogni caso la citazione contro questi ultimi soltanto (12).

Se, invece, la citazione non poté consegnarsi in mani proprie perché il reo è forestiero oppure cittadino, ma assente, non residente e non domiciliato in alcun modo in Repubblica, poiché sarebbe allora impossibile citarlo personalmente, né tampoco al domicilio o abitazione in territorio, si cita due volte « ad valvas », cioè affiggendo la citazione alle porte del Palazzo Pretorio, ovvero per « edictum » o « litteras » (13), forma equivalente in parte ai pubblici proclami, in parte alla rogatoria.

Si affida all'arbitrio del giudice il regolamento di queste forme di citazione

11) Art. 154, Cod. Proc. Civ. Ital.

12) Art. 33 Legge sul Conciliatore: « Se vi sieno più convenuti, alcuno dei quali comparisca e gli altri sieno contumaci, il giudice ordinerà che siano citati nuovamente i contumaci per altra udienza, a cui differirà la causa per pronunciare nell'interesse di tutti una sola sentenza ».

13) SCACCIA, De judiciis, I, 32.

secondo le circostanze. Egli determinerà l'intervallo fra l'una e l'altra affissione ad valvas, il termine da concedere al convenuto, assente o forestiero, per comparire e — parendogliene il caso — ordinerà la pubblicazione per estratto nei giornali, decretando in quali e quante volte debba essere fatta la inserzione (c).

Il termine per comparire deve nondimeno essere tale che il convenuto presumibilmente possa avere notizia della chiamata, e, senza soverchio disagio, mettersi in grado di rispondere (14). La citazione fatta in piazza a viva voce dal donzello è abbandonata.

Qualora il convenuto sia cittadino italiano, o residente in Italia, deve essere citato dagli ufficiali giudiziari italiani competenti per territorio, a norma dell'art. 10 della Convenzione di Amicizia e Buon Vicinato, stipulata il 31 marzo 1939 tra San Marino e Italia, che dispone: « La notificazione di atti di procedura relativi a giudizi civili o commerciali, vertenti in uno dei due Stati, sarà eseguita nel territorio dell'altro Stato dall'autorità competente in base alla legge dello Stato stesso, su richiesta della parte interessata o dell'autorità giurisdizionale avanti la quale pende il giudizio ».

La forma e la validità della notifica verranno allora regolate dalla legge italiana (15), e perciò, a tenore della stessa non essendo richiesta l'autorizzazione del giudice, la citazione si farà a semplice istanza della parte. Però al Tribunale sammarinese dovrebbe farsi previa domanda perché venisse fissato un termine per la comparizione, giacché questo fa parte sostanziale dell'atto, e non già della notifica, di cui solo la forma è regolata dalla legge del luogo in cui la medesima si eseguisce.

La sostanza invece rimane soggetta alla legge sammarinese, secondo la quale il giudice, e non la parte, stabilisce il termine a comparire. Viceversa, chi volesse far intimare dai cursori della Repubblica una citazione, nel territorio di questa, per comparire davanti ad un tribunale del Regno, mentre dovrebbe per i termini attenersi al Codice di Procedura Civile Italiano, dovrebbe poi assoggettarsi al sistema dell'intervento del giudice che autorizza la notifica della citazione, poiché la semplice autorizzazione a notificare fa parte della forma della notificazione.

A norma dell'art. 3 della Legge 7 novembre 1933 n. 15, la notifica di atti di citazione o di procedura a convenuti, cittadini sammarinesi o forestieri, residenti in Paesi nei quali vi sia rappresentanza diplomatica sammarinese, è effettuata tramite gli Agenti Consolari della Repubblica, ai quali è pure attribuita la facoltà di assumere, dietro richiesta delle locali autorità giudiziarie, atti di istruzione in cause civili e penali.

Nei territori degli Stati, presso i quali la Repubblica di San Marino non abbia istituito una propria rappresentanza diplomatica, e fuori della circoscrizione delle rappresentanze consolari sammarinesi, gli incombenti procedurali possono

c) L'art. 3 del Decreto Reggenziale 31 gennaio 1924 n. 3 dispone che della avvenuta citazione ad valvas debba darsi notizia con inserzione sul Bollettino Ufficiale della Repubblica.

14) Parag. 100, Rub. III, Lib. II. V. nota 4.

15) Convenzione del 28 giugno 1897, art. 6 (R.U. pag. 617) e art. citato della Convenzione del 1939 - Ved. Sentenze primo grado: 1° agosto 1944 nella causa n. 17, anno 1942 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 162); 4 aprile 1951 nella causa n. 178, anno 1949 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 252); 15 luglio 1955 nella causa n. 12, anno 1955 (Giur. Samm., anno 1963, vol. III, pag. 362).

essere espletati dalle autorità consolari italiane (art. 3 della Convenzione del 31 marzo 1939).

Nessuna eccezione si riscontra nello Statuto quanto alle regole del diritto comune concernenti le persone che si debbono citare in rappresentanza dei sodalizi, dei minori, degli interdetti e simili.

La nullità della citazione derivata da difetto sostanziale o da inosservanza delle forme stabilite per la notifica è, in ambo i casi, sanata dalla comparizione (16). I pratici, dal Ridolfino al cardinale De Luca (17), insegnano che la comparsa sana i difetti della citazione, sieno di sostanza, sieno di forma, poiché quando il reo compare, lo scopo della citazione è raggiunto.

3. - Le ore ed i giorni nei quali possono compiersi le notificazioni sono pure determinati dal diritto comune. Si possono quindi notificare le citazioni anche nei giorni feriat, purché non solenni — come Pasqua, Natale, ecc. — dalla levata del sole all'Ave Maria. La citazione è sempre per comparire in un giorno giuridico, quindi, notificata in un giorno feriato, non può essere per comparire nello stesso giorno, a meno che il giudice per ragioni di manifesta urgenza, non dichiari giuridico un giorno che altrimenti non lo sarebbe.

E' prezzo dell'opera il rammentare qui il significato di giorni giuridici od utili, e continui o correnti. Giuridici od utili sono quelli destinati alle udienze, e nei quali si possono fare atti davanti al giudice. Questi giorni vengono determinati dal calendario giuridico (18).

In contrapposto ai giorni giuridici, quanto alla possibilità di compiere atti in giudizio, si dicono feriat i giorni nei quali non si possono fare che atti d'uscire. Il calendario indica appunto quali sono i giorni giuridici e quali i feriat. Appartengono a questa seconda categoria tutti i giorni festivi [e tutti i mercoledì dell'anno], tutti i venerdì di marzo, tutti i giorni di fiera, alcuni giorni di Santi ed i giorni delle ferie delle messi e della vendemmia.

In rapporto al modo di computarli, i giorni si distinguono in giuridici o utili, e continui o correnti. Questi ultimi sono tutti i giorni del calendario, senza distinguere se siano, o no, feriat o festivi. Quindi un periodo di dieci giorni utili che cominciasse il 16 gennaio non si compie che il 1° febbraio (se pure quest'ultimo è giuridico), dovendo fare astrazione nel computo di quattro giorni feriat (17, 20, 21, 25), oltre a due domeniche, mentre se i giorni fossero continui o correnti, si compirebbe col 26 del mese.

Regole generali: 1) quando la legge parla semplicemente di giorni, questi si intendono continui o correnti; 2) nei calcoli dei termini non si computa mai il giorno iniziale. La regola del diritto romano per cui il « dies a quo » si compu-

16) T. C. 3 marzo 1881, Barbieri c. Ottaviani - *Sentenza primo grado 9 febbraio 1923 nella causa n. 5, anno 1922 (Giur. Samm., anno 1923, pag. 12)*.

17) RIDOLPHINUS, *Praxis judic.*, I, cap. 4, n. 32 - DE LUCA, *Dottor Volgare*, r. V., 98 - SABELLI, *Summa*, V. *Citatio*, par. 49 - CONCILOLO, cit., allo Statuto Eugubino, L. II, r. I, par. 17 - art. 190, *Cod. Proc. Civ. Ital.* e tutti i proceduristi italiani.

18) Rub. LVI, Lib. II, *Leges Statutae* (R.U. pag. 119).

tava nel termine, non è passata nel diritto comune che invece ha formulato il notissimo « dies a quo non computatur in termino », riprodotto dalle codificazioni moderne (19); 3) per gli atti del giudice o che davanti al giudice debbono compiersi, se l'ultimo giorno del termine, composto di giorni correnti, non coincide con un giorno giuridico, lo spirare del termine si intende protratto sino alla fine dell'udienza del giorno giuridico immediatamente successivo (20).

19) V. la bibliografia su ciò in FADDA e BENSA, nelle note alla traduzione delle Pandette del WINDSCHEID (Torino, 1900) al Vol. I, pag. 1066.

20) Rub. XI, Lib. II, par. 173.

LEZIONE QUARTA

Sommario: 1. Della comparsa in giudizio - 2. Dei procuratori legali. - 3. Dello straniero in giudizio.

1. - La citazione può indicare anche l'ora. Nondimeno il convenuto conserva il diritto di comparire fino a che l'udienza sia chiusa; quindi citare ad un'ora per un'altra giuridica, equivale a citare a comparire durante l'udienza. Soltanto dopo che questa è chiusa può domandarsi una dichiarazione di contumacia (1).

L'udienza è lo spazio di giorno giuridico destinato alla trattazione delle cause civili. Secondo il decreto 31 dicembre 1747, l'udienza era di estate dalle 13 alle 15, di inverno dalle 16 alle 18 dell'antico orologio italiano. Col Regolamento Giuliani (2) furono dichiarate ore giuridiche quelle che corrono dalle 9 ant. a mezzogiorno, portandone il numero da due a tre, e senza fare distinzione di stagione.

Altre ore, altri giorni possono in via eccezionale e per giusti motivi essere dichiarati giuridici volta per volta, per decreto del giudice, in una causa determinata, sulla istanza di una o di ambo le parti.

Nel giorno indicato per l'udienza, l'attore deve « riprodurre la citazione »: vale a dire, deve presentarsi al Tribunale (Cancelleria) ed insistere nella istanza mercé dichiarazione scritta negli atti, di seguito alla citazione od alle citazioni compiute. Questo atto non è indicato dallo Statuto che per il caso di contumacia del convenuto (3); ma si considera generalmente come essenziale, essendo il solo mezzo di far risultare che l'attore intende continuare la lite e che perciò comparve.

In difetto di esso, accade lo stesso che nel procedimento sommario nel Regno, quando l'attore, chiamandosi la causa, non fa alcuna istanza e non comparisce. Omessa cioè la costituzione in giudizio, o il convenuto non comparisce e la causa resta abbandonata; o comparisce e potrebbe a sua posta: o domandare di essere assoluto dall'istanza, come già esplicitamente disposto per le controversie avanti al Giudice Conciliatore (4), o insistere perché si proceda in contumacia dell'avversario, facendosi a sua volta attore in causa.

Nella pratica giudiziaria è consolidata consuetudine che l'attore abbia l'obbligo di comparire nella udienza stabilita dal Giudice con il decreto autorizzante la

1) V. CONCIOLO, cit., Libro II, Rub. I, n. 14.

2) Art. 3.

3) Rub. XI, Lib. II, par. 173.

4) Art. 32 Legge sul Conciliatore del 10 dicembre 1884: « Se comparisce all'udienza soltanto il convenuto, questi, a sua dimanda, deve essere assolto, ed ottenere contro l'attore l'emenda del danno ».

citazione e di riprodurre in essa la sua istanza, e cioè insistere nelle domande avanzate mediante dichiarazione inserita negli atti.

Quali sono le conseguenze della mancata comparizione dell'attore e, quindi, della mancata riproduzione della citazione?

Secondo il diritto romano comune (a), è necessario tenere ben distinto il caso in cui la parte convenuta sia regolarmente comparsa da quello in cui nemmeno essa sia comparsa.

Premesso che « contumacia ipso iure non inducitur, sed ad instantiam unius litigantis qui absentiam alterius accuset atque petat a iudice absentem pro contumacia decerni » (b), se la parte convenuta comparisce regolarmente deve anzitutto « accusare » (termine usato dalle *Leges Statutae*, Rub. XI, Lib. II) la contumacia dell'attore e quindi seguire una delle due vie seguenti: o chiedere di essere senz'altro assolta dall'osservanza del giudizio col favore delle spese (ed in questa ipotesi l'attore, in via di massima, è libero di ricominciare il giudizio) o chiedere che l'autorità giudiziaria decida nel merito pronunciando la assolutoria dalle domande dell'attore con le spese. Tale assunto è suffragato dall'autorità del Richeri, il quale insegna (c): « An vero reus, actor per contumaciam absente, absolvendus tamen sit a iudicibus, ut dicunt, observantia, an definitiva quoque absolvi possit (respondet Ab. Ecclesia) electionem dari reo, an velit suas exceptiones iustificare et adversus actorem obtinere sententiam definitivam in meritis, factis probationibus, vel absolutionem ab observantia iudicibus: sola actoris contumacia non est sufficiens et iusta causa ut reus omnino absolvatur (prout diximus de reo contumace) sed ut audita causa sententia feratur, scite monet Ab. Ecclesia (pars. 2, obs. 41,8) non sufficit quod actor solum fuerit contumax sed oportet ut iterato citetur ad videndum reum absolvi a petitione ».

In relazione a questa ultima condizione, e cioè di avvertire l'attore contumace che la causa continua per la pronunzia nel merito, tutti gli autori sono concordi, ma varie sono le opinioni sul modo, sui termini e sulle conseguenze di detto avviso (d).

Nella pratica corrente si ritiene che costituisca valido avviso che la causa prosegue il suo corso, la notifica fatta all'attore contumace del decreto che apre i termini di prova, emesso dal Giudice su istanza del convenuto.

Se invece nell'udienza fissata per la comparizione delle parti restano assenti sia l'attore sia il convenuto, la causa allora rimane sospesa ed avviene una mutua compensazione delle rispettive negligenze (e), nel senso che la parte che, o da sola o per prima, dovesse comparire nel giudizio potrà continuarlo; non si dimentichi che il contumace, o sia l'attore o sia il convenuto, può comparire in qualsiasi momento del giudizio, purché prima della pronunzia della sentenza.

a) RICHERI, *Univ. Jurisp.*, Lib. IV, tit. 39, par. 2051 e seg. - VOET, *Ad Pand.*, Lib. II, tit. XI, n. VIII.

b) RICHERI, l.c., par. 2057.

c) RICHERI, l.c., par. 2071.

d) VOET, *Ad Pand.*, l.c. - PERTILE, *Storia del diritto Italiano*, vol. VI, parte II, par. 234, pag. 62 - Dig., leg. 73, par. 1 e 2, lib. V, tit. 1 - Cod., leg. 13, par. 2, lib. III, tit. 1 - Novelle, 53, 1 e 112, cap. 3, par. 2.

e) Arg. da legge 10, Dig., XVI, 2 - RICHERI, l.c., par. 2056 - FABRO, *Codex*, VII, XVIII, def. VI: « Cum ambo contumaces fuerimus, mutua compensatione utramque contumaciam tolli aequum est ».

Se l'attore tardivamente compare, o solo o per primo, potrà dar seguito alla sua domanda.

Se invece tardivamente compare il convenuto, o solo o per primo, potrà allora regolarsi in uno dei modi già sopra indicati.

Non è possibile parlare di nullità quando l'attore non abbia riprodotto l'istanza, ma sia comparso in causa e questa si sia svolta con regolare contraddittorio. Tale omissione non comporta nullità del giudizio sia perché le *Leges Statutae* imponendo, come si è detto, tale riproduzione solo nel caso di contumacia del convenuto, non stabiliscono in modo espresso la nullità, sia perché esse *Leges disponunt* chiaramente, alla Rubrica VI del Libro II, che nelle cause civili « procedatur visa tantum veritate et non servata forma telae iudicariae », sia perché, come ha replicatamente affermato la giurisprudenza, in tanto può parlarsi di nullità sostanziale (anche se non espressamente comminata) in quanto il contraddittorio non sia stato rispettato e quindi se ogni parte non fu posta nella possibilità di far sentire le proprie ragioni o se non fu legalmente rappresentata (f).

L'attore non può validamente comparire qualora non sia, anzitutto, capace a stare in giudizio.

Tutti coloro che abbiano compiuto gli anni [20] 21 (g), senza distinzione di sesso, [benché minorenni (la maggior età non raggiungendosi che al venticinquesimo anno)] (h) possono stare in giudizio come attori o come convenuti senza l'autorità di parenti, [purché giurino di non prevalersi mai del Senato - Consulto Macedoniano e della eccezione di minore età (5)] (i). Veggiamo in ciò esempio novello di come l'intervento del giudice per la notifica della citazione possa rivelarsi utilissimo ed opportuno.

Debbono, invece, essere assistiti o rappresentati dal tutore o dal curatore i minori di anni [20] 21 (l), gli interdetti, gli assenti ecc.

Quando occorra deputare un curatore speciale per il giudizio vi provvede, anche d'ufficio, il Tribunale. La donna è in giudizio assistita dal marito in quanto il consenso del coniuge sarebbe richiesto per l'atto sul quale si aggira la controversia (m). La donna maritata ad uno straniero deve essere autorizzata secondo la legge del Paese del marito (n). Una autorizzazione sopravveniente, cioè data in corso di causa, fu giudicata efficace (7).

f) Ved. Sentenze primo grado: 19 agosto 1952 nella causa n. 164, anno 1951 (*Giur. Samm.*, anno 1963, vol. II, pag. 279); 20 agosto 1958 nella causa n. 54, anno 1957 (*Giur. Samm.*, anno 1964, vol. II, pag. 145).

g) - h) - i) - l) L'art. 1 della Legge 27 aprile 1911 ha stabilito che la maggiore età si raggiunga al compimento del 21° anno. Vedi nota « g », Lezione Seconda.

5) Parag. 223, Rub. XVIII e 265, Rub. XXX, L. II.

m) L'art. 1 della Legge 22 settembre 1953 n. 35 prescrive: « La donna maggiorenne, nubile o maritata, può liberamente alienare o comunque obbligare i beni e le ragioni che non abbiano carattere dotale ». Per l'alienazione o l'obbligazione dei beni che abbiano carattere dotale rimangono ferme le norme stabilite dagli art. 1 e 3 della Legge 28 giugno 1937 n. 5, ai sensi dei quali le donne possono alienare od obbligare i beni dotati fino alla metà con l'autorizzazione del giudice, oltre la metà con l'autorizzazione del « Consiglio dei XII ».

6) V. GIANNINI, *Giurisprudenza Sammarinese*, Modena, 1901, (Estratto dall'Archivio Giuridico) par. 3 - App. 10 ottobre 1877, Bizziganti c. Stambazzi.

7) Sentenza cit. a nota precedente.

Gli stranieri sono ammessi a stare in giudizio, salvo, quando sieno attori, dar cauzione (n).

La parte capace, o legittimamente rappresentata, può comparire in persona, od essere assistita da un procuratore legale. Lo Statuto prevede la eccezione di mandato (8), l'obiezione, cioè, che una parte faccia a chi si presenta come mandatario dell'altra parte, di non avere per ciò regolare e legittima veste. Il giudice ha obbligo di deciderne in linea preliminare e separatamente con sentenza interlocutoria inappellabile, con la quale ordinerà, ove occorra, quella correzione del mandato che sia necessaria perché questo possa rispondere ai bisogni della causa e validare così gli atti in precedenza compiuti (o). Ma, facendo il debito conto delle considerazioni storiche e della rubrica in cui il paragrafo in esame è incastonato, sembra da credersi che queste norme si riferissero ai parenti, agli amici ed ai vicini, i quali, secondo l'usanza di altri tempi, si presentavano per l'attore, o per il convenuto, come insegna pure l'autore di un noto trattato « De procuratoribus » (9).

Anche di recente, del resto, invocando il principio del Digesto « qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur », fu riconosciuta al coabitante, all'affine, ecc., la potestà di comparire in giudizio per il convenuto, all'effetto di impedire una dichiarazione di contumacia (10). Potrà, allora, sempre che consti della verosimiglianza dell'incarico, ammettersi una domanda di proroga di tempo, o dilazione, per difendersi, come se fosse avanzata dalla parte in persona; non potrebbe invece, accogliersi mai una eccezione, od istanza qualunque, dilatoria o perentoria. Istanza consimile non potrebbe essere esibita né dalla parte in persona, né da un mandatario, nominato con atto autentico e con facoltà illimitate, perché la rappresentanza e la difesa in giudizio costituiscono una facoltà ed un diritto riservati a determinate persone.

2. - Con un Decreto del Consiglio Principe in data 7 gennaio 1823 (11) fu inibito a chi non è procuratore legale di far atti in Tribunale. Abbiamo dunque l'obbligo di una approvazione da parte del Consiglio, e quindi una restrizione nel numero delle persone capaci a comparire per altri in giudizio. Il principio è meglio formulato nel regolamento Giuliani dove si legge (12): « per la istruzione e proseguimento di qualunque atto giudiziario nelle cause civili, le parti hanno diritto di comparire in giudizio personalmente nelle sole cause che non oltrepassino il valore di L. 50. In tutte le altre debbono valersi del ministero di un procuratore approvato dal Governo della Repubblica.

n) Per quanto riguarda i cittadini italiani, ved. la nota n. 22 di questa Lezione.

8) Rub. VI, Lib. II, par. 114 e 117.

o) Gli atti di causa compiuti da procuratore sfornito di regolare mandato restano validi in base al preciso disposto del par. 117 della Rub. VI, Lib. II: « Et eo casu (mancanza di mandato) acta quae antea gesta fuerunt valida remaneant ». Ved. Sentenza primo grado 24 novembre 1917, nella causa n. 11, anno 1917 (Giur. Samm., anni 1911-1920, vol. II, pag. 54).

9) Statuto di Roma, L. I, r. 45 - GOLINO, De Procuratoribus, Neapoli 1683, L. III, 1° 13 e seg.

10) T. C. 29 marzo 1891, Tonti c. Guidi - Sentenza primo grado 3 marzo 1962, nella causa n. 231, anno 1961 (Giur. Samm., anno 1965, vol. I, pag. 77).

11) Parag. 293.

12) Art. 4.

Il ministero degli avvocati è ammesso per la estensione e firma delle allegazioni scritte o stampate, ma non per gli effetti delle attestazioni che sono ricevute dai procuratori, senza il cui intervento l'atto non sarà valido ». Principio sostanzialmente ribadito: 1°) dalla Legge sui Tribunali del 1878 (13), dove pure è ingiunto che i procuratori debbono comparire personalmente, salvo a farsi sostituire da altro procuratore approvato e di gradimento dei clienti; - 2°) dalla Legge sul Conciliatore (14), alla cui cognizione sono devolute tutte le cause non superiori a [L. 50] L. 5.000 (p), in quanto si ammette ivi che le parti possano farsi rappresentare da altra persona qualsiasi, purché il giudice lo permetta.

Laonde possiamo affermare: 1°) che il ministero del procuratore non è mai necessario per fare semplicemente l'istanza di citazione, o per domandare una proroga, e così è ovvio che sia, poiché le molte volte chi ha ricevuto la intimazione soddisfa al debito, o viene a nuovi accordi col creditore; lo che certo non sarebbe agevolato dalla spesa per compensare l'intervento dei legali; - 2°) che il ministero del procuratore legale è sempre necessario nelle cause ordinarie superiori alle [L. 50] L. 5.000 (p), di qualunque natura esse siano ed in qualunque grado agitate, purché non sommarie e sommariamente trattate, essendo caratteristica di queste ultime l'andare spoglie delle forme di rito.

Con Decreto Consigliare in data 27 gennaio 1920 n. 2 (in modifica alla precedente Legge 26 maggio 1914 n. 17) è stato stabilito che « i cittadini della Repubblica dottori in legge possono essere iscritti nell'Albo dei difensori e conseguentemente esercitare avanti le Autorità Giudiziarie le funzioni sia di avvocati che di procuratori ». Per ottenere la iscrizione nell'Albo l'interessato deve presentare domanda scritta in carta da bollo da L. 150 alla Reggenza, allegando: 1°) il certificato di cittadinanza sammarinese; 2°) il diploma del grado dottorale in legge; 3°) la bolletta della Tesoreria Governativa da cui risulti il pagamento della tassa fissa di L. 2.000 (così elevata dall'art. 9 della Legge 12 giugno 1953 n. 15).

La Reggenza trasmette la domanda ed i documenti o al Commissario della Legge od al Giudice di Appello, per il parere sulla richiesta iscrizione. Qualora (accertata la regolarità dei documenti, controllati i registri penali, assunte sommarie informazioni sulla condotta civile e penale dell'istante) il parere sia favorevole alla iscrizione, la Reggenza, con suo rescritto, ordinerà al Tribunale Commissariale di addienire alla iscrizione dell'istante nell'albo dei difensori. Qualora invece il parere sia negativo, sulla domanda di iscrizione deciderà il Consiglio Grande e Generale.

L'art. 6 della Legge citata dispone che « tutti gli iscritti nell'Albo dei difensori potranno assumere il titolo di Avvocato ».

L'esercizio della professione è incompatibile con la titolarità degli Uffici del Registro e delle Ipoteche, e Tributario e del Catasto. E' precluso inoltre ai pubblici impiegati, iscritti o da iscriversi nell'Albo dei difensori, di assumere, direttamente od indirettamente, il patrocinio di cause contro il Governo.

La sorveglianza disciplinare sull'esercizio della professione di avvocato e procuratore è attribuita al Consiglio dei XII, il quale, o di ufficio o su reclamo degli interessati, può applicare al legale, che « nell'esercizio della professione sia venuto

13) Art. 13

14) Art. 29.

p) Art. 6, Legge 12 giugno 1953, n. 15.

meno o al decoro o alla serietà o alla dignità o alla onestà che a detta professione si addice», l'ammonimento oppure la sospensione dall'esercizio della professione fino a tre mesi (art. 4 Legge 5 giugno 1923 n. 13).

La cancellazione dall'Albo dei difensori, per grave condanna penale o per indegnità, è decretata dal Giudice di Appello, su richiesta del Commissario della Legge, e sentito il parere del Giudice per le cause penali (art. 20 Legge 26 maggio 1914 n. 17).

Il Consiglio Grande e Generale, con Delibera in data 29 marzo 1952, ha concesso il riconoscimento giuridico all'Ordine degli Avvocati e Notai della Repubblica, con approvazione del relativo Statuto.

Straordinariamente e per giustificati motivi può, come dicemmo, essere autorizzato a fungere da procuratore in una o più cause determinate, e sempre mediante decreto del Consiglio Sovrano, un legale straniero. Gli atti sottoscritti da un procuratore non autorizzato sono davanti agli occhi della legge, e per espressa comminatoria, come se non fossero fatti, e quindi nulli e senza efficacia.

All'assistenza dei poveri provvede la legge sul gratuito patrocinio e sussidiariamente anche l'istituzione dell'avvocato dei poveri (q), per quanto il suo compito sia più specialmente quello di esercitare la difesa penale degli indigenti.

Il procuratore autorizzato deve egli essere munito di un atto autentico, o per lo meno di una dichiarazione scritta dalla parte, donde risulti il suo mandato? Oppure il possesso degli atti e la sua qualifica bastano a indurre la presunzione di avere egli ricevuto effettivamente dalla parte il mandato di rappresentarla in quel giudizio? (15).

Fu per certo tempo richiesta la prova in atti del mandato come condizione interpretabile, la cui inosservanza avrebbe dovuto rilevarsi d'ufficio (16). Ma questo sistema pare contrario allo spirito dello Statuto, tanto è vero che, nel testo precedente a quello ora in vigore, si faceva esplicitamente un obbligo di produrre in atti il mandato, che non fu ripetuto nella riforma del 1600; segno evidente che la norma imperativa si volle abolita. Il sistema che ha ripreso vigore nella pratica e che sembra incontestabilmente il migliore, è quello che può chiamarsi intermedio.

Non occorre assolutamente in atti la prova del mandato, presumendosi questo effettivamente conferito al procuratore, talché il giudice non ha obbligo di occuparsene spontaneamente. Ma se l'avversario domanda la prova del mandato, questa prova deve darsi: egli, se ha ragione di dubitare, ha diritto di accertarsi che il suo contraddittore è veramente in giudizio, e sarà quindi vincolato alle conseguenze della lite. Non si vuole per ciò un atto autentico, bastando la dichiarazione fatta negli atti di eleggere quel procuratore per la causa (17).

Vero si è che potrebbe obiettarsi, non senza ragione, che gli atti fatti in cancelleria, e quindi ricevuti dal pubblico ufficiale, debbono parificarsi agli autentici. Ma anche il mandato tacito è valido perché inoppugnabile, e tale si avrebbe, ad esempio, se la parte fosse presente mentre il procuratore opera nell'interesse di lei.

q) L'art. 12 della Legge 18 ottobre 1963 n. 43 ha modificato tale denominazione in quella di « Difensore d'ufficio ».

15) V. POTHIER, *Obligations*, I, n. 849 - GOLINO, cit., III, 3, n. 20.

16) Art. 3 del Regol. Saliceti abbandonato.

17) V. ad es. cause n. 29 e 64 dell'anno 1860. - Sentenza di secondo grado 20 dicembre 1962 nella causa n. 367, anno 1958 (Giur. Samm., anno 1965, vol. I, pag. 28).

Tanto più, se sottoscrisse insieme a lui un atto di causa (18). Se invece il mandato risulta dal rogito di notaio del Regno, questo atto, a tenore della Convenzione (19), ha la forza probante di atto pubblico, purché sia debitamente legalizzato dal rispettivo Presidente del Tribunale del Regno.

Chi però non è certo della legittimità della veste del mandatario avverso, e vuole usare del suo diritto di accertarsene, deve farlo « in limine litis », cioè nella prima risposta.

Se procede oltre nella contestazione, appagandosi del mandato presunto, non potrebbe in seguito tardivamente impugnare la facoltà di quel procuratore (20) con una eccezione che avrebbe tutti i caratteri di cavillosa e dilatoria. La regola che col silenzio non si dà vita ad un mandato che non esiste (21) spiega il suo effetto riguardo al mandante. Questi potrà sempre insorgere contro una sentenza levata contro o da chi si affermò suo mandatario senza esserlo, e ciò mediante un giudizio simile a quello conosciuto in Francia sotto il nome di « désaveu ». L'avversario soltanto resta legato dal proprio silenzio alle conseguenze di avere volontariamente rinunciato alla eccezione di rappresentanza difettosa o di carenza di mandato.

3. - Allo straniero, inoltre, può essere imposta un'altra condizione per stare in giudizio: quella di esibire un fideiussore « de proseguenda lite et de reficiendis expensis ». Questa garanzia è rimasta in San Marino allo stato primordiale di garanzia personale (22), mentre le legislazioni statutarie ammisero altrove più tardi una garanzia reale. Il sistema è sostanzialmente conforme al diritto giustiniano (23), con questa differenza che in esso le garanzie si esigevano innanzi di autorizzare la citazione.

Pospostosene l'obbligo, esula anche il carattere di mancanza da rilevarsi d'ufficio.

Senonché varie ragioni l'hanno fatta cadere in disuso, e cioè: la facoltà di tramutarla nella prestazione di un giuramento (« cautio iuratoria »); il disdegno più o meno giustificato, più o meno retorico, onde fu fatta segno questa istituzione, e principalmente la cresciuta facilità di rapporti e comunicazioni cogli abitanti di

18) Id. per il Cod. di Proc. Civ. Ital. art. 156. V. Motivi relativi.

19) Art. 5 della Convenzione 28 giugno 1897. - Art. 9 Convenzione 31 marzo 1939.

20) T.C. 14 marzo 1891, Burgagni - Sentenza di secondo grado 12 luglio 1923 nella causa n. 65, anno 1921 (Giur. Samm., anno 1923, pag. 8).

21) GOLINO, cit., III, 3, n. 14 - Sentenze di primo grado 31 marzo 1964 e 20 febbraio 1965 nella causa n. 259, anno 1963.

22) Rub. VI, Lib. II, par. 113: « Quod actor nostrae iurisdictioni non subiectus qui iuris communis, aut statuti dispositione coactus esset praestare fideiussionem de proseguenda lite et de reficiendis expensis in casum succumbentiae, debeat tamquam forensis, affirmans iurejurando non invenire fideiussorem, admitti ad iudicium cautionem, dummodo reconventus non fuerit, quo casu satisfacere teneatur iuxta formam iuris communis, aut municipalis. Nisi tamen huiusmodi reconventio affectata iudici videretur, et propterea dumtaxat ad impediendum actorem ne posset huiusmodi cautionis privilegio potiri ». Dalla prestazione della « cautio iudicatum solvi » (ancora oggi in vigore in alcuni Stati, tra i quali l'Inghilterra) sono esonerati gli attori cittadini italiani, tutelati dall'art. 11 della Convenzione Italo-Sammarinese del 31 marzo 1939 in quanto dispone che: « I cittadini di ciascuno dei due Stati saranno ammessi a far valere i loro diritti e interessi avanti alle autorità giurisdizionali dell'altro Stato alle medesime condizioni alle quali ciò è consentito ai nazionali ».

Ved. Sentenza primo grado 12 novembre 1948 nella causa n. 14, anno 1947 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 218), confermata con Sentenza di secondo grado 15 luglio 1953. Nov. LIII, pr. et cap. 1 e 2 - Edict. Justin., VII, cap. 5.

territorio estero e la conseguente possibilità di perseguirli ovunque per l'eventuale recupero delle spese giudiziali. Nondimeno, per quanto caduta generalmente in disuso, non potrebbe dirsi assolutamente abolita, anzi la Convenzione italo-sammarinese (24) accenna, per quanto in modo ipotetico, alla sua esistenza, e quindi è a credersi che qualora il convenuto, cittadino od abitatore della Repubblica, vi insista, dovrebbe esigersi dall'attore straniero la fideiussione, e se questi non potesse esibire alcun fideiussore, il giuramento, forma sussidiaria di cauzione.

Quando il convenuto richiede la cauzione, l'attore dichiara se intende di presentare un fideiussore facendone il nome; non potendolo trovare, se sia pronto a sottoporsi alla prestazione del giuramento. Il giudice assegna il termine consuetudinario di tre giorni di tempo al convenuto, perché dica ed opponga quanto crede intorno alla risposta data dallo straniero (25), decorso il qual termine la cauzione verrà assunta dal giudice negli atti sotto l'una o l'altra forma secondo il caso. Il giudice, per risparmio di tempo, può assegnare al convenuto il termine della risposta, di cui diremo tra breve, di modo che questo debba cominciare il suo corso non appena spirato il termine di tre giorni concesso per lo scopo anzidetto e senza uopo di nuova declaratoria.

24) Art. 8 della Convenzione del 1897. - Ved. nota 22 che precede.
25) V. fascic. 16 e 37, anno 1860.

LEZIONE QUINTA

Sommario: 1. Delle eccezioni preliminari. - 2. Del periodo probatorio. - 3. Della confessione spontanea e provocata. - 4. Del contraddittorio e delle posizioni.

1. - Secondo lo Statuto, il giudice, dopo che l'attore comparve e riprodusse la citazione, decreta al convenuto cinque giorni utili per rispondere ed eccepire e gli decreta, se il convenuto lo voglia, la copia delle scritture prodotte (1). Questo termine può essere assegnato anche se a nome del convenuto si presenti, come è detto, un terzo sebbene sprovvisto di regolare mandato, per chiedere una dilazione così detta « delibatoria o remissoria » (2).

Il decreto gli viene notificato, e se fosse seguito dalla copia dei documenti prodotti, il termine decorre dalla data della notifica di questa copia.

Quindi possono farsi varie ipotesi, vale a dire: o il convenuto confessa nel termine assegnatogli, ed entriamo nella procedura sommaria contro i confessi - di cui diremo a suo luogo - o il convenuto replica dando le sue eccezioni, ed allora si ha proseguimento della lite ed eventualmente contestazione della medesima - o, finalmente, non comparisce più, ed allora bisogna distinguere: se la dilazione fu concessa al parente, all'amico, ecc., in breve, a persona terza non munita di regolare rappresentanza si cade nel processo contumaciale; se la dilazione fu chiesta dalla parte o dal suo procuratore legale, allora il procedimento in contumacia non è più ammissibile poiché « semel praesens, semper praesens ».

Il giudice deve in tal caso sentenziare secondo verità, cioè tenendo conto degli atti se ve ne sono, della presunta confessione della parte, in quanto si suppone che il convenuto che richiese ed ottenne una dilazione, e non lo fa, non abbia nulla da eccepire (a).

1) Rub. VI, Lib. II, parag. 111: « Quod reo copia detur huiusmodi petitionis volenti, sumptibus suis, cum termino quinque dierum utilium ad respondendum et excipiendum ».

2) LATTES, Il diritto consuetudinario (Milano, 1899), pag. 94 - SCACCIA, cit., II, 3, parag. 14.

a) Nel diritto sammarinese è da affermare che il silenzio del convenuto circa fatti dedotti in causa non prova nulla (all'infuori dei casi di contumacia, di mancata risposta all'interrogatorio od alle posizioni regolarmente ammesse) né da arbitrio al Giudice per indurre argomenti, pro o contro, in qualsiasi controversia relativa ai fatti. Non vi è nulla di più difficile che la interpretazione del silenzio. Questo, e molto cautamente, potrebbe essere tenuto a calcolo, insieme ad altre circostanze gravi, precise e concordanti, solo come fattore di una presunzione semplice.

Dal passo di ULPiano (leg. 11, parag. 4, Digesto, XI, tit. I) che equipara al contumace colui che non risponde dinanzi al Pretore, si elaborò una dottrina del silenzio, di cui il valore del silenzio in giudizio non è che un lato. Senza farne la storia e per venire al periodo recente del diritto comune, che è quello da considerare per la legislazione statutaria sammarinese, è da ricordare che Cuiacio nel commento alla legge 1 de confessis (leg. 1, Dig., XLII, 2) ed alla legge 142 (Dig., L., de diversis regulis iuris) negava che chi ta-

Questi allora è considerato in quella posizione che nella procedura romana si chiama « desertio vadimonii », se non che si esige minor prova dall'attore (3).

Non occorre perciò nemmeno quel giuramento di calunnia, il quale nel giudizio contumaciale forma pressoché il cardine della condanna (4).

Ritornando alla ipotesi più naturale che il convenuto, dopo aver chiesto la dilazione, voglia difendersi, il giudice decreta che la replica, purché fatta tempestivamente, sia comunicata all'attore, assegnando al medesimo [due giorni di tempo utili] cinque giorni correnti per replicare. Qui pure, se l'attore lo richieda, si deve a lui decretare la copia dei documenti eventualmente prodotti dal convenuto, ed allora i [due giorni] cinque giorni decorrono dalla rispettiva notifica (5).

La produzione dei documenti fatta in questo primo periodo della lite, alla pari di quella fatta in qualunque altro momento, deve essere autorizzata dal giudice con la consueta formula: « ammettersi le prodotte se e come di ragione ».

Trascorsi i termini ora detti non se ne concedono altri (6), salvo che le parti fossero d'accordo, e il giudice lo consenta (7). L'attore potrebbe però rinunciare ai termini della sua controrisposta, ovverosia « duplica » e domandare che venissero aperti i termini probatori, ovvero quelli per allegare in diritto.

Il convenuto nella sua risposta può opporre eccezioni di varia natura e cioè declinatorie, dilatorie o perentorie; può opporne varie contemporaneamente in via di ipotesi subordinate; può valersi di alcune sole di esse.

Le eccezioni declinatorie del foro o del giudice sono quelle di incompetenza (b) e di recusa del giudice: queste, privandolo di giurisdizione, lo obbligano a rimettere il processo al Consiglio dei XII senza ritardo e senza uopo di alcuna altra istruttoria. Sarà compito del Consiglio dei XII assegnare un termine alle parti, e qualora si tratti di suspizione anche al giudice, perché deducano le loro ragioni. Decorso questo termine e pronunciata poi la sentenza, la causa viene a

cesse in iure vel in iudicio fosse da considerarsi senz'altro come confesso; negava cioè la equiparazione tra la taciturnitas e la confessione, quest'ultima spontanea.

Ved.: Sentenza di secondo grado 17 luglio 1954 nella causa n. 57, anno 1953 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 39) - Sentenza di primo grado 31 maggio 1949 nella causa n. 188, anno 1948 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 223).

3) KELLER, Des actions chez les Romains, 208 etc.

4) T. C. 6 dicembre 1890, Fabiani c. Righi - T. C. 26 marzo 1891, Tonti c. Guidi T. C. 12 gennaio 1892, Legato Belluzzi c. Malpeli.

5) Rub. VI, Lib. II, par. 112. - La costante consuetudine ha sostituito al termine statutario di due giorni utili, stabilito dal citato paragrafo delle Leges Statutae, quello di cinque giorni correnti.

6) Art. 34 Legge sul Conciliatore: « Il giudice può accordare una sola dilazione al convenuto per rispondere o per produrre documenti ».

7) V. fascic. n. 60, anno 1860.

b) « L'eccezione di incompetenza (o mancanza di giurisdizione) la quale, a pena di decadenza, deve essere proposta in limine litis è quella — e solo quella — territoriale. Tutte le altre eccezioni di incompetenza o di mancanza di giurisdizione (in particolare quelle per materia e per l'esistenza di giurisdizione speciale) possono essere esposte in qualsiasi momento ed anche in appello ed in base al diritto comune anche dopo una sentenza passata in cosa giudicata, mediante l'azione di nullità ». (Sentenza di primo grado 30 ottobre 1960 nella causa n. 222, anno 1960 - Giur. Samm., anno 1964, vol. III, pag. 277). Inoltre, unicamente l'eccezione di incompetenza per territorio deve essere esaminata e decisa dal Consiglio dei XII: in ordine ad ogni altra eccezione di incompetenza il Magistrato sammarinese è giudice anche della propria competenza. - Ved. Cap. 2 della Lezione Seconda.

tenore di questa o rimessa davanti ad altro giudice o ripresa davanti allo stesso Tribunale.

Quanto alle eccezioni dilatorie esse di regola vanno proposte « in limine litis », prima della contestazione della lite.

Non ci soffermiamo nella definizione delle eccezioni dilatorie o temporanee e sulla caratteristica che le distingue dall'eccezione perentoria o perpetua (8), poiché lo Statuto regola in modo speciale alcune di queste eccezioni dilatorie, delle quali fa espressa menzione, cioè la richiesta di cauzione dallo straniero, il difetto di mandato, la litispendenza.

A queste ed a due eccezioni perentorie (quelle di lite finita e transazione) assegna un trattamento speciale.

Anche la litispendenza, come l'eccezione di mandato e di cautio jud. solvi, deve proporsi avanti la contestazione della lite, mentre quelle di lite finita (da tenersi distinta dalla cosa giudicata, perché s'intende lite finita per renuncia) e di transazione possono anche posteriormente proporsi.

Solo le eccezioni ora indicate, cioè di mandato, litispendenza, transazione, lite finita, hanno questa speciale virtù che appena proposte il giudice deve prenderle separatamente in esame. Per ogni altra eccezione, dilatoria o perentoria, deve riserbarsi di pronunciare quando deciderà sul merito: per queste invece deve assegnare quattro giorni utili comuni a tutte le parti per dare e rispettivamente combattere le prove della eccezione. Sopra la quale, dentro il termine di cinque giorni, egli dovrà pronunciarsi (9).

2. - Suppongasì ora respinta o non proposta alcuna di queste eccezioni « non riservate », come suona lo Statuto, ed eccoci a quello che può chiamarsi il secondo periodo della causa, dedicato più specialmente all'esaurimento della istruttoria. Questo comincia con l'apertura dei termini probatori che ha luogo su istanza di una parte. Invalse l'uso che il giudice potesse aprirli di ufficio e con un solo decreto per quando fossero decorsi i termini assegnati all'attore affin di prendere notizia della replica; questa usanza era bensì connessa con l'obbligo di pagare al giudice il caposoldo quando si aprivano i termini probatori, ma lo Statuto parla di uno o più termini da assegnarsi « arbitrio iudicis » ed è quindi a ritenersi, secondandoci in ciò le Fonti (10), che l'arbitrio del giudice si riferisca così al numero ed alla durata dei termini, come al fatto di assegnarli o meno. Si evita in tal guisa la ne-

8) V. CUIACCIO, I, 6, cap. V. - DONELLO, sul Cod. de exception., cap. I.

9) Rub. VI, Lib. II, par. 14 e 116: « Quod omnes exceptiones qualescumque sint, et omnia quae ab officio iudicis manare possent, reservatae intelligantur absque alia interlocutoria, in fine litis decidenda una cum negotio principali, praeter illas incompetentiae, suspicionis iudicis, transactionis, litis finitae aut pendentis coram alio iudice, et mandati. Quibus exceptis, caeterae omnes similes exceptiones reservatae sint, et pro reservatis habeantur ». - « Quod una aut pluribus oppositis exceptionibus non reservatis ut supra, detur terminus quatuor dierum utilium communium utrique parti ad probandum incumbentia super illis, quarum articulum iudex infra terminum aliorum quinque dierum utilium decidere teneatur ».

10) Leg. 1, Cod., de dilat. - BONIFAZI, Pratica Civile, Jesi, 1757, I, 13, par. 7 - Rub. VI, Lib. II, par. 118: « Quod terminus probatorius unus aut plures, partibus assignentur arbitrio iudicis, qui tamen metam quindecim dierum utilium pro prima, secunda et tertia dilatione non excedant. Quos etiam abbreviandi auctoritatem iudici impertimur ex causa per ipsum exprimenda in pronuncia ».

cessità di nuova istanza e di nuovo decreto che dovrebbe a sua volta essere notificato alla parte avversaria.

Diciamo adunque che, d'ufficio od a richiesta di uno dei contendenti, il giudice assegnerà a suo piacimento uno o più termini probatori, accorciandone la durata anche a pochi giorni, quando la causa sia semplice o urgente, ma non mai prolungandoli in modo da eccedere in tutto quindici udienze o giorni utili.

Nella pratica entrò l'uso di applicare la concessione del termine suddividendolo in tre periodi di cinque giorni l'uno; invalse pure l'abuso di domandare il primo e successivamente il secondo termine probatorio, lasciandoli trascorrere senza dar segno di vita, per cominciare le prove solamente nel terzo, quasi per istrozzarne lo sfogo; la quale usanza deve abbandonarsi e reprimersi, perché contraria allo spirito di sollecitudine e buona fede che informa la legislazione statutaria.

Nel corso del periodo probatorio possono sperimentarsi i mezzi di prova che sono all'incirca gli stessi di tutte le legislazioni civili, salvo una maggiore o minore larghezza.

3. - La confessione delle parti fu costantemente considerata come la più esauriente, la regina di tutte le prove. Essa deve distinguersi in provocata e spontanea, e questa seconda in giudiziale e stragiudiziale, secondo che è fatta davanti ad un magistrato o fuori di giudizio, all'avversario o ad un terzo, da provarsi questa per testimoni o risultante da prova scritta. Qualora intervenga confessione spontanea giudiziale, anche fatta dinanzi ad un altro giudice diverso dal Commissario, o si potessero produrre scritture autentiche o non impugnate, contenenti la confessione del convenuto, si darebbe vita al procedimento sommario contro i confessi, oppure all'altro procedimento, del pari sommario, che denomineremo documentale o strumentale.

Il principale effetto della confessione spontanea, pura e semplice, fatta cioè senza eccezioni, resa in giudizio e cioè fatta in jure, era, nel diritto romano, di tener luogo di cosa giudicata dispensando il giudice dall'emettere la sentenza. A tale sistema evidentemente si riportano le *Leges Statutae* (c), quando dispongono che a chi ha confessato il debito si deve far precetto di pagare entro un termine non superiore ai dieci giorni correnti. Per altro, nella pratica, poiché detto precetto statutario dopo tre anni « *pro nullo et nullius roboris et momenti et penitus pro circumducto habeatur* » (d), si segue il sistema di pronunziare regolare sentenza, considerando la confessione giudiziale come piena prova, « *regina probationum; omnium probationum illustrissima, probatio superlativa* », ritenuta, per citare le parole del De Angelis (e), « *maior probatio quam omnes probationes, immo est omnibus melior, superatque omne probationum genus* ».

Il diritto romano stabiliva che a chi confessava in giudizio dovesse essere concessa congrua dilazione per il pagamento (f). Le *Leges Statutae*, come si è detto, dispongono chiaramente che il « *tempus ad solvendum* » da concedersi al confesso non deve essere superiore ai dieci giorni correnti.

c) Rub. VIII, Lib. II, parag. 160-161.

d) Rub. citata, parag. 162.

e) De confessionibus, I, 1, n. 13.

f) Legge 31, Dig., XLII, 1, de re iudicata: « *His qui fatebuntur debere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur* ».

La confessione giudiziale fatta spontaneamente esercita influenza sull'onere delle spese. Una diffusa dottrina del diritto comune (g) ammette in tal caso la compensazione delle spese. Tale sistema fu seguito da successive legislazioni, ad esempio dall'Ordinamento Germanico del 1898 al parag. 93 e dall'Ordinamento Austriaco del 1895 al parag. 45, ed è da accogliersi, almeno in via di principio, anche in San Marino.

Dicesi qualificata la confessione di debito, fatta in giudizio dal convenuto, con aggiunti elementi tali che ne modificano le normali conseguenze giuridiche: come, ad esempio, l'ammissione di essere bensì debitore della somma richiesta dall'attore ma per una causa che esclude l'obbligo del pagamento (come nel caso di debiti di gioco) o come nel caso che il confitente aggiunga che il debito deve intendersi compensato, in tutto od in parte, con un suo credito verso l'attore.

E' necessario esaminare in tal caso se la confessione sia scindibile od inscindibile, se possa cioè accettarsi « *in utilibus* » e respingersi, puramente e semplicemente, « *in damnosis* ».

La dottrina prevalente nel diritto comune (h) afferma che, fino a quando vi è connessione reale tra l'azione e l'eccezione, e non solo connessione personale, la confessione è inscindibile.

Chiama connessione reale quella che corre tra il diritto dell'attore e l'eccezione del convenuto, considerati l'uno e l'altra in modo oggettivo; connessione personale quella per cui il diritto dell'attore e l'eccezione del convenuto hanno un solo punto in comune: l'esistenza tra le stesse persone. Il Fulgoso aggiunge esattamente a spiegazione che la confessione è scindibile solo se concerne « *negotia diversa* ». E definisce: « *Negotia diversa censer, quae sunt facta diversis causis et ad diversos effectus, et unum non tendit ad qualificationem alterius, nec ad alterius presumptionem, nec unum habet dependentiam seu accessorietatem ab alio, nec unum inest alteri* ». Ma, mentre una parte dei dottori applicava detta massima in modo assoluto, un'altra ammetteva eccezioni, sebbene nemmeno sulla estensione di queste ultime vi fosse concordanza di opinioni.

In tale situazione si ritiene sia da seguire la equitativa teorica di Bartolo (sulla legge 28, parag. 2, Dig., de liberat. leg.) sostanzialmente indicata dalla Glossa, per cui la confessione è inscindibile « *in connexis* » e divisibile « *in disiunctis* ».

In altre parole, la confessione è inscindibile quando la dichiarazione aggiunta si riannodi al fatto principale come conseguenza ordinaria od accidentale di essa: è quindi inscindibile la confessione che, secondo la pratica, viene chiamata qualificata e, in parte, anche quella detta complessa o connessa; è invece divisibile se l'accessoria aggiunta versa sopra un fatto del tutto distinto dal principale, come se, ad esempio, alcuno confessa bensì di avere ricevuto cento a mutuo, ma aggiunge di essere creditore per altra causa. Secondo Bartolo, « *tunc confessio dividitur et quod mutuum condemnatio fit, nisi ex alia alligata causa creditum manifeste et incontinenter probetur* ».

Avverte il De Luca (i) che è difficile fissare una precisa regola generale e che,

g) VOET, Ad Pand., XLII, 1, n. 22 - POTHIER, Oeuvres, VI, pag. 85 - PERTILE, Storia del diritto italiano, VI, 2, 225.

h) MENOCCHIO, De arbitr., cas. XCV, n. 20 - SCACCIA, De iudiciis, Lib. II, cap. XI, n. 370 e seg. - MARLA, De fide instr., q. III, n. 10 - SURDO, Decis. 258, n. 10 - AB. ECCLESIA, Obs. for., p. II, obs. 35, n. 8.

i) Theatrum veritatis et iustitiae, lib. XV, disc. 23, n. 26.

per ciò, deve tenersi conto di ogni singolo caso, mediante il prudente arbitrio del giudice (1).

Nel caso di confessione inscindibile l'attore deve o rifiutare od accettare la confessione del convenuto nel suo complesso. Nel primo caso si considera la confessione come non avvenuta e l'attore deve dare la prova della sua domanda come il convenuto quella della sua eccezione; nel secondo caso l'attore può insistere nella sua domanda fondandosi sulla confessione, ma deve assumersi anche il carico di provare che l'eccezione avanzata dal convenuto non è fondata.

La confessione stragiudiziale, secondo l'opinione dei dottori di diritto comune, « plene probat » quando sia « facta parte presente » (m).

Qualunque sia la specie della confessione essa deve emanare da persona munita di speciale o sufficiente mandato. Il mandato tacito e presunto non varrebbe mai per confessare o per riconoscere un debito (11), e nemmeno l'amministratore senza speciale mandato potrebbe emettere una confessione che avesse forza obbligatoria per il rappresentato (12).

La confessione, come la giurisprudenza di San Marino ha bene stabilito, deve essere diretta emanazione della parte; ed invero le Fonti e la Glossa l'accompagnano sempre col pronome « suus » (Qui in iure confessus est suam confessionem infirmare non potest... suis confessionibus quisquis acquiescere debet... Nemo a sua confessione recedere potest... Confessiones stare vel scripturae suae quisque debet). Potrebbe bensì nascere il dubbio sulla portata della parola « suus », potrebbe, ad esempio, sostenersi che confessione « sua » è anche quella del mandatario. Si oppone che Giustino scrive: « nimis enim indignum esse judicamus ut quod SUA QUISQUE VOCE dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, TESTIMONIOQUE PROPRIO resistere » (13), ma l'argomento proverebbe troppo, perché allora la confessione non potrebbe emettersi che di persona propria in senso assoluto, cioè con la propria bocca, né mai tollerarsi mandatario ad hoc, ciò che non è, poiché il mandatario speciale, o munito di sufficiente mandato si ammette senza contrasto. La regola per la soluzione deve quindi ricercarsi nella portata ed estensione del mandato: non può confessare che colui che per legge o per contratto ha la capacità di disporre della cosa.

Ora il mandato ad negotia, non più che quello ad lites tacito o espresso, non comprendono la facoltà di alienare (14). Ecco perché il mandatario tacito non può confessare, poiché la sua confessione manca dell'elemento essenziale per produrre effetti giuridici: la capacità di disporre.

1) Tale è la soluzione accolta anche dall'art. 2734 del vigente Cod. Civ. Italiano.

m) Sentenze primo grado: 17 maggio 1920 nella causa n. 72, anno 1919 (Giur. Samm., anni 1911-1920, vol. II, pag. 58); 14 agosto 1922 nella causa n. 57, anno 1921 (Giur. Samm., anno 1922, pag. 7); 12 febbraio 1924 nella causa n. 144, anno 1923 (Giur. Samm., anno 1924, pag. 35); 16 giugno 1928 nella causa n. 8, anno 1928 (Giur. Samm., anno 1928, pag. 13); 31 marzo 1933 nella causa n. 350, anno 1931 (Giur. Samm., anni 1933-1934, pag. 35); 8 febbraio 1958 nella causa n. 105, anno 1952 (Giur. Samm., anno 1964, vol. I, pag. 83); 24 marzo 1959 nella causa n. 8, anno 1959 (Giur. Samm., anno 1964, vol. II, pag. 184).

11) T.C. 19 dicembre 1892, Morri c. Mainardi.

12) T.C. 22 dicembre 1894, Simoncini c. Giannini.

13) 13, Cod., IV, 30.

14) MATTIROLO, II, n. 697.

Il procuratore alle liti, per antico ed inconcusso principio, non può nuocere al suo cliente « committendo », con un fatto attivo, ma solo « omettendo », cioè trascurando una formalità (15), a meno che la parte non abbia dato per ciò mandato speciale o scritto o presunto. Presunto si avrebbe sia col firmare la dichiarazione (ed allora è veramente la parte stessa che confessa) sia coll'essere presente alla confessione del suo procuratore (16).

4. - La legislazione si occupa specialmente della confessione provocata. Abbiamo per essa due forme: il contraddittorio, le posizioni. Il contraddittorio può essere ordinato dal Giudice, o domandato anche da una sola delle parti. Esso equivale alla comparizione personale di queste, misura ammessa in via eccezionale per le cause commerciali e le altre meno importanti nella procedura del Regno d'Italia, esperibile ad arbitrio del giudice in questa Repubblica, come in Francia, in Germania ed in Austria, esaltata dal Bentham come uno dei mezzi più efficaci per arrivare alla verità ed abbreviare le liti (17) ed invocata dai migliori proceduristi del nostro Paese perché giova ad illuminare la giustizia (18).

Lo Statuto non ne fa cenno, ma la consuetudine lo ammette da lunghissimo tempo, e ne abbiamo la conferma nelle leggi disciplinari del Tribunale (19).

Sono ammessi ad intervenire allo sperimento del contraddittorio i procuratori, ma senza apertura di bocca, perché altrimenti si violerebbe quella ingenuità di discussione che ne forma la precipua ragione di essere. Per lo stesso motivo debbono essere esclusi i terzi, anche se interessati alla controversia (20), ed escluso il pubblico che non assiste allo svolgimento dei processi civili, fuorché alla pubblicazione delle sentenze.

Le « positiones », diretta filiazione delle « interrogationes in iure » del diritto romano, sono in grande favore nella pratica statutaria (21). La parte che le pone, e che può essere tanto l'attore quanto il convenuto, deve esibirle al giudice per iscritto e segretamente, e cioè sigillate od ostensibili al solo giudice, accompagnandole dal giuramento di non avere intendimento di calunnia (22).

Il magistrato ha facoltà di ammetterle o di respingerle, o di ammetterle con riserva, per il caso che non si presentino pertinenti (23), il che è d'obbligo ogni volta che le posizioni siano state presentate suggellate e da non leggersi che all'udienza.

Trovandole calunniose, oltre all'obbligo di respingerle, il giudice è autorizzato a condannare il proponente ad una multa [di L. 100], da ripartirsi, come la maggior parte di queste multe, a metà tra l'avversario ed il fisco.

Il giudice, ammettendo le posizioni, determina il giorno per la risposta. Le posizioni vengono lette ad alta voce dal Cancelliere, che registra in atti la risposta

15) MATTIROLO, cit., n. 246 - GIORGI, Obbligazioni, Firenze, I, n. 389.

16) MÜHLENBRUCH, Doctrina Pandectarum, Bruxelles, 1838, pag. 138, par. 146.

17) Dell'organizzazione giudiziaria, par. 24.

18) MATTIROLO, cit., n. 751.

19) Tariffa Procuratori, n. 8 - Legge sui Tribunali, 1897, art. 19, n. 26.

20) T.C. 14 maggio 1892, Nicolini c. Mularoni.

21) SCACCIA, cit., I, 60.

22) Rub. XIII, Lib. II, par. 193: « Positionibus omnibus et singulis, quae in civilibus causis fierent, jurante parte ponente, quod non animo calumniae ponit, sed quod eas veras esse credit, et pertinentes ad causam, in qua ponuntur, adversa pars respondere teneatur ».

23) Rub. XIII, Lib. II, par. 195.

dell'interpellato. Questi risponde senza il giuramento (altrove invece prescritto) e, a nostro vedere, bene, ch  altrimenti le risposte perderebbero il loro carattere; rispondendo, dir  semplicemente per ciascun capitolo: s  o no, ovvero credo o non credo. Potr  quindi aggiungere eventuali schiarimenti.

E' permesso ai procuratori di assistere all'incombente (24), ma non debbono avere, pi  della parte, alcuna anticipata cognizione del contenuto delle domande, n  lice ai medesimi l'agevolare od il dirigere queste ultime, n  l'influire in qualsiasi modo sull'esito della prova. Se vi hanno pi  litisconsorti, debbono questi interrogarsi separatamente, curando che non comunichino fra loro (25). La parte interrogata deve rispondere senza soccorso di scritti o di altri aiuti, per  il giudice, quando in coscienza creda che l'interrogando abbia bisogno di tempo per raccogliere onestamente gli elementi della risposta, pu  concedergli un giorno di dilazione (26).

Secondo lo Statuto, il ponente pu  invitare l'interrogando due volte per lettera ad un giorno d'intervallo (27), e, se questi fosse assente dovrebbe chiedersi una rogatoria, assegnando tre giorni utili per rispondere alle posizioni, pi  un giorno corrente per ogni venti miglia di cammino tanto per l'andare, quanto per il ritorno (28). Queste forme furono surrogate dalla citazione e dalla rogatoria internazionale nelle forme ordinarie. Vale a dire, se l'interrogando dimora in Repubblica, qui dovr  notificargli la citazione. Per  la regola che in corso di giudizio basta una sola citazione, comunque fatta (29), qui cede all'altra del doppio avviso. Dovr  dunque notificarsi due volte la citazione quando non sia in persona propria (30), o citarsi due volte ad valvas, col solito sistema delle citazioni in giudizio degli assenti o stranieri, e quando per  non vogliasi n  citare l'assente o lo straniero a comparire valendosi della autorit  giudiziaria del Regno, n  da questa, osservate le regole della competenza, fare assumere le risposte dell'interrogando (31). Nel quale ultimo caso, per ,   a dubitarsi se si possano seguire le forme dell'interrogatorio secondo lo Statuto, invece delle forme stabilite dalla legge di procedura civile vigente nel luogo dove al medesimo si da corso.

L'interrogando che non compare, o comparendo recusa di rispondere, si considera come confesso; si reputano, cio , i fatti che gli si domandano provati nella forma e misura che pi  secondano l'interesse del proponente (32). Se poi l'interrogando nega, ma in modo evidentemente calunnioso ed in mala fede, pu  essere condannato alla stessa pena che dicemmo sancita per chi propone posizioni calunniose (33). A rispondere pu  anche presentarsi un procuratore con sufficiente mandato, a condizione che la parte sia assente o lontana: se fosse in territorio

24) Arg. da Tariffa Procuratori, art. 6 e n. 197.

25) Rub. cit., parag. 194.

26) Rub. cit., parag. 200.

27) Rub. cit., parag. 201.

28) Rub. VI, Lib. II, parag. 122.

29) Rub. III, Lib. II, parag. 101, in fine.

30) V. fascic. 63, anno 1860.

31) Convenzione italo-sammarinese del 1897, art. 9. - Convenzione 31 marzo 1939, art. 10.

32) Rub. XIII, Lib. II, parag. 201: « Statuimus insuper quod si... non responderit, positiones ipsae pro confessatis ipso facto, vel negatis absque alia probatione habeantur, prout ponenti utilius, et respondere debenti deterius fuerit ». Ved. Sentenza di primo grado 9 gennaio 1962 nella causa n. 34, anno 1954 (Giur. Samm., anno 1965, vol. I, pag. 59).

33) Rub. VI, Lib. II, parag. 123.

pu  essere costretta a rispondere in persona, salvo ad essere considerata in ogni altro caso come confitente (34). Questo modo di provocare la confessione   di gran lunga preferibile agli interrogatori di altre procedure, secondo le quali il convenuto, molto tempo innanzi al giorno in cui dovr  rispondere, conosce il tenore preciso delle domande, ha modo e tempo di preparare o di farsi preparare la risposta, ed abilmente eludere senza fatica l'aspettativa della giustizia. Talch , nella massima parte, si risolvono in un gettito inutile di tempo (35). Di questo sistema scriveva cos  un giureconsulto, che si fece espositore dei Motivi del Codice Ginevrino (quel Codice che spieg  tanta influenza sulla legislazione giudiziaria di gran parte d'Europa): « se un legislatore si fosse proposto di trovare il modo pi  sicuro per non raggiungere la verit , questo gliene porge l'esempio » (36).

E' prezzo dell'opera il rammentare come, pi  tardi, il Codice Ginevrino in questo punto fu modificato con l'adozione di una procedura di interrogatori del tutto simile a quella vigente in questa Repubblica, e fondata sul medesimo principio che le interrogazioni debbono essere fatte note davanti al giudice nel momento stesso in cui se ne chiede la risposta.

34) Parag. 122, Rub. VI e parag. 198, Rub. XIII, Lib. II.

35) BOITARD, Cours de procedure civile, vol. I, tit. XV.

36) BELLOT, cit., pag. 147.

LEZIONE SESTA

Sommario: 1. Prova per documenti - 2. Prova per testimoni - 3. Della riprova o prova contraria. - 4. *Degli effetti e conseguenze della morte o cambiamento di stato delle parti in causa.* - 5. *Dell'azione riconvenzionale.*

1. - I documenti si possono produrre in qualunque momento della causa, cioè dalla prima comparizione fino a che l'istruttoria sia chiusa mercè assegnazione del termine ad allegare. Più tardi si potranno esibire a fine di schiarimento, ma il giudice non può tenerne conto per la sua decisione (1).

A queste condizioni, e non altrimenti, è ammissibile la produzione serotina, detta comunemente « in manica ». Fu però giudicato che qualora il documento prodotto fosse manifestamente decisivo, deve piuttosto che commettere un'ingiustizia (*summum jus*) riaprire la istruttoria (2) assegnando alla parte avversaria copia del documento ed un termine per dedurre contro il medesimo.

Contro ciò potrebbe obiettarsi che, spirati i termini probatori, sembra più giusto che la parte debba ricorrere in appello, sopportando le spese del giudizio di primo grado come derivazione della sua negligenza.

I documenti si producono col consenso del giudice che li ammette con la formula accennata, esaminando però preliminarmente se sembrano pertinenti, perché se fossero manifestamente inutili dovrebbe negarsene la produzione, al fine di non aumentare senza costrutto la mole del processo. Deve usarsi con la massima cautela di questa facoltà, mentre è poi obbligo il vegliare a che essi siano debitamente registrati ed a cura del Cancelliere inseriti per ordine di produzione nel fascicolo degli allegati (3). Il Cancelliere è altresì responsabile, siccome quegli che riceve materialmente la consegna degli atti per esibirli al Giudice, delle contravvenzioni alle leggi fiscali violate sia per insufficienza di bollo, sia per omessa registrazione (4).

1) Ap. 4 febbraio 1888, Babboni c. Malpeli - *Sentenza primo grado* 13 gennaio 1926 nella causa n. 139, anno 1925 (*Giur. Samm.*, anno 1926, pag. 15).

2) Ap. 30 novembre 1894, Governo c. Conti - *Sentenza secondo grado* 10 maggio 1958 nella causa n. 320, anno 1952 (*Giur. Samm.*, anno 1964, vol. 1, pag. 16) - *Sentenze primo grado*: 15 dicembre 1926 nella causa N. 107, anno 1924 (*Giur. Samm.*, anno 1926, pag. 32); 2 agosto 1930 nella causa n. 17, anno 1929 (*Giur. Samm.*, anno 1930, pag. 15); 11 maggio 1934 nella causa n. 274, anno 1932 (*Giur. Samm.*, anni 1933-1934, pag. 79); 30 luglio 1936 nella causa n. 212, anno 1933 (*Giur. Samm.*, anni 1935-1936, pag. 119).

3) Disp. discip., art. 5 (R.U. pag. 321). - Art. 8 *Capitolato per il Cancelliere* del 22 giugno 1915 n. 18.

4) V. art. 37 Legge 29 marzo 1887 (R.U. pag. 341). - Art. 12 del *Capitolato cit.* - I documenti prodotti in atti non possono essere presi in esame dal giudicante (art. 61 Legge 14 marzo 1918) se non sono stati assoggettati al bollo di cui all'art. 2 della legge 7 novembre 1933 n. 15 (sostitutivo della registrazione già prescritta dal n. 44 della Tabella annessa alla

Dei documenti comunque prodotti deve essere deliberata copia all'avversario che la voglia; in ogni caso, deve essergli dato avviso della produzione perché possa eccepire contro i medesimi quanto egli crede nel suo interesse. Così è voluto dal principio del contraddittorio, il quale deve scrupolosamente osservarsi. Il contraddittore che non chiede la copia dei documenti potrà prendere visione degli originali loro negli uffici di cancelleria, ma senza mai asportarli (5). Il documento, una volta ammesso, diventa acquisito alla causa; il produttore potrà o averne copia autentica dal Cancelliere, purché non si tratti di rogito di notaio vivente, ché allora il farne copia è incerto del notaio (6), o ritirare il documento, od atto pubblico, per sostituirvi una copia certificata autentica dal Cancelliere stesso. Se l'atto fosse scrittura privata, non ancora riconosciuta, il ritiro dell'originale può essere eventualmente subordinato alla condizione di restituirlo dentro un dato termine.

Nel difetto di assegnazione di un termine perciò, qualora venisse richiesto l'originale inutilmente, la causa verrebbe decisa come se l'atto non fosse mai esistito, o non mai stato prodotto.

La parte, contro la quale si produsse la scrittura, ha però modo, quando vi abbia interesse, d'impedire che lo scritto sia tolto all'esame del giudice, e cioè facendone il riconoscimento. La scrittura privata riconosciuta si parifica ad atto pubblico, ed allora il produttore non potrà ritirarla che rilasciando copia.

Qualunque documento può essere prodotto in causa. Non fa differenza che sia redatto all'estero, ancora meno se redatto nel Regno, poiché, a tenore della Convenzione fra i due Stati, gli atti debitamente legalizzati nell'uno Stato conservano integri nell'altro la loro efficacia probatoria ed il loro carattere (7). Così pure il difetto di registrazione originaria importerebbe l'obbligo della multa, ma non diminuirebbe il valore probante dell'atto (8). Nulla poi vieta che nel giudizio ordinario si producano quei documenti (scrittura privata riconosciuta, atto pubblico ecc.) i quali potrebbero per sé medesimi dar vita alla procedura sommaria documentale o strumentale. Valersi della quale è facoltà, non obbligo, ben potendo accadere che all'attore convenga meglio il levare una sentenza, anziché agire in base ad uno strumento.

Il diritto comune e la pratica ammettono la produzione coatta dei documenti. Si parla della « actio ad exhibendum », la quale, malgrado sia dai pratici chiamata « singolare ed esorbitante dalla ragione comune » (9), nondimeno, come efficace e consigliabile in certi casi fu ammessa, oltre che dagli statuti, nei codici di poco anteriori a quello ora vigente nel Regno, si pratica non di rado in Inghilterra (10), e si conserva tuttodì in Repubblica (11) per i documenti che si trovino presso l'avversario e spettino in comune all'altra parte. La domanda deve contenere i motivi e l'oggetto preciso della esibizione: il giudice è arbitro di ammetterla o no,

Legge 14 marzo 1918 sulle tasse di bollo). - Ved. Sentenza primo grado 10 marzo 1962 nella causa n. 377, anno 1960 (Giur. Samm., anno 1965, vol. I, pag. 81).

- 5) Rub. XIX, Lib. II, parag. 226 - Disp. discip., art. 4 - Conforme la dottrina. V. LATTES, cit., pag. 99 - Art. 10 del Capitolo cit.
- 6) Disp. discip., art. 3. - Art. 19 del Capitolo cit.
- 7) T.C. 29 giugno 1889, Vannucci c. Poggiali - Art. 5 Convenzione italo-sammarinese del 1897 - Art. 9 Convenzione del 31 marzo 1939.
- 8) Sentenza cit. a nota precedente - Vedi nota 4.
- 9) DE LUCA, V, pag. 139.
- 10) STEPHEN, Law of Evidence, London, 1899, n. 72.
- 11) Rub. LIV, Lib. II, parag. 398 - Molto largamente ammessa in alcune legislazioni statuta-

ordinando come debba avvenire. Contro la parte che si rifiuta di esibire il documento o la scrittura e non dimostra quali giuste ragioni la impediscano, sorge naturalmente una grave presunzione (12).

L'actio ad exhibendum, secondo il diritto romano (a), è l'azione personale diretta alla esibizione di una data cosa mobile contro ogni possessore di essa (e contro chiunque è ritenuto per tale in senso giuridico) da colui che ha interesse, a motivo di un diritto reale e personale sulla cosa, che la cosa stessa gli sia mostrata (azione preparatoria) o che gli sia tosto restituita con tutte le pertinenze, o che, in quanto ciò non avviene o non può avvenire per colpa del convenuto, gli sia prestato l'interesse (azione principale).

Gli scrittori di diritto comune, fondendo l'actio ad exhibendum con l'actio de edendo (b), relativa agli argentarii rispetto alle rationes, costrussero una speciale azione esibitoria diretta a costringere le parti, ed in determinati casi anche i terzi, a presentare o produrre documenti in loro possesso ed interessanti la causa. Fu il diritto canonico che « ex aequitate canonica » diede estensione a tale azione esibitoria, ponendo il principio che « actor et reus vicissim obligari possunt ad edenda instrumenta necessaria probandae actioni vel exceptioni » (c).

L'azione predetta, ammessa nel diritto comune, dovrebbe, per ciò solo, dirsi ammessa anche nel nostro diritto. Ma lo Statuto Sammarinese provvede, nella Rubrica LIV del Libro II, ad ammetterla in modo esplicito.

L'actio ad exhibendum rimase pur sempre, anche nel diritto comune, una azione eccezionale. Il principio generale è che « ogni parte, ed in ispecie il convenuto, è libero di presentare quei soli documenti che stima opportuni al proprio assunto », perché « nemo tenetur edere contra se » e perché « arma non sunt sumenda de domo rei ».

Dal fatto che l'actio ad exhibendum è eccezionale deriva che essa è solamente da accordare se ed in quanto concorrano gli estremi dalla legge voluti.

Detti estremi, secondo il diritto comune e la conforme giurisprudenza della Rota Romana, erano i seguenti: 1) in primo luogo chi promuove l'azione deve dimostrare: che il documento richiesto è di sua proprietà; che, quanto meno, è comune a lui ed alla parte contro la quale si propone l'istanza; che il richiedente, quantunque non abbia diritto di proprietà o di comunione, abbia interesse (ed interesse « causatum ex causa rationabili et justa ») a che il documento venga esibito (d); 2) in secondo luogo chi promuove l'azione deve provare che il documento richiesto si trovi effettivamente presso colui al quale è stata chiesta l'esibizione: « requiritur quod probet res, quarum exhibitio petitur, fuisse penes eum a quo exhibitio postulat » (e); tale prova deve essere piena e sicura: « et debet esse huiusmodi probatio existentiae plena et concludens, alias non relevat, nec sufficiunt probationes praesuntivae » (f). Deve provarsi inoltre che il documento esista presso il convenuto attualmente « nec sufficit probatio existentiae penes eum

rie. V. LATTES, cit., pag. 100.

12) T.C. 16 settembre 1880, Savorelli c. Paoloni, e giurisprudenza ivi citata.

a) Dig., Lib. X, Tit. IV. - Cod., Lib. III, tit. XLII.

b) Dig., Lib. II, Tit. XIII - Cod., Lib. II, tit. I.

c) M. DE LUCA, Prael. iuris. can., Liber de iudic. eccles., n. 212.

d) RIDOLFINO, Praxis judiciaria, Parte II, Cap. IV, n. 50 e seg.

e) RIDOLFINO, Praxis, l.c., n. 29.

f) RIDOLFINO, l.c., n. 34.

ante litem motam. Nam in hac exhibitionis materia non presumitur existentia de praeterito in futurum » (g). Rimane, per altro, ferma la responsabilità del convenuto ove abbia cessato di possedere il documento con dolo allo scopo di sottrarsi all'actio ad exhibendum (h); 3) in terzo luogo non è ammissibile l'azione se il documento o la copia di esso possa averci in qualche altro modo « aliunde perquiri et habere possit » (i).

I suindicati estremi sono voluti anche dal diritto sammarinese? La Rubrica LIV del Libro II, al parag. 398, dispone: « Si quis... penes se aliquod testamentum vel instrumentum vel aliam scripturam haberet, quae ad alteram partem pertineret, Capitanei, qui pro tempore fuerint, teneantur et debeant habentem testamentum, vel instrumentum, aut scripturam communem, ad partis petitionem, ad quam pertinet, reperta veritate, personaliter in domo Communis suis propriis impensis detinere... ». Dalla disposizione riferita discende che il diritto Sammarinese ammette l'actio ad exhibendum solo nel caso che il documento sia proprio di chi lo chiede in esibizione od almeno ad esso comune e non già nel caso in cui esista unicamente l'interesse a farlo produrre: inoltre l'azione può ammettersi di fronte alla parte avversaria nella lite (« ad alteram partem ») e non già di fronte ai terzi. Rimangono invece fermi gli estremi richiesti dal diritto comune indicati sopra al n. 2 (confermato con le parole « reperta veritate ») ed al n. 3, elencati anche dal Regolamento Pontificio, basato sul diritto comune, ai parag. 891, 895, 898 (l). E' opportuno ricordare che per l'interpretazione della espressione « comunione », contenuta nello Statuto, occorre una certa larghezza, in base ai noti principii che gli Statuti « a jure communi interpretationem sumunt », che essi costituiscono eccezioni da interpretarsi sempre restrittivamente e devono completarsi col diritto comune il quale, come legge fondamentale, deve essere leso il meno possibile.

L'actio ad exhibendum può esercitarsi contro il Fisco che il diritto comune pone, insieme alla Chiesa, in posizione privilegiata?

Lo negano molti autori basandosi sul passo di Paolo che afferma: « Neque instrumenta, neque acta a quoquam adversus Fiscum edi oportet. Ipse autem Fiscus actorum suorum exempla hac conditione edit, ut (ne) is, cui describendi fit potestas adversus se, vel Rempublicam, his actis utatur: de quo cavere compellitur, ut si usus is contra Interdictum fuerit, causa cadat » (m). Cuiacio e Strichio (n) sostengono essere regola assoluta che il Fisco non è obbligato alla esibizione se non a patto che l'avversario non si valga contro esso Fisco degli atti pubblici. Il Paciano

g) RIDOLFINO, l.c., n. 30 e 31.

h) RICHERI, Univ. Jurisp., Lib. IV, Tit. XV, parag. 437 - RIDOLFINO, l.c. n. 68.

i) RIDOLFINO, l.c., n. 51.

l) Regolamento Legislativo e Giudiziario per gli Affari Civili, emanato da S.S. Gregorio Papa XVI con Moto Proprio del 10 novembre 1834 (Roma, 1834, Tipografia Camerale); parag. 891: « Ha luogo la domanda per la esibizione degli atti o documenti: 1°) se i medesimi sono di proprietà del richiedente; 2°) se sono comuni al richiedente ed alla parte contro la quale si propone l'istanza; 3°) se il richiedente quantunque non abbia diritto di proprietà o di comunione, dimostri il suo interesse perché vengano esibiti » - parag. 895: « In ogni caso dovrà provare il richiedente l'esistenza del documento presso quegli ch'è richiesto di farne l'esibizione » - parag. 898: « Con la stessa sentenza il reo convenuto nella dimanda di esibizione sarà condannato ai danni ed interessi, i quali potranno essere valutati anche col mezzo del giuramento ad litem, se nel tempo prefisso non avrà esibito l'atto o il documento ».

m) Dig., Lib. XLIX, tit. XIV, legge 45, parag. 5 e 6.

n) Diss. XXIII, cap. V, n. 95.

(o), invece, distingue e dichiara che il Fisco deve sempre, e senza cauzioni e riserve, esibire gli atti pubblici, non così i privati per i quali solo sarebbe scritto il frammento sopra riportato. Questa ultima teoria, che equamente contempla i diritti del Fisco e quelli dei cittadini è sostanzialmente da accogliersi e da seguire anche oggi con questa distinzione: quando si tratta di documenti di governo, cioè di documenti di politica, di polizia ed anche di amministrazione non ancora divenuti pubblici o non destinati a divenire pubblici, allora non è dato né il diritto alla copia, né il diritto alla esibizione; quando invece si tratta di documenti riferentisi ad atti di gestione e cioè di atti che il governo ha compiuto quale un privato qualsiasi, allora esiste il diritto alla esibizione in favore della parte che ha la proprietà o la comproprietà del documento (p).

Per quanto si riferisce all'efficacia probatoria « pro scribente » dei libri e registri tenuti dai commercianti e dagli artigiani (per i quali non è stabilita l'obbligatorietà della tenuta, come è, invece, disposta dall'art. 21 della Legge 21 dicembre 1942 n. 45 per le Società regolarmente riconosciute) provvede lo Statuto, in senso più rigoroso di quanto stabilisce il diritto comune, alla Rub. LXXI del Libro II. Questa dichiara che a detti libri possa prestarsi fede quando: 1°) rinchiodano determinate formalità (numerazione, vidimazione, bollo della Reggenza o del Consiglio dei XII, ai quali Organi l'art. 17 n. 6 della Legge 26 marzo 1857 ha sostituito l'Ufficio del Bollo e Registro); 2°) siano tenuti « pure ac legaliter absque ulla fraude et absque ullis additionibus seu rescissionibus »; 3°) si tratti di credito che, ove superi le dieci lire (e tale somma potrebbe essere aumentata in proporzione della attuale svalutazione), sia confermato o con la sottoscrizione del debitore, in segno di riconoscimento del debito, o con quella di due testi degni di fede che confermino la fatta somministrazione di merci (q).

In generale, nel diritto statutario, è riconosciuta ai libri una forza probante contro e non a favore del commerciante (13); qui poi le scritture mercantili sono trattate con istraordinario rigore, o meglio ancora, diffidenza (14), attribuendosi alle medesime minor fede che a quelle ordinariamente sottoscritte in foglio separato dal debitore.

Comunque, non essendovi alcuna disposizione che imponga di tenere libri di commercio regolari, né alcuna sanzione per la irregolarità della tenuta, si comprende agevolmente come la questione diventi meramente accademica e non metta conto il discettarne più oltre.

In merito all'efficacia probatoria in giudizio dei libri, carte, registri e della contabilità in genere, sia essa tenuta a regola d'arte od in modo familiare, in favore di chi li ha compilati o fatti compilare, occorre distinguere: 1°) le carte ed i registri domestici; 2°) i registri di pubbliche amministrazioni; 3°) i registri di una amministrazione non propria. Secondo il diritto comune i registri domestici, di regola, non provano « pro scribente »: possono, tutto al più, fornire indizi e presunzioni semplici.

o) Cui incumbit onus probandi, lib. I, cap. LXV, n. 135.

p) Sentenze primo grado: 12 giugno 1925 nella causa n. 176, anno 1923 (Giur. Samm., anno 1925, pag. 19); 20 luglio 1949 nella causa n. 128, anno 1941 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 225).

q) Confr. art. 1328, 1329 Cod. Civ. Ital. del 1865 e art. 2709, 2710 Cod. Civ. Italiano vigente.

13) LATTES, Il diritto commerciale nella legislazione statutaria, Milano, 1884, pag. 284.

14) Rub. LXXI, Lib. II, parag. 471 - GENOVA, De scriptura privata, Venetiis, 1639, pag. 247.

I registri di pubblica amministrazione fanno fede: « liber alicuius officialis de publico ad scribendum deputati, quamvis non sit persona publica, plenissimam esse fidem adhibendum, communi scribentium sententia receptum est ». Occorre naturalmente che si tratti di annotazioni fatte nella cerchia del proprio ufficio. I libri di una amministrazione altrui (tutori, curatori, mandatari, amministratori e sequestratari, ecc.) possono provare a favore dello scrivente purché siano regolari, tenuti da persona degna di fede e verosimili ed inoltre non sia facile fornire altra prova diretta e, più generalmente, « libro rationum administratoris circa expensas ab eo factas plene statur, his tamen concurrentibus, quod expensas sint verosimiles, et concurrat difficultas probandi, simulque in artibus qui fieri consueverunt absque testibus, concurrant etiam qualitas causae, legalitas scribendi, bona fama et quod expensa non sit excessiva respectu patrimonii, quod administrant, et de ista verosimilitudine iudici constet; tunc, hisce omnibus intercedentibus, liber rationis administratae probat etiam ad favorem ipsius scribentis ». La stessa massima il Genova (del quale sono i passi sopra riportati), il Mascardo e lo Scaccia applicano ai registri di una amministrazione sociale civile (r).

2. - La prova per testimoni non subisce limitazioni, se non per rispetto alle persone, in quanto vi hanno degli indegni a testimoniare, degli incapaci tra i quali non si comprendono però le donne, e dei testi che non si possono sentire con giuramento e cioè gli impuberi o minori di 14 anni e gli interessati, parenti od affini fino al quarto grado delle parti.

Per il diritto sammarinese, in conformità a quanto disposto dal diritto romano giustiniano e dal diritto comune, non possono essere assolutamente sentiti come testimoni: 1°) i padri (parentes) o genitori contro i figli e viceversa « ex sanguinis conjunctione prohibetur pater ne testimonium dicat pro filio, et vicissim » (s); 2°) la moglie nella causa del marito e viceversa; 3°) il fratello di una delle parti in causa « frater nec pro fratre nec contra fratrem testis admittitur » (t); 4°) i servi a favore o contro i padroni (u).

Il suocero, secondo l'opinione dominante, può deporre nella causa del genero, rientrando nella categoria delle persone « qui excusantur », cioè che non possono essere costrette a deporre contro la loro volontà, ma, se volontariamente depongono, è rimesso al giudice di « considerare tutto ciò che si stimerà opportuno intorno al grado di prova » (v). Non vi ha quindi eccezione per tutti gli altri parenti od affini, oltre il grado suddetto, come per gli altri testi qualsiasi, la credibilità dei quali è rimessa alla coscienza del giudicante, come prescritto dalla legge 3, Dig., De testibus, fatta eccezione per i testi in causa propria o comune poiché nessuno può essere testimonia in causa propria: « nullus idoneus testis in re sua intelligitur » (z).

Possono inoltre testimoniare: il mandatario in genere « super officio sed post

r) Sentenze primo grado: 31 maggio 1928 nella causa n. 149, anno 1927 (Giur. Samm., anno 1928, pag. 9); 8 febbraio 1958 nella causa n. 105, anno 1952 (Giur. Samm., anno 1964, vol. I, pag. 83).

s) RICHERI, Univ. Jurisp., Lib. IV, tit. XX, cap. II, parag. 661 - leg. testis idoneus, 9, Dig., De testibus - leg. parentes, 6, Cod., hoc tit.

t) RICHERI, l. c., parag. 663.

u) Dig., Lib. XXII, tit. V - Cod., Lib. IV, tit. XX.

v) Pratica Legale, Torino, 1762, vol. I, tit. XIV, n. 34.

z) Dig., Lib. XXII, tit. V, leg. 10.

officium » ed il mediatore sopra l'affare di cui si è interessato. E' vero che Giustiniano, nella Novella 90, cap. 8 Quoniam, dichiara che il mediatore « de eo, quod actum est inter contrahentes quibus ministerium praebeuit, testificari non potest, nisi omnes consentiant », ma il diritto comune non ha mantenuto questa proibizione ed ammette che i mediatori possano essere assunti quali testi, pur riservando al giudice di apprezzare la influenza della loro deposizione sul merito della causa: « sane ex uso hodierno invaluit, eum, etiam altero invito, deponere posse de iis quae nomine officii ut proxeneta gessit » (x).

Le massime esposte sono sancite dalla costante giurisprudenza sammarinese ed in particolare, tra le molte altre, da una dotta sentenza di secondo grado del Giudice Giuliani del 9 settembre 1868, in causa Filippi contro Gaffarelli, nella quale sono individuate con precisione quali persone, secondo il diritto di San Marino, possono o no essere sentite come testi (y).

Obiettivamente, la prova testimoniale cessa di essere ammissibile quando si voglia mettere in essere la dimostrazione di un contratto per cui occorre l'atto scritto a pena di nullità. Quali siano questi contratti è determinato dal diritto comune, a cui ci riportiamo. Questi contratti sono pochissimi perché le obbligazioni in cui era necessaria, per antico diritto, la scrittura non sono passate nel diritto posteriore; il contratto ha vigore e si perfeziona col solo consenso, nella maggior parte dei casi (k).

Tra le obbligazioni che debbono provarsi per iscritto, perché senza scritto non esistono, tiene primo luogo la cambiale. Vi hanno poi le donazioni che se non insinuate valgono fino alla concorrenza di 500 oncie (scudi) (15).

Le altre limitazioni scritte nei codici ed in parte di origine romana, quella ad esempio della inammissibilità della prova per testimoni contro la scrittura (16), non si riscontrano.

x) VOËT, Ad Pand., XXII, tit. V, n. 8 - RICHERI, Univ. Jurisp., lib. IV, tit. XX, n. 671.

y) Sentenze primo grado: 2 marzo 1911 nella causa n. 7, anno 1910 (Giur. Samm., anni 1911 - 1920, vol. II, pag. 43); 11 gennaio 1926 nella causa n. 159, anno 1925 (Giur. Samm., anno 1926, pag. 11); 12 maggio 1928 nella causa n. 31, anno 1928 (Giur. Samm., anno 1928, pag. 9); 30 maggio 1928 nella causa n. 28, anno 1928 (Giur. Samm., anno 1928, pag. 9); 26 ottobre 1943 nella causa n. 12, anno 1943 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 157); 27 novembre 1954 nella causa n. 130, anno 1953 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 341).

k) Nella legislazione sammarinese non v'ha alcuna disposizione di legge che imponga per i contratti in genere l'atto scritto e, tanto meno, che esso scritto debba essere fatto alla presenza di pubblico notaio e di testimoni. La regola è, per contro, che « fiunt scripturae ut, quod actum est, per eas facilius probari possit: et sine his autem valet quod actum est, si habet probationem » (Leg. 4, Dig., de fide instrum.). L'art. 5 della Legge Ipotecaria 16 marzo 1854 stabilisce di quali formalità debbono essere corredate le scritture per potere, in base ad esse, iscrivere ipoteca: ma non modifica nella sostanza la regola innanzi riferita. Infatti l'art. 4 di detta Legge stabilisce in modo esplicito che i Tribunali possono riconoscere qualsiasi obbligazione, anche se sfornita delle formalità indicate dall'art. 5. (Sentenza primo grado 12 giugno 1926 nella causa n. 159, anno 1926. - Giur. Samm., anno 1926, pag. 18).

15) T. C. 8 marzo 1884, Baciocchi c. Zanobi. Quindi la prova testimoniale non varrebbe per entità maggiore. Anche l'ipoteca è nulla se non è iscritta. Bisogna intendere giustamente, cioè limitata agli effetti ipotecari, la definizione di « obbligazione legittimamente contratta », data nella Legge Ipotecaria, art. 2 e seg., donde sarebbero esclusi tutti i contratti non redatti in iscritto. - Ved.: F. VIROLI, « L'insinuazione della donazione in diritto sammarinese » (Giur. Samm., anno 1965, vol. II, pag. 274).

16) « Contra testimonium scriptum, testimonium non scriptum non fertur » - 1, Cod., De testim.

L'uso della prova testimoniale nel periodo statutario è larghissimo; fu allora che si trovò il detto « témoins passent lettres ». Vigevano però qua e colà i canoni per la valutazione legale della prova: era prescritto il numero minimo e massimo dei testimoni, spesso vario secondo la natura della causa (17), la credibilità, il sesso, la posizione sociale loro; per conseguenza il giudice era molte volte ridotto a fare un computo aritmetico.

La massima che « un testimone solo non è testimone - unus testis, nullus testis » si trova ripetuta da quasi tutte le legislazioni anche non antiche ed accettata da eminenti giureconsulti, come il Pothier ed altri della sua forza. Lo Statuto Sammarinese non pone alcuna regola di questo genere. Soltanto due volte parla del numero dei testimoni « de fama » o per udito dire, esigendone almeno due per provare la filiazione, tre per l'impedita immissione in possesso del creditore (18). Da questo, mentre si può dedurre l'ammissibilità in genere della testimonianza per udito dire, sarebbe pericoloso il dedurre che lo Statuto ammette la prova di un teste singolo, troppo circoscritta essendo la materia codificata nel medesimo per discendere ad argomenti in base alla esclusione. Non bisogna però trascurare la circostanza che nel Lib. VI « Dei danni dati » è ammessa la validità della prova di un teste singolo, purché degno di fede (19). La pratica, inoltre, ci autorizza a dire che la prova testimoniale si vede esperita anche quando il teste sia unico, con piena libertà nel giudice di apprezzarne il risultato, come nel caso in cui la prova sia invece offerta da più testimoni (20).

Finalmente, sempre in omaggio alla libertà del convincimento, possono nel corso del giudizio sentirsi più volte gli stessi testimoni su nuovi fatti, od altri testi sui fatti stessi, o sopra fatti nuovi.

Le norme dello Statuto risentono del periodo in cui l'esame dei testi era compiuto dal Giudice e dal Cancelliere, o Notaio (21) o meglio da questo soltanto

17) V. LATTES, Il diritto consuetudinario, pag. 102, e citaz. ivi.

18) Rub. XI, lib. II, parag. 173 e 186.

19) Rub. I, parag. 778; Rub. V, parag. 782; Rub. XV, parag. 792; Rub. XVI, parag. 793; Rub. XVIII, parag. 795.

20) SCACCIA, De iudiciis, l. c. - Per costante giurisprudenza la massima « testis unus testis nullus, testimonium unius testimonium nullius, vox unius vox nullius » non riceve assoluta applicazione nel diritto sammarinese. Essa, erroneamente attribuita al diritto romano classico in quanto i testi (Leg. 12 e 21 parag. 3, Dig., XXII, 5 - leg. 1 parag. 4 e 20, Dig., XLVIII, 18) ai quali solitamente si fa richiamo non la sanciscono affatto come principio generale, venne tuttavia espressamente sancita dall'Imperatore Costantino che, nella legge 9 parag. 1, Cod., IV, 20, ordinò: « sanximus ut unius testimonium nemo iudicum in quacumque causa facile patiaturs admitti. Et nunc manifeste sancimus ut unius omnino testis responsio non audiaturs etiamsi preclarae Curiae honore prefulgat ». Ma la pratica di diritto comune non segue la disposizione di Costantino ed ammette che « testi unico creditur si hic deponat de facto proprio et de negotio, cuius ratione nihil sua intersit, uter ex litigatoribus vincat: item si convenerit inter litigantes ut steturs certae personae depositioni, saltem si agatur de re, qua ab eorum voluntate pendeat » (RICHERI, Univ. Jurisp., lib. IV, tit. XX, n. 726). Negli altri casi, se l'unica deposizione non è di per sé decisiva (ad eccezione di casi particolari, ad esempio ove il teste sia pubblico ufficiale e deponga « de rebus ex officio gestis ») l'unico teste può fornire una prova semipiena « si deponat per sensum visus, non per auditum » (RICHERI, l. c., n. 728), da integrarsi con presunzioni e congetture - Sentenze primo grado: 23 marzo 1926 nella causa n. 146, anno 1924 (Giur. Samm., anno 1926, pag. 17); 5 aprile 1927 nella causa n. 79, anno 1927 (Giur. Samm., anno 1927, pag. 10); 26 ottobre 1943 nella causa n. 12, anno 1943 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 157).

21) V. GIANNINI, La cambiale in giudizio, Torino, 1900, pag. 8.

(come chiaramente appare dagli anteriori antichissimi Statuti sammarinesi) (22) senza intervento delle parti, salvo che all'atto di prestare giuramento, ed all'incirca come si usa anche ora nella escussione dei testimoni di un procedimento istruttorio penale.

Donde l'obbligo fatto al giudice di pubblicare il processo, appunto come si fa quando è compiuta l'istruttoria di un procedimento penale (23).

La procedura si è nell'uso così trasformata: chi vuole indurre testimoni deve anzitutto formulare in capitoli le sue domande. Il giudice li esamina e trovandoli pertinenti e concludenti, ne ordina la notifica alla parte avversaria, perché, in un congruo termine ed in omaggio al rispetto del contraddittorio, dia le sue eccezioni in merito ai capitoli e formuli le domande da rivolgere nel suo interesse ai testi introdotti dall'attore. Questo termine è stabilito dalla consuetudine in cinque giorni correnti. Il giudice, decorso il termine, fissa l'udienza per l'audizione dei testi in un giorno giuridico, modificando col suo decreto o resecando, sempre che ne sia il caso e facendo delle deduzioni avversarie il conto che meritano, i capitoli di prova. Può anche respingere la prova testimoniale domandata ed offerta. Questo rigetto di mezzi istruttori il giudice non ha obbligo di motivare. Benché di solito lo faccia, ne lo esonera lo Statuto, in quanto ammette un rigetto implicito nel decreto di procedere oltre nella causa o nello sfogo di un altro incombenza (24).

I testimoni possono: o presentarsi spontaneamente per opera della parte interessata, o ad istanza di questa farsi citare dal tribunale a mezzo del cursore, o di rogatoria se all'estero.

I testi citati e dimoranti in Repubblica, se ricusano di comparire, oltre ad essere accompagnati per forza in tribunale, vanno incontro alle sanzioni penali comminate nel codice penale (25). I testi debbono anzitutto prestare il giuramento, toccando il Vangelo (26), presenti le parti ed i loro procuratori se lo vogliono. Sono quindi interrogati sui capitoli, annotandosene successivamente la risposta negli atti. Il Cancelliere deve assistere all'esame sotto pena di nullità. Egli farà, anzitutto, menzione del giuramento prestato, e quindi delle loro risposte per esteso. Compiuto l'esame, viene data lettura del verbale al teste che, in segno di approvazione lo firma o lo crocesegna.

Le udienze per la escussione dei testimoni possono essere prorogate, quando ve ne sia d'uopo, oltre alle ore giuridiche consuete.

Non possono obbligarsi a testimoniare personalmente durante la carica gli Ecc.mi Capitani Reggenti. Gli ex-Reggenti, per i fatti dei quali avessero avuto notizia in occasione e nel tempo del loro ufficio, godono dello stesso privilegio. Il giudice, recandosi alla loro abitazione, farà loro noto per iscritto l'oggetto della domanda, ed essi potranno rilasciare per iscritto una dichiarazione giurata (27), a cui si attribuisce equivalenza di una deposizione giudiziale.

22) Reformat. 8^a del 1338-39.

23) Rub. VI, Lib. II, parag. 125.

24) Rub. VI, Lib. II, parag. 121: « Quod iudex tam primae instantiae quam secundae ex officio suo refrenare possit ac reicere capitula, positiones, et interrogatoria impertinentia, quae etiam per processum ad ulteriora reiecta intelliganturs absque alia interlocutoria, neque ab huiusmodi progressu liceat appellare ».

25) Art. 277 Cod. Pen.

26) Rub. XXVIII, Lib. II, parag. 257.

27) Decreto 13 agosto 1860.

Implicitamente viene ad essere esclusa l'ammissibilità di una attestazione giurata davanti a notaio — volgarmente detta «atto di notorietà» — fatta da coloro che potrebbero deporre come testimoni.

Per lo meno tale sistema, che ci riconduce all'audizione segreta del teste, potrebbe ammettersi in quanto il teste dovesse poi udirsi ed esaminarsi in udienza se la parte avversaria ne faccia istanza. Così si pratica nella procedura inglese (w).

I testimoni residenti all'estero possono essere uditi per rogatoria dall'autorità competente.

In questo caso la rogatoria viene trasmessa [d'ufficio] al Tribunale od al Pretore del Regno secondo il caso. La parte interessata deve fare le opportune istanze presso l'autorità richiesta perchè sia dato sfogo all'incombente, valendosi, se occorra, del ministero di un procuratore iscritto avanti al Tribunale.

3. - La parte avversaria conserva sempre facoltà di impugnare, oppugnare ed infirmare il deposto dei testimoni, anche se non ne fece esplicita protesta (28). Anzi, per ciò, come per provare nuovi fatti, decorso il termine probatorio, si apre a favore del convenuto il termine reprobatorio, o più propriamente, di controprova.

La pratica ha svisato il senso della Rubrica XXVIII del Libro II (29) dello Statuto, dove si concede ad ambo le parti un termine per opporre e contraddire quanto dall'esame dei testi hinc inde prodotti, ma fuori della presenza delle parti, fosse risultato. Questo sistema presuppone la istruttoria segreta. Il giudice interrogava i testimoni indicati, pubblicava il processo ed i risultati dell'esame testimoniale e dava a ciascuna delle parti un termine comune per combatterli.

Invece, distinguendo i due periodi, non per l'obbietto, ma per la diversa posizione di attore e di convenuto dei contendenti, si arriva ad una inesplicabile disuguaglianza, poichè l'attore, il quale, iniziando la causa, deve essere pronto a fornire le prove, può avere a suo vantaggio fino a quindici giorni giuridici, mentre al convenuto ne sono concessi soltanto quattro. Nondimeno, poichè così è nella pratica e così sarà fino a che non intervenga una riforma a ristabilire la uguaglianza, diciamo che questo secondo periodo decorre dalla data di emanazione del decreto che lo apre, previa istanza della parte. Dalla menzione esplicita che lo Statuto fa in questo punto della necessità che le parti richiedano l'apertura del termine reprobatorio («partibus petentibus») si trae la conferma che la istanza non sia invece necessaria, come dicemmo, quanto all'apertura dei termini probatori. Dentro cinque giorni correnti, il convenuto propone le sue eccezioni, le prove novelle, i suoi capitoli d'interrogatorio per i testi che vuol presentare (30).

w) «Le attestazioni giurate non possono fare prova sui punti essenziali della causa in quanto le Leges Statutae prescrivono che la testimonianza valida è solo quella resa avanti i Giudici ed in contraddittorio delle parti in causa» (Sentenza primo grado 12 maggio 1952 nella causa n. 94, anno 1950 - Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 274).

28) Rub. XXVIII, Lib. II, par. 261.

29) Rub. cit., par. 260.

30) Rub. VI, Lib. II, par. 125: «Quod elapso termino probatorio, processus intelligi debeat publicatus absque alia iudicis declaratione, et copia processus partibus petentibus decernatur cum termino quinque dierum currentium a die habitae copiae, ad concordandum et opponendum, et quatuor dierum utilium ad opposita probandum». - Il termine reprobatorio è dunque composto di cinque giorni correnti, nei quali devono dedursi e specificarsi le nuove prove che il convenuto vuole opporre a quelle fornite dall'attore nei termini probatori, e di quattro giorni utili nei quali devono assumersi ed esaurirsi le prove dedotte nei cinque giorni correnti. E' logico quindi che il convenuto che nulla deduca nel termine di

La sua istanza è alla sua volta comunicata all'attore, il quale ha i soliti cinque giorni correnti per fare le sue obiezioni, e proporre — come già il convenuto per i testi di prova diretta — gli articoli addizionali del capitolato.

Il giudice, con un altro decreto, ammette, modificando o no, i capitoli e fissa l'udienza per lo sfogo della controprova.

I termini della medesima sono di quattro giorni utili. E' superfluo il notare che la controprova abbraccia anche il caso di presentazione di documenti, facendo essa parte essenziale dell'istruttoria, di cui segna la chiusura. Se poi, per trascuranza od impedimento del giudice, i testimoni non fossero stati assunti nei termini legali, il decorso dei medesimi resta ipso jure sospeso, acciocchè il buon diritto delle parti non sia pregiudicato dal fatto del magistrato.

Anche questa regola, che nello Statuto è sancita per il caso della prova testimoniale (31), non può a meno di essere valevole rispetto a qualsiasi altro incombenza istruttorio.

Altri principi fondamentali ho creduto inutile ricordare, dappoichè questo, come osservammo, non deve essere un corso completo, ma solo complementare di diritto giudiziario civile.

Accenniamo da ultimo ad un abuso che sembra fosse invalso: quello di presentare documenti di Prefetti d'archivio o di Cancelliere per attestare che «sempre si era usato il contenersi in un determinato modo». Tali certificati in sé non hanno alcun valore: potrebbero averne in quanto mirano a stabilire una consuetudine costante e legittima; ma in ogni caso sono insufficienti a stabilirne la prova. Il loro contenuto non ha valore di documento perchè contiene un apprezzamento, non di testimonianza, perchè non ne riveste le forme. Provvide la giurisprudenza a distruggere questa usanza illegittima (32).

4. - La sorte degli atti di procedura, quando una delle parti muore o cambia il suo stato o cessa dall'ufficio per cui doveva stare in giudizio, dipende dallo stadio in cui si trova il giudizio nel momento in cui detti fatti si avverano; occorre cioè distinguere: 1°) se sia già stata fatta la citazione ma non ancora costituito il giudizio mediante la contestazione della lite; 2°) se il contraddittorio sia già stato

cinque giorni correnti irrimediabilmente decada dal diritto di presentare nuove prove e ben può, in tal caso, l'attore chiedere ed ottenere l'apertura del termine ad allegare, appena trascorso tale primo periodo del termine reprobatorio, in quanto è inutile concedere ed attendere lo spirare del successivo periodo di quattro giorni utili per provare ciò che non è stato chiesto e che non può più chiedersi di provare. Lo Statuto di Gubbio, simile a quello di San Marino, alla Rub. III del Lib. II dispone: «in dicto termino quinque dierum poterunt contra testes et eorum dicta exceptiones proponere et in termino quatuor dierum utilium proposita probare».

Il termine reprobatorio è riservato esclusivamente alla parte convenuta (sia che abbia o meno usufruito dei termini di prova) che è libera di rinunciarvi esplicitamente. Pertanto l'attore non può in tale termine dedurre prove se non per contraddire quelle eventualmente dedotte in esso termine reprobatorio dal convenuto ed è evidente che non è ammessa deduzione di prove da parte dell'attore quando la parte convenuta non deduce prova alcuna. Infatti in tanto si può parlare di controprova o riprova in quanto sia già stata data o venga attualmente offerta una prova da contraddire o da opporre («ad opponendum» secondo la prescrizione della riferita rubrica statutaria). - Sentenze primo grado: 14 marzo 1935 nella causa n. 91, anno 1934 (Giur. Samm., anni 1935-1936, pag. 34); 23 agosto 1948 nella causa n. 144, anno 1946 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 212); 6 novembre 1959 nella causa n. 141, anno 1953 (Giur. Samm., anno 1964, vol. II, pag. 202).

31) Rub. XXIX, Lib. II, par. 264.

32) Ap. 16 maggio 1894, Giacomini c. Giannotti - C. XII 24 marzo 1870, Filippi c. Casini.

costituito ma la causa non sia ancora in istato di essere giudicata; 3°) se la causa sia stata già dichiarata in pro-servato e cioè si trovi già a disposizione del giudicante per la sentenza.

Nel primo caso, non essendo ancora radicato in modo definitivo il giudizio, è necessario rinnovare la citazione e riprendere ex novo la causa, anche se il defunto o chi ha cambiato stato ha già nominato il proprio procuratore (Richeri, Univ. Jurisp., lib. IV, Tit. II, parag. 80).

Nel secondo caso, in cui necessariamente si è già provveduto alla regolare e definitiva nomina del procuratore, secondo il diritto romano non occorre alcun atto e la lite continuava senza interruzioni poiché il procuratore era considerato « dominus litis ». Invece, secondo il diritto comune qui vigente, poiché il procuratore è considerato « minister » ma non « dominus litis » occorre, affinché vi sia valido contraddittorio, che siano citati dall'avversario gli eredi del defunto, od i legittimi rappresentanti del mandante che ha cambiato stato o cessato dall'ufficio, o che questi si costituiscano volontariamente « ut coeptam litem continuent » (Voët, Ad Pand., Lib. V, tit. I, parag. 32) e cioè « ad causam prosequendam seu reassumendam » (Richeri, l. c., parag. 80). Per altro è da osservare che: 1°) gli atti compiuti in causa dal procuratore dopo la morte, il cambiamento di stato o la cessazione dall'ufficio di uno dei mandanti ma prima che un tale avvenimento sia stato notificato devono sortire il loro effetto (Richeri, l. c. parag. 51 - De Luca, Dottor Volgare, Lib. XV, Cap. VII, parag. 8); 2°) se alcuno dei fatti concernenti la persona di uno dei mandanti è stato notificato, il giudizio si interrompe e deve essere ripreso, come si è detto, da una delle parti con citazione in riassunzione di istanza; 3°) se alcuno dei fatti sopra indicati non è stato notificato, il giudizio legittimamente prosegue e riceve il suo regolare compimento, senza alcuna interruzione, in contraddittorio dei procuratori tra i quali si è contestato. Ad ogni modo la nullità, derivante dalla mancanza di regolare contraddittorio, non è assoluta e cioè proponibile da qualunque litigante, ma relativa e cioè proponibile soltanto da coloro che non hanno avuto modo di assistere al giudizio e di prestarvi il loro contraddittorio.

Nel terzo caso, poichè « jam conclusa fuit causa, sic ut solum supersit officium judicis sententiae pronuntiatione interponendum » (Voët, l. c., parag. 33) non v'è bisogno di alcun atto poichè, essendo compiuta l'istruzione, cessa la ragione dell'interruzione la quale, ove venisse ammessa, non farebbe che ritardare inutilmente la pronunzia della sentenza. Solamente, trattandosi di causa ordinaria, devono essere citati gli eredi od i legittimi rappresentanti del mandante per pre-senziare alla pubblicazione della sentenza: « haerede ad sententiam audiendam citato » (A).

5. - La domanda riconvenzionale deve, di regola, essere avanzata prima della contestazione della lite. Tuttavia il diritto romano comune ha stabilito il principio che la riconvenzionale può essere avanzata in qualsivoglia stadio della causa (purché rimanga salva la possibilità del contraddittorio): « Tempus quod attinet, etsi

A) Sentenze primo grado: 22 gennaio 1935 nella causa n. 74, anno 1933 (Giur. Samm., anni 1935 - 1936, pag. 27); 3 gennaio 1938 nella causa n. 154, anno 1935 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 66); 21 agosto 1939 nella causa n. 295, anno 1933 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 105).

consultius reo sit, statim in ipso litis ingressu reconventionem facere, ad id ut pari passu lis utraque procedat, tamen et postea in quavis judicii parte eadem fieri nihil vetat » (Voët, l. c., parag. 80).

Non ha importanza che la riconvenzionale venga o meno proposta con regolare citazione, sebbene ciò sia consigliabile. La Rub. VI del Libro II dispone, per la convenzione e quindi, a maggior ragione, per la riconvenzione: « libellus fieri non debeat solemniter... neque dici possit ineptus ubi facti substantialia contineat, etiam in modum supplicationis ».

Il diritto comune stabilisce, in via di principio, che la domanda principale e quella riconvenzionale « simul decidendae sint » con un'unica sentenza. Ma, in via particolare, dispone che « non potendo una domanda fare indugiare la spedizione dell'altra quando la causa di convenzione fosse liquida ed illiquida quella di riconvenzione deve spedire la prima e ritardarsi la seconda »; specialmente ove questa ultima fosse stata presentata in ritardo il giudice può ordinare la sua prosecuzione separatamente: « tamen ob quasdam circumstantias accidere potest, ut judicis officio conventionis causa separetur a causa reconventionis, et alterutra sola sine altera terminetur: puta si judici prius evidenter liqueat de una causa, cum altera illiquida prorsus esset, multisque ambagibus ac ambiguitatibus innodata: ut et si reconveniens nihil deinceps urgeat, aut si demum post litem contestatam reconventio facta sit » (Voët, l. c. parag. 88).

Inoltre il principio che domanda principale e riconvenzionale debbano essere decise assieme con unica sentenza è valido per ciò che si riferisce alla « eccezione riconvenzionale », alla riconvenzionale cioè che si presenta logicamente connessa alla domanda dell'attore e che dipende da un titolo inerente alla causa principale, ma non sempre conserva tale sua validità per ciò che si riferisce alla « domanda di compensazione in via di riconvenzione », alla riconvenzionale cioè che costituisce una azione nuova dipendente da titolo essenzialmente diverso da quello appartenente alla causa principale, all'azione che, normalmente, dovrebbe essere iniziata con causa separata ma che viene invece proposta in occasione di un'altra per potere ottenere, con una eventuale liquidazione, la compensazione. In questo secondo caso bisogna distinguere: se il titolo che si oppone in compensazione è di facile e pronta indagine, allora, in omaggio all'equità ed al principio dell'economia dei giudizi, la causa principale e la riconvenzionale debbono tenersi unite e decidersi assieme: se invece il titolo reclamato per la compensazione è di lunga e difficile indagine, allora la causa principale va separata da quella riconvenzionale (B).

B) Sentenze primo grado: 14 luglio 1913 nella causa n. 19, anno 1912 (Giur. Samm., anni 1911 - 1920, vol. II, pag. 48); 30 agosto 1926 nella causa n. 116, anno 1925 (Giur. Samm., anno 1926, pag. 28); 27 maggio 1936 nella causa n. 14, anno 1936 (Giur. Samm., anni 1935 - 1936, pag. 114); 18 agosto 1937 nella causa n. 207, anno 1936 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 61); 31 agosto 1938 nella causa n. 58, anno 1937 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 97); 9 febbraio 1957 nella causa n. 170, anno 1954 (Giur. Samm., anno 1964, vol. I, pag. 35); 10 gennaio 1962 nella causa n. 341, anno 1957 (Giur. Samm., anno 1965, vol. I, pag. 60).

LEZIONE SETTIMA

Sommario: 1. Del giuramento. - 2. Della perizia e dell'accesso. - 3. Delle allegazioni in diritto e della irrotulazione. - 4. Della pubblicazione della sentenza e delle spese. - 5. *Degli onorari dei procuratori.*

1. - Nelle procedure dell'Evo di mezzo si fece abuso del giuramento e le specie di esso furono infinite (1); noi però ci limitiamo a poche parole sulle forme più usate.

Il giuramento, come mezzo pronto ed efficace per risolvere la lite, fu considerato con favore speciale in ogni tempo, e deve perciò ammettere in qualunque momento e stato della causa, nonostante la esistenza di altre prove, sulle quali tutte il giuramento la vince (2).

Il giudice ne accetta integralmente o ne modifica la formula, destinando l'udienza per la sua prestazione, o richiedendo per rogatoria il Tribunale del territorio dove risiede chi deve prestarlo. La formula però deve essere sempre proposta dalla parte istante, la quale non potrebbe offrirsi al giudice per prestare il giuramento decisorio, nè tampoco invitarlo a deferire d'ufficio il giuramento all'avversario (3). Il giuramento deve essere proposto in una formula acciocchè si sappia quale ne è l'oggetto preciso, ed eziandio perché la parte avversaria possa riferirlo al proponente, il quale, non prestandolo, soccombe essendo, secondo la espressione romana, « turpitudine » il recusarlo (4).

1) SALVIOLI, Storia del diritto Italiano, Torino, 1890, pag. 546.

2) Ap. 12 dicembre 1888, Ratini c. Scarponi - Rub. XXXI, Lib. II, parag. 270. - *L'opinione prevalente nel diritto comune, seguita dalla giurisprudenza sammarinese, ammette il giuramento decisorio in via subordinata* (DONELLO, in Dig., tit. de jurejur., cap. 12, n. 6 e 7) o dopo che sono state esperite invano altre prove (RICHERI, Univ. Jurisp., Lib. IV, tit. XXI, parag. 792), tenendo conto però della osservazione del RICHERI (l. c., parag. 796) che « si testationes jam publicatae sint, difficilius permittenda est juris jurandi decisorii delatio ». Inoltre, sebbene possa dedursi in qualsiasi stadio della causa, è necessario che il giuramento venga deferito in modo da lasciare all'altra parte la possibilità del contraddittorio e cioè prima della chiusura della istruzione. Prestato il giuramento decisorio è preclusa ogni ulteriore questione in merito alle circostanze contenute nel giuramento e, quando venga prestato in grado di appello, tronca la controversia e fa passare in giudicato la sentenza di primo grado. Quando vi siano più obbligati in solido ed il giuramento sia deferito ad uno solo di essi, la prestazione giova a tutti i debitori, mentre il rifiuto non nuoce ai condebitori - Sentenze secondo grado: 3 agosto 1914, nella causa n. 24, anno 1912 (Giur. Samm., anni 1911 - 1920, vol. I, pag. 21); 2 luglio 1924 nella causa n. 165, anno 1922 (Giur. Samm., anno 1924, pag. 9) - Sentenze primo grado: 30 marzo 1923 nella causa n. 143, anno 1922 (Giur. Samm., anno 1923, pag. 20); 4 novembre 1943 nella causa n. 59, anno 1940 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 158).

3) Ap. 23 febbraio 1860, Tanini c. Tosi.

4) « Manifestae turpitudinis esse nolle nec jurare nec jusjurandum referre » - V. cit. sent. 12 dicembre 1888. - Il giuramento deve essere deferito sopra un fatto specifico proprio di colui

Il giuramento che potrebbe deferirsi d'ufficio è invece il suppletorio, del quale tace lo Statuto, ma che per consuetudine deve ammettersi quando esista qualche prova non esauriente, quando cioè, per usare le parole di Gaio, la causa sia dubbia.

Non sussiste alcun dubbio sulla possibilità, in via di massima, di deferire detto giuramento, dal diritto comune chiamato « necessario ». Il principio si trova scritto nella legge 31, Dig., Lib. XII, tit. II e nella legge 3, Cod., Lib. IV, Tit. I. La prima è così concepita: « solent enim saepe iudices in dubiis causis, exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit »; la seconda dispone: « in bonae fidei contractibus, nec non in caeteris causis, inopia probationum, per iudicem jurejurando causa cognita res decidi oportet ».

Il giuramento necessario si divide in suppletivo o suppletorio ed in purgativo o purgatorio: « ab interpretibus purgatorium appellari solet, si reo deferatur, ut se purget a suspicionibus contra se natis: suppletorium vero, si vel actori deferatur ad supplendas non satis sufficientes intentionis suae probationes, vel reo ad firmandam suae exceptionis probationem, per se non modis omnibus plenam ac efficacem » (a). L'applicazione delle due leggi sopra riportate ha dato luogo, nel diritto comune, a molte controversie.

Si discute, in primo luogo, quali siano le « cause dubbie » alle quali accenna la prima legge e quando si abbia la « mancanza di prove » (inopia probationum) di cui parla la seconda legge. Alcuni autori (Donello, Duareno, Fabro, Eineccio) dicono dubbie quelle cause nelle quali ognuna delle parti ha pienamente provate le rispettive asserzioni, per modo che il giudice, non sapendo come uscire di incertezza, deferisce il giuramento ad una di esse, per giudicare poscia in suo favore.

Altri invece (Strichio, Vinnio, Oinotomo, Voët, Richeri) intendono dubbie quelle cause nelle quali vi è insufficienza di prove o prova semipiena o, come dice il Vinnio, « in quibus iudex dubius est, ob minus plenas probationes allatas » (b). Nè manca infine chi, come lo Ab. Ecclesia, sostiene che il giuramento necessario può aver luogo anche nella totale mancanza di prove. Ma, qualunque cosa possa dirsi della questione dal punto di vista teorico, certo è che la pratica costante dei Tribunali accetta la seconda delle esposte teorie, consacrata dall'autorità della Glossa di Accursio e dei canonisti, e deferisce il giuramento quando la prova di una, o ambedue le parti, è incompleta.

Si discute, in secondo luogo, se possa deferirsi il giuramento necessario in base ad indizii leggerissimi od a presunzioni. L'opinione prevalente risponde in modo affermativo semprechè il giudice ritenga che, in forza di quegli indizii o presunzioni, la domanda o l'eccezione non sia totalmente mancante di prova (c).

al quale si deferisce e non su ciò che ritiene o crede la parte avversa o sopra dichiarazioni fatte da terze persone. Pertanto la formula del giuramento da dedursi alla parte avversa che nega un fatto deve essere concepita non in termini affermativi, ma in termini negativi. Quando il giuramento è stato prestato, alla parte contro la quale fu giurato non resta, per non soccombere, che l'impugnativa di falsità del giuramento nei modi, nei termini e sotto le pene di cui alla Rub. XXXI, parag. 271, del Lib. II delle Leges Statutae. - Sentenza di secondo grado 8 aprile 1926 nella causa n. 143, anno 1922 (Giur. Samm., anno 1926, pag. 3) - Sentenze primo grado: 29 luglio 1933 nella causa n. 123, anno 1928 (Giur. Samm., anni 1933 - 1934, pag. 47); 5 gennaio 1939 nella causa n. 16, anno 1934 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 99).

a) VOËT, Ad Pand., Lib. XII, Tit. II, n. 27.

b) Quaest. Select., Lib. I, cap. 44.

c) MENOCHIO, De praes., I, pag. 90 - MASCARDO, De prob., vol. II, conclus. 954.

Si discute, in terzo luogo, se il giuramento necessario sia da deferire al convenuto piuttosto che all'attore. I fautori della preferenza per il giuramento purgatorio (al convenuto) argomentano dal favore che il diritto romano accorda al convenuto e dall'onere della prova imposto all'attore. I fautori della preferenza per il giuramento suppletorio (all'attore) osservano che solo l'attore può avere fornito quella prova semipiena che è requisito per la delazione del giuramento di ufficio. I canonisti, infine, lasciano la libera scelta al giudice pur preferendo, in casi dubbii, il convenuto: « sane si actor omnino in probatione defecerit (et si nihil praestiterit) nihil obtinebit. Presumptione vero faciente pro illo, reo deferri potest, ad obstandendam suam innocentiam, nisi iudex — inspectis personarum et causae circumstantiis — illud actori videat deferendum » (d). La pratica dei Tribunali segue i canonisti, ammettendo la libera scelta del giudice: « utri potius actori, an reo iusjurandum suppletorium deferendum sit... id omne positum esse in facto, atque arbitrio iudicis ». Tuttavia, come guida al giudicante, si pongono le seguenti regole: 1°) se l'attore nulla prova « tunc iudex reum omnino absolvere debet » (tanto se il reo convenuto nulla ha provato quanto se ha dato prova piena o semipiena della sua asserzione); 2°) se l'attore fornisce una prova semipiena ed il convenuto nulla prova, allora è da preferire il convenuto « sin utrinque par sit probatio, deferat reo ad obstandendam suam innocentiam, nam in pari causa favorabilior est reus, utpote minus suspectus de periurio, ut qui ab actore provocatus ac necessario defendat » (e). Il giudice, tuttavia, può discostarsi dalle esposte regole e, in modo particolare, scartare quella parte che nelle sue difese si fosse mostrata poco sincera. Il Richeri così sintetizza, in definitiva, i concetti esposti: il giuramento suppletorio « non defertur actori seu actor non admittitur ad hoc iusjurandum nisi semiplene probaverit, puta per unum testem, qui tamen sit omni exceptione maior et deponat per sensum visus: adeoque cuius testimonium nulla contraria praesumptione infirmetur »; il giuramento purgatorio « quod et purgativum vel purgationis iure iurandum appellatur, illud est quod iudex praestari mandat ab eo, qui aliquibus indiciis gravatur, ut ab illis se liberet ». Il medesimo autore, inoltre, risolve affermativamente un caso particolarissimo: quello cioè se fatti illegali possano formare oggetto di giuramento suppletorio « in illis causis, quibus non criminaliter, nec ad poenam infligendam sed saltem civiliter ad recuperationem rei agitur, delatione iurisjurandi locum habere dubium non est » (f).

Si discute, in quarto luogo, se il giudice sia obbligato a deferire il giuramento necessario, oppure se rimanga nella sua facoltà di ricorrere a tal mezzo di prova. Questa ultima soluzione (vigente in tutte le moderne legislazioni) è quella da accogliere.

Si discute, infine, se il giudice debba deferire il giuramento in questione solo a richiesta delle parti oppure senza necessità di istanze di parte. E' da ritenersi prevalente e preferibile l'opinione che tanto per l'una quanto per l'altra specie di giuramento necessario non si richieda alcuna istanza di parte (g).

d) Decret. Gregor., lib. II, tit. XXV, cap. 34, parag. 1.

e) PEREZIO, Praelect. in Cod., Lib. IV, tit. I, n. 24.

f) RICHERI, Univ. Jurisp., Lib. IV, Tit. XXI, cap. II, parag. 787, 761, 783.

g) Sentenza secondo grado 8 aprile 1924, nella causa n. 79, anno 1922 (Giur. Samm., anno 1924, pag. 7) - Sentenze primo grado: 12 giugno 1925 nella causa n. 34, anno 1924 (Giur. Samm., anno 1925, pag. 18); 18 giugno 1928 nella causa n. 8, anno 1928 (Giur. Samm., anno 1928, pag. 13); 8 agosto 1929 nella causa n. 28, anno 1928 (Giur. Samm., anno 1929,

Secondo il diritto comune, il giuramento che ha per iscopo di far determinare dallo stesso attore il valore della cosa dovutagli dal convenuto prende il nome di giuramento estimatorio. Tale *jusjurandum in litem* può deferirsi dal giudice, e non dalle parti, quando concorrano i seguenti estremi: 1) che vi sia o dolo o colpa o contumacia del convenuto « *quia insignum videtur arbitrio actoris aestimationem rei permittere cum reus doli expers est* »; 2) che sia accertata la sussistenza del credito vantato dall'attore; 3) che non sia possibile provare altrimenti la quantità od il valore della cosa dovuta. Il giudice, nel deferire il giuramento, deve fare la cosiddetta tassazione, fissare cioè un limite massimo di credibilità oltre il quale non si abbia a prestar fede alla dichiarazione giurata dell'attore. Inoltre, anche dopo prestato il giuramento, rimane al giudice una certa libertà ed alla parte avversa la facoltà di portare nuove prove: « *Taxandam esse a iudice certam quantitatem, ad quam usque juretur, ne illimitata jurandi facultas iniquitatis arbitrium praestet: servando tamen modo qui ex litis instrumentis aliisque probationibus verosimilior videbitur: maxime quia non facile quaeri solet de perjurio eius qui ex necessitate iuris in litem juraverit. Hanc quidem aestimationem, seu taxationem, prudenti iudicis arbitrio romani Jureconsulti relinquendam putabant; usu tamen fori plerumque fieri solet a iudice. Iudicem qui detulit jusjurandum, etiam taxatione adiecta, posse ex novis argumentis ferre sententiam contra id quod juratum est* » (b).

Il giuramento deve prestarsi personalmente, toccando le Scritture. Così è detto anche in un testo recente (5), in modo da corroborare l'assunto di non pochi autori, secondo i quali non è lecito prestare il giuramento a mezzo di mandatario (6).

Tuttavia, in questa, che va fra le questioni più discusse nel campo del diritto comune (7), fu dalla giurisprudenza sammarinese seguito l'avviso più largo del Richeri (8): doversi ammettere a giurare il procuratore provvisto di mandato apposito, o di mandato generalissimo, facente esplicita menzione della facoltà di prestare, deferire o referire il giuramento (9).

Se il giuramento è impugnato come falso il giudice, « *inspecta facti qualitate* », assegna un termine per fare la prova contraria. Se questa riesce essa ha forza decisiva nella causa civile, la cui definizione di necessità si sospende. La prova dello spergiuro e quella della causa civile si identificano. Se la prova invece fallisce, il giuramento conserva efficacia di mezzo pienamente probante e chi lo attaccò sottostà, secondo lo Statuto (10), alle pene dello spergiuro.

pag. 5); 26 ottobre 1943 nella causa n. 12, anno 1943 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 157); 4 novembre 1943 nella causa n. 59, anno 1940 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 158).

b) Leg. 3, Dig., de in litem jurando, XII, II - RICHERI, Univ. Jurisp., Lib. I, tit. XXV, par. 2715, 2716, 2717, 2718, 2721 - Sentenze primo grado: 30 agosto 1927 nella causa n. 92, anno 1926 (Giur. Samm., anno 1927, pag. 16); 3 aprile 1933 nella causa n. 137, anno 1931 (Giur. Samm., anni 1933 - 1934, pag. 38); 16 febbraio 1935 nella causa n. 47, anno 1934 (Giur. Samm., anni 1935 - 1936, pag. 33).

5) Art. 38, Legge sul Conciliatore.

6) VOET, Lib. II, I, 3, par. 3 - MATTIROLO, cit., II, n. 930.

7) SCACCIA, cit., vol. II, II, 3, par. 129 - GOLINUS, cit., parte II, cap. 5 - CONCILOLO, cit., pag. 92, n. 18.

8) RICHERI, Univ. Jurisp., IV, 808. - CONCILOLO, pag. 92, n. 20.

9) T. C. 30 aprile 1892, Franzoni c. Filippi.

10) Rub. XXXI, Lib. II, par. 271.

2. - La perizia è mezzo di prova ammesso in base alla consuetudine, così di ufficio come su domanda delle parti. In alcune procedure speciali statutarie essa è obbligatoria (11) ed il principio della sua ammissibilità è riconosciuto e ribadito anche nella legge sul Conciliatore (12). La scelta del perito viene fatta d'accordo dalle parti. In difetto, il giudice ordina la comunicazione della domanda di perizia, assegnando alla parte avversaria il termine consuetudinario di cinque giorni; dopo di che, qualora questa non faccia opposizioni, e nemmeno proponga perito di sua fiducia, viene assunto, secondo il sistema generale statuario riguardante gli arbitri, il perito indicato dalla parte istante. Qualora la importanza della perizia lo richieda potrà nominarsi un collegio di arbitri, ed allora la facoltà del giudice, quanto alla nomina, si restringe a quella del terzo arbitro, o arbitratore. I periti prestano giuramento. Nominati d'ufficio, sono recusabili come i giudici, e le loro Relazioni, debitamente registrate, vengono prodotte e comunicate alla parte avversaria come ogni altro documento (i).

Il giudice, quando lo creda opportuno, a richiesta delle parti o d'ufficio, può decretare una visita sopra luogo, anche per assumere ivi notizie e testimoni. Nelle azioni di denuncia di nuova opera e simiglianti l'accesso è obbligatorio (13). La legge non contiene alcuna norma relativa a questo procedimento probatorio, tale

11) Rub. XXXIII, Lib. II, par. 274 e 278 « *de communibus muris et parietibus faciendis* ». - Rub. LII, Lib. II, par. 382 e 383: « *in causa damni infecti, et operis novi nunciationis, ac etiam in causis, et controversiis de fluminibus, et terminis, de muris communibus, et itineribus, et viis, de aquaeductu, de tignis, de glande, et de fructu legendo, vel de arboribus in confinio positus, de muro reficiendo, de molendinis, de grundis, de subgrundis, de proiectis, et stillicidiis, de fenestris, de aspectu, de pontibus, de foveis reficiendis, de sequestris fiendis, eorumque occasione, et de aliis quibuscumque similibus (quae autem similia dicantur, Iudicis arbitrio relinquimus) de usufructu, de usu, de habitatione, de superficie, de cursu aquarum et de similibus aliis servitutibus* ».

12) Art. 41.

i) Contro il parere di quegli autori che sostengono che le cause di ricusazione dei periti sono quelle stesse che autorizzano l'eccezione di sospetto contro i testimoni, l'opinione prevalente in diritto comune propende a ritenere i periti nominati d'ufficio (periti consiliarii) recusabili come i giudici. Tra le altre cause, sono quindi recusabili allorché siano congiunti fino al quarto grado ed affini fino al terzo grado di computazione canonica di una delle parti litiganti (RICHERI, Univ. Jurisp., Lib. IV, tit. XXXIX, par. 1755). Dottrina e giurisprudenza sono invece concordi nell'affermare che non vi è argomento sufficiente di ricusazione nel fatto che il perito abbia manifestata la sua opinione sulla questione astratta o giudicando di altra causa od esprimendo il suo parere come scrittore o come insegnante. Solo quando abbia dato il suo parere per iscritto (secondo la maggioranza) od anche a voce (secondo la minoranza) « sulla questione e per la questione », e cioè in quella determinata controversia nella quale deve esprimere il suo parere, potrà parlarsi di ricusazione.

Il giudizio di due periti (duo sunt necessarii et sufficient) eletti d'ufficio, quando è su di ogni punto concorde, costituisce un vero giudizio tecnico incidente in un giudizio giuridico sul quale ha influenza decisiva. Le Leges Statutae chiamano i periti « *magistri et arbitri* », ai quali è affidato il compito di « *terminare controversiam iuxta artis suae peritiam* » ed i commentatori di diritto comune insegnano che « *peritis in unaquaque arte standum est* » (MASCARDO, De prob., conclus. 1175, n. 1 - CAMPEGIO, Tract. de prob., f. 108, reg. 302) - Sentenze primo grado: 12 giugno 1925 nella causa n. 34, anno 1924 (Giur. Samm., anno 1925, pag. 18); 10 gennaio 1928 nella causa n. 31, anno 1926 (Giur. Samm., anno 1928, pag. 7); 12 settembre 1939 nella causa n. 52, anno 1937 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 107); 8 novembre 1957 nella causa n. 114, anno 1954 (Giur. Samm., anno 1964, vol. I, pag. 75); 19 febbraio 1962 nella causa n. 523, anno 1961 (Giur. Samm., anno 1965, vol. I, pag. 72).

13) Rub. XLIII, par. 327, Rub. XLIV, par. 342, Rub. LII, par. 383, Lib. II.

non potendosi chiamare la sua tassazione nella tariffa (14); però, in omaggio alle regole del contraddittorio, esso deve compiersi, previo avviso dato dall'ufficio tempestivamente alle parti, a cura della più diligente, e previo il deposito di una somma per le opere che fossero eventualmente ordinate. Di esso deve stendersi verbale dal Cancelliere, da firmarsi dall'ufficio e da tutti gli intervenuti.

3. - Spirato anche il termine controprobatorio, od anche prima, se le parti vi avessero rinunciato, il giudice apre su istanza della più diligente il termine ad allegare in diritto.

Fino a questo momento il giudice può spendere la facoltà che gli compete di ordinare, anche di propria iniziativa, l'intervento coatto di un terzo in causa (15).

Il termine ad allegare è di ^{60gg}dieci giorni correnti, comune a tutte le parti, e non prorogabile. Il deposito della Allegazione deve essere fatto in Cancelleria senza intervento di giudice, poichè la produzione, pur andando soggetta come per gli altri documenti ad una registrazione delle Allegazioni stesse, non può essere subordinata al consenso del giudice, il quale già anticipatamente lo diede. Siccome atto adunque di Cancelleria, il termine scade nel decimo giorno corrente, anche se questo non è giuridico. Le Allegazioni devono contenere la discussione della causa in fatto ed in diritto, e sostituiscono le comparse conclusionali di altre procedure ed in pari tempo il dibattito orale. Non possono a queste Allegazioni aggiungersi documenti od atti che avrebbero dovuto prodursi nel termine probatorio: la loro produzione « in manica » è, come già si disse, priva di efficacia giuridica (1). Spirati i termini per le Allegazioni in diritto, la parte più diligente procede all'ultimo atto della causa, il quale consiste nella « irrotulazione ». Questa non è altro che la presentazione di un indice di tutti gli atti ed i documenti che si produssero e che si consegnano al giudice.

14) V. in Legge disciplinare ecc., Tariffa procuratori n. 7, idem Cursori n. 3 - Legge sui Tribunali del 1897, art. 17.

15) Ap. 10 ottobre 1877, Bizziganti c. Stambazzi. - Verificatasi la chiamata, l'intervenuto diventa parte in causa e contro di esso ognuna delle altre parti che già si trova in giudizio può formulare specifiche domande o richieste di condanna. L'istanza per l'intervento coatto del terzo in giudizio importa la comunione di diritti e di obbligazioni e della conseguente difesa tra chi chiama e chi è chiamato ad intervenire. Chiunque può intervenire in una causa vertente tra altre persone purchè vi abbia un interesse attuale e purchè dimostri l'esistenza di tale interesse. Deve egli notificare la propria comparsa di intervento a tutte le parti già presenti nel giudizio, a meno che queste, in mancanza della notifica, si chiamino intimamente dell'intervento e lo contestino nel merito. - Sentenze primo grado: 16 aprile 1921 nella causa n. 52, anno 1921 (Giur. Samm., anno 1921, pag. 7); 9 febbraio 1923 nella causa n. 5, anno 1922 (Giur. Samm., anno 1923, pag. 12); 13 maggio 1924 nella causa n. 146, anno 1923 (Giur. Samm., anno 1924, pag. 47); 15 luglio 1925 nella causa n. 45, anno 1923 (Giur. Samm., anno 1925, pag. 20); 23 marzo 1926 nella causa n. 146, anno 1924 (Giur. Samm., anno 1926, pag. 16); 6 agosto 1936 nella causa n. 225, anno 1935 (Giur. Samm., anni 1935 - 1936, pag. 129).

1) Né possono avanzarsi nelle allegazioni finali domande nuove o riconvenzionali: queste devono essere contestate prima della chiusura dei termini probatori affinché sia possibile su di esse il contraddittorio tra le parti. Quando nella allegazione si contengano ingiurie e diffamazioni contro la parte avversa, è consentito al Giudice (art. 488 C.P.) di recusare l'allegazione, concedendo termine per presentarne altra immune dal rilevato difetto. - Sentenze primo grado: 15 agosto 1926 nella causa n. 113, anno 1925 (Giur. Samm., anno 1926, pag. 28); 12 agosto 1937 nella causa n. 270, anno 1933 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 59); 7 marzo 1938 nella causa n. 32, anno 1936 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 69); 10 gennaio 1962 nella causa n. 341, anno 1957 (Giur. Samm., anno 1965, vol. I, pag. 60).

La parte che vuole procedere alla irrotulazione citerà l'avversario a comparire davanti al Giudice in un giorno determinato, nel quale dalla parte o dalle parti comparse si presenteranno effettivamente, assistendovi il Cancelliere, gli indici al giudice perchè vi apponga la sua firma. Questo, essendo atto che si compie davanti al giudice, non può aver luogo che in un giorno giuridico. La irrotulazione non è menzionata nello Statuto, non è però in San Marino nè originale nè moderna la consuetudine sua (m).

Dal giorno della irrotulazione la causa è inessa « in proservato » (16), cioè comincia il termine riservato al giudice per la pronuncia della sentenza. Il giudice ha per ciò ~~venticinque giorni~~ ^{5 Men}continui, salvo a lui il domandare una proroga al Consiglio [Sovrano] dei XII per giustificato motivo, ed innanzi che scada il termine statutario suddetto (17).

Pur curando la sollecitudine nel disbrigo dei giudizi, lo Statuto lascia al giudice una certa larghezza di tempo per lo studio della causa e la compilazione della sentenza, ispirandosi al principio che la soverchia sollecitudine è spesso contraria alla equità (18).

4. - La sentenza deve essere proferita non oltre il ~~venticinquesimo~~ ^{5 Men}giorno dacchè fu messa in proservato, o non oltre l'ultimo della proroga, se proroga fu concessa; non è però necessario che sia pubblicata nello stesso giorno.

Il termine per la pubblicazione era per lo addietro affidato all'arbitrio del giudice, fino a che con decreto 30 novembre 1897 fu stabilito che la pubblicazione si faccia dentro i dieci giorni correnti successivi alli venticinque o più giorni della proroga. In difetto, è tolta al giudice la facoltà di pubblicare la sentenza, ed a sue spese viene nominato in sua vece un giudice straordinario, il quale riprenda in esame la causa e pronunci la sentenza, senza pregiudizio dell'obbligo nel giudice tardatario di risarcire le parti per il danno originato dalla tardanza.

Decorso inutilmente il termine suddetto, il giudice perde la giurisdizione, in quanto la legge lo priva, per quella determinata causa, della veste di giudice. La nullità è perciò insanabile e la giurisprudenza anteriore al decreto 30 novembre 1897, che propendeva ad escludere la nullità (19) non ha più peso sull'argomento. Il decreto del 1897 non dice, è ben vero, che la sentenza « debba essere pubblicata dentro i dieci giorni sotto pena di nullità », ma nemmeno dice: decorsi i dieci giorni inutilmente « sarà » tolta, ma « è » tolta al giudice la facoltà di pubblicare il suo giudizio; talchè la decadenza opera ipso jure. La decadenza del giudice importa inevitabilmente nullità della sentenza, poichè la pronuncia serotina non è più sentenza. Vale qui l'insegnamento di Gaio a proposito dei Giudici la cui funzione

m) La mancata notifica del decreto che fissa la irrotulazione della causa rende inefficace la procedura posteriore al decreto stesso in quanto ai convenuti resta tolta la possibilità del regolare contraddittorio e di produrre le loro conclusioni. - Sentenza primo grado 9 settembre 1948 nella causa n. 26, anno 1942 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 217).

16) Legge sui Tribunali, art. 17 (R.U., pag. 337).

17) Rub. VI, Lib. II, parag. 128 - Art. 2 n. 4, Legge 5 giugno 1923, n. 13.

18) Ad poenitendum properat qui cito judicat - In judicando criminosa est celeritas (SENECA, Proverb.) - Ad proferendam sententiam numquam praecipites esse debemus (S. GREGORIO, supra Job).

19) Ap. 20 aprile 1894. - Ap. 28 marzo 1895 - La sentenza di appello 26 febbraio 1906 (estensore E. GIANTURCO) nella causa Ancajani - Giannini ha stabilito che « il consentire alla lettura (pubblicazione) di una sentenza pronunciata fuori termine porta alla rinuncia di ogni eccezione la quale, per ciò, deve essere proposta prima della pubblicazione ».

era temporanea: « tamdiu valent quamdiu is qui praecepit imperium habebit » (20).

La sentenza deve essere distesa in lingua italiana. Così per la migliore intelligenza e soddisfazione delle parti fu ordinato (21), anche innanzi che gli altri atti della causa si incominciassero a redigere in lingua volgare. Il Bordeaux, nel suo trattato sulla procedura civile, riconosce che l'obbligo di motivare le sentenze, detto giustamente il più grande progresso del secolo in fatto di procedura, è stato primieramente introdotto in Italia (22). In San Marino, la motivazione appare usata verso la metà del secolo decorso; per lo addietro, le sentenze contenevano il mero dispositivo, non potendosi denominare motivazione le frasi consuete, di stile come: « consideratis considerandis », « visis videndis » e simiglianti.

Le sentenze definitive sono pronunciate in nome della Serenissima Repubblica di San Marino e portano, secondo l'antica costumanza degli Stati cattolici, la invocazione della Divinità, oltre alla firma del giudice ed al suggello d'ufficio.

La sentenza, nel termine anzidetto, deve essere pubblicata, cioè letta in pubblica udienza, presenti almeno due testimoni capaci e rogati, ed avvisate debitamente le parti. Lo Statuto nulla prescrivendo circa al luogo ed al tempo della lettura, questa può effettuarsi anche in giorni feriali. Lo Statuto, anzi, non contiene che una menzione incidentale dell'invito da farsi alle parti (23); ma la consuetudine già antica si riflette nelle altre disposizioni legislative recenti (24). Per la notifica dell'avviso agli interessati non esistono termini; ma si intende che esso deve essere dato in tempo sufficiente perchè la parte possa intervenire, se lo vuole; dovrà quindi tenersi conto delle distanze. L'avviso è notificato alle parti, ai procuratori, di solito a ministero di cursore, che ne farà il debito referto, eventualmente mercè rogatoria. Della pubblicazione della sentenza viene disteso processo verbale, il quale deve sottoscrivere dal Cancelliere, dal giudice e dai testimoni. Può anche essere sottoscritto dalle parti; nel qual caso la parte che sottoscrisse si considera come intimata della sentenza.

La sentenza deve decidere anche sulle spese. Il principio del diritto romano (25) che il soccombente è tenuto a rifare le spese non passò in tutti gli Statuti, molti dei quali esentano la parte vinta, almeno nei giudizi di prima istanza, dal pagamento delle spese giudiziali (26).

Lo Statuto sammarinese, invece, fa obbligo al giudice di condannare nelle spese il soccombente (27), perciò, anche silente la parte, il giudice deve provvedere sulle spese, senza incorrere per questo nel vizio di « ultra petita ». Il giudice ha più precisamente l'obbligo di pronunciare sulle spese, non certo quello di condannare sempre il soccombente, poichè, in taluni casi le spese possono venir poste a carico di ciascuna delle parti rispettivamente, o come suol dirsi, compensate. Sempre in applicazione dello stesso principio, il soccombente può essere tenuto a pa-

20) Comment., IV, parag. 105.

21) Decreto 20 aprile 1817, n. 282.

22) Parag. 480.

23) Legge disciplinare, art. 10. Tariffa procuratori, ivi, n. 13 - Legge sui Tribunali, art. 19, n. 20.

24) P. 64 e 508 e lo SCLOPIS ivi citato.

25) 78, parag. 2, Dig., De legatis, II.

26) LATTES, Il diritto consuetudinario, pag. 110.

27) Rub. XXXII, Lib. II, parag. 272.

garne soltanto una parte (28). Ciò accade quando egli abbia avuto giusta causa di litigare, o quando sia soccombente solo in parte.

Che cosa debba intendersi per la frase statutaria « giusta causa » insegnano i dottori, secondo i quali essa consiste in un fatto che dimostra la buona fede del litigante, ad esempio l'essere la questione molto controversa nella dottrina, o molto incerta nella giurisprudenza, l'avere il soccombente riportato parere favorevole di giureconsulti, estranei alla causa, l'avere fidato nella parola di testimoni che lo ingannarono, l'essere riuscito parzialmente nella prova (incertezza di fatto) (29).

Anche la stretta parentela può essere, per considerazione di equità, un motivo per temperare la condanna nel capo delle spese. Similmente era disposto in qualche codice moderno (30).

Non si dà condanna nelle spese quando il giudizio non sia veramente contenzioso, e la sentenza interessi tutti i contendenti, come se, ad esempio, si trattasse di un giudizio di divisione (31). Qui non si ha una vera e propria soccombenza, salvo che alcuno abbia spiegato un atteggiamento ostile, impugnando la competenza o sollevando, nello speciale interesse proprio, questioni capaci di intralciare le operazioni di divisione e farle volgere a danno delle altre parti. Conforme è l'insegnamento del diritto classico, per cui nel giudizio « familiae erciscundae » e « communi dividundo » non è attore soltanto chi promuove la lite: ma lo sono tutti i cointeressati, i quali tutti, viceversa, sono gli uni rispetto agli altri, convenuti.

La condanna deve essere, a mente dello Statuto, preceduta dalla tassazione, ma non pregiudica che questa sia posposta, limitandosi la pronuncia ad una condanna generica al rifacimento delle spese o di una quota di esse.

Finalmente, se il giudice omise di pronunciare in merito alle spese, potrà farlo con decreto separato sulla istanza di una delle parti, od anche d'ufficio per completare la sua decisione.

Potrà anche farlo col decreto di liquidazione delle spese medesime. Lo Statuto non richiede che la pronuncia sulle spese sia contenuta nella sentenza definitiva, e nemmeno in una sentenza.

5. - La costante giurisprudenza ha affermato il principio che i procuratori hanno azione, per il pagamento delle loro competenze, verso il proprio cliente.

Solo in via eccezionale possono agire direttamente contro l'avversario quando: 1°) ne siano stati autorizzati, con apposita cessione, dal proprio cliente; 2°) sia stata dal giudice, con la sentenza o con provvedimento equivalente, autorizzata « la distrazione » delle spese in favore del difensore; 3°) si agisca, utendo juribus del proprio debitore, con l'azione surrogatoria; 4°) si versi in causa di gratuito patrocinio in cui l'avversario, non assistito gratuitamente, sia stato dichiarato soccombente.

In via affatto eccezionale, quando l'assistito gratuitamente vinca la causa ma le spese vengano, in tutto od in parte, compensate, può ammettersi la facoltà del difensore a ripetere, ma nel ristretto limite del puro necessario, le sue competenze,

28) Rub. XXXII, Lib. II, parag. 273.

29) CONCILOLO, pag. 106.

30) Ad es. art. 922, Codice delle Due Sicilie. - V. CHIOVENDA, Delle spese, Roma, 1901, n. 331 e seg.

31) Ap. 19 agosto 1893, Taddei c. Vicini.

sempre che l'utile ricavato dalla causa permetta al povero di soddisfarle senza sacrificio. Siffatta facilitazione non può estendersi al caso in cui avvenga tra le parti litiganti un amichevole accordo, e ciò per non intralciare la possibilità di transazione. Solo nella ipotesi in cui, con l'accordo extragiudiziale, si sia voluto frodare il difensore del suo compenso, potrà, ove l'utile ricavato dal povero lo consenta, parlarsi dell'applicazione della suindicata facilitazione. Quando, nell'accordo tra le parti litiganti, le competenze spettanti al difensore officioso vengano poste a carico della parte non ammessa al gratuito patrocinio, detto difensore potrà agire contro l'obbligato utendo iuribus del suo cliente.

Il diritto sammarinese non accoglie il principio, seguito invece da quello italiano (n), per cui, in caso di transazione, tutte le parti che hanno transatto sono solidalmente obbligate al pagamento degli onorari ed al rimborso delle spese delle quali gli avvocati ed i procuratori, che hanno partecipato al giudizio, fossero tuttora creditori per il giudizio stesso. Anche in tal caso, quindi, permane fermo il principio generale esposto.

Il diritto romano ed il diritto comune sono concordi nel dichiarare assolutamente nulli i patti con i quali i clienti promettono al loro difensore una parte o quota (pars quota) delle cose comprese nelle cause alle quali i procuratori prestano il loro patrocinio. « Inter pacta quae contra bonos mores fiunt, memoratur et pactum quo causidicus a litigatore litem redimit, et convenit ut, nomine mercedis, certam partem huius pecuniae, et quae adiudicata fuerit, vel maiorem aliquam summam, in eventum litis accipiat » (o).

Tale « piraticus mos » è proibito per evitare qualsiasi comunione di interessi tra cliente ed avvocato, il che « per la speranza di maggior lucro fa temere che più facilmente si trascorra al cavillo » (p). E' pure considerato patto di quota lite quello col quale siasi preventivamente determinato il compenso dovuto al difensore in una percentuale sulle somme che la parte sarà per ricavare nel giudizio da intentare. Posta la nullità del patto, ne deriva, secondo l'opinione dominante e la giurisprudenza, che le cose sono rimesse al pristino stato e cioè (salve le punizioni disciplinari che potessero essere del caso verso il procuratore) il difensore ha diritto al giusto compenso per l'opera prestata ed al rimborso delle spese anticipate, in quanto la nullità non distrugge il rapporto giuridico nascente dal contratto di mandato il quale continua a conservare, per il mandatario professionista, il diritto al congruo legale compenso per l'opera prestata (q).

n) Legge 27 novembre 1933, art. 68.

o) VINNIO, De Pactis, cap. 18, n. 9 - Dig., Lib. II, tit. XIV, leg. 53 - Cod., Lib. II, tit. VI, leg. 6, par. 2 e 5.

p) VOET, Ad Pand., Lib. II, tit. XV, par. 18.

q) Sentenze primo grado: 16 gennaio 1928 nella causa n. 144, anno 1927 (Giur. Samm., anno 1928, pag. 6); 20 gennaio 1930 nella causa n. 82, anno 1929 (Giur. Samm., anno 1930, pag. 7); 31 marzo 1933 nella causa n. 22, anno 1932 (Giur. Samm., anni 1933-1934, pag. 34); 14 luglio 1935 nella causa n. 123, anno 1928 (Giur. Samm., anni 1935-1936, pag. 11); 8 agosto 1937 nella causa n. 100, anno 1935 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 57); 12 agosto 1938 nella causa n. 29, anno 1938 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 78); 10 giugno 1957 nella causa n. 91, anno 1957 (Giur. Samm., anno 1964, vol. I, pag. 50).

LEZIONE OTTAVA

Sommario: 1. Del procedimento in contumacia - 2. Della perenzione.

1. - Se fatta una citazione in persona propria, riprodotta la medesima dall'attore, ovvero se fatta la citazione al domicilio, riprodotta dall'attore in uno alla domanda di una nuova citazione, e questa decretata ed eseguita, il convenuto non comparve, il giudice deve, sulle istanze dell'attore, dichiarare la contumacia del convenuto (1). Rammentiamo che se più fossero i convenuti, ed alcuni di essi comparsi ed altri no, la citazione dovrà rinnovarsi solamente rispetto ai non comparsi non personalmente citati (2).

Il giudice, per la pronuncia della contumacia, ha dieci giorni correnti, l'ultimo dei quali, se non è giuridico, si intende prorogato fino al primo giorno giuridico immediatamente successivo (3). La contumacia deve dichiararsi se il reo non comparisce durante l'udienza a cui fu chiamato. Il termine di un'ora dopo la citazione, introdotto dal diritto positivo, non è di rigore (4), perchè il magistrato deve, nei giorni giuridici, sedere sul banco di ragione non già se e fino a che vi siano cause da discutere, bensì fino a che le ore giuridiche siano decorse.

Lo Statuto sammarinese tiene un giusto mezzo fra i rigori esagerati di alcune legislazioni Statutarie che infliggevano pene severe contro i contumaci (5), e quelle che, specialmente sotto l'influsso del diritto canonico, esigevano reiterate citazioni, innanzi di emettere la dichiarazione di contumacia.

Ugualmente nella pronuncia, nè si sta puramente agli atti ed alle prove, nè unicamente alla domanda. Il criterio da seguire altrove è vario, così presso la dottrina che appo i Tribunali (6). Il sistema di semplice accoglimento fu adottato dal Codice ginevrino e dal moderno Regolamento austriaco (7), mentre il Codice francese esplicitamente e l'italiano implicitamente, seguono il sistema opposto (8).

Allo Statuto sammarinese si accosta di preferenza il recente Codice di Procedura Civile per l'Impero germanico (9): si vuole qui la condanna « in quantitate petita », cioè nella misura della domanda, in quanto non sia contraddetta dagli atti

1) T.C. 12 dicembre 1890, Crinelli c. Poggiali.

2) Regol. Saliceti, par. 5 - Legge sul Conciliatore, art. 33 (R.U. pag. 353).

3) Rub. XI, Lib. II, par. 173.

4) Regol. Saliceti, cit.

5) LATTES, Il diritto consuetudinario, cit., pag. 113.

6) MATTIROLO, vol. III, n. 992.

7) Art. 396.

8) SAREDO, cit., vol. I, n. 810.

9) Art. 330 e seg.

eventualmente prodotti, e purchè l'attore presti il giuramento di non essere stato, nemmeno in parte, soddisfatto del suo credito (10).

Il giudice, nel pronunciare la contumacia, può ordinare anche l'oppignorazione, la immissione in possesso nei beni del contumace, contro il quale « omnia jura clamant ».

Questa misura è intesa ad eccitare il contumace, onde « taedio affectus veniat responsurus » (11), e non gli sia lecito menar vanto di inobbedienza al giudice che decretò la sua citazione (12).

Questo ordine esecutivo può darsi o con la medesima sentenza contumaciale di condanna, o con posteriore decreto, non oltre il termine di dieci giorni correnti, e previo, in questo caso, notifica ad valvas della sentenza a cura dell'attore istante.

Il contumace può comparire in ogni tempo fino alla pubblicazione della sentenza e fare opposizione. Si riprende allora il corso ordinario del procedimento, restando in ogni caso a carico di lui le spese tutte del giudizio contumaciale sostenute dall'attore (13).

↳ *Comparendo, invece, successivamente alla pubblicazione della sentenza, il condannato in contumacia ha due vie da scegliere: o direttamente appellarsi, contro la sentenza contumaciale di primo grado, al Giudice delle Appellazioni, oppure impugnare la prima sentenza, col mezzo della opposizione davanti allo stesso giudice che l'ha pronunciata ed in seguito proporre eventuale appello contro la sentenza che ha pronunciato sulla opposizione.*

La prima questione da risolvere è quella di esaminare se l'appello da una sentenza contumaciale importi rinuncia al diritto di fare opposizione alla sentenza medesima. La risposta, in conformità al prevalente parere dei giureconsulti, non può essere che affermativa: sulla considerazione che se è opportuno concedere una moderata protezione al contumace, che può restar tale anche contro la sua volontà, invece una soverchia protezione « non è necessaria per la sua difesa, dannosa all'avversario e contraria al bisogno di accelerare il più possibile la definizione della lite, senza offesa dei diritti dei litiganti » (a).

E' però da tener presente che, secondo l'ordinaria vigente procedura (formatasi per consuetudine nell'ultimo periodo di applicazione del diritto comune che

10) Rub. XI, Lib. II, parag. 173 - Tale rubrica dispone, « ne quis possit de sua contumacia gloriari », che quando il convenuto, benché ritualmente citato, rimane contumace, l'attore presti il giuramento di calunnia, in forza del quale il giudice è autorizzato a pronunciare sentenza di condanna del convenuto, riconoscendolo debitore dell'attore « in quantitate petita ».

Non è concesso all'attore, nel corso del giudizio contumaciale, di modificare in aumento la propria richiesta avanzata con l'atto introduttivo del giudizio, a meno che l'istanza suppletiva non venga portata a conoscenza del convenuto nei modi di legge e pratica. - Sentenze primo grado: 26 luglio 1945 nella causa n. 70, anno 1945 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 169); 14 novembre 1949 nella causa n. 241, anno 1949 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 231); 18 ottobre 1954 nella causa n. 152, anno 1953 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 331); 30 giugno 1955 (Giur. Samm., anno 1963, vol. III, pag. 361); 20 marzo 1965 nella causa n. 363, anno 1964.

11) PERTILE, Storia del dir. ital., VI, 523.

12) Rub. XI, Lib. II, parag. 173.

13) BONIFAZI, cit., p. 1, V, parag. 26 - Legge sul Conciliatore, art. 43.

a) In questo senso stabilivano, tra gli altri, i Codici Sardi del 1854 e del 1859, art. 241; il Codice Parmense, art. 459; il Regolamento giudiziario di Gregorio XVI, parag. 1140, ultima parte; l'art. 467 cap., ed art. 481, II cap., del Cod. Proc. Civ. Italiano del 1865.

è andato mano a mano discostandosi dal diritto romano il quale, in caso di contumacia, prevedeva l'immissio in bonis dopo i tre editti) non sempre è ammissibile la opposizione alla sentenza contumaciale ma, fermo il principio della improponibilità del rimedio quando la prima o la seconda citazione è stata notificata a mani proprie del convenuto (poichè, in tal caso, la mancata comparizione è equiparata a volontaria rinuncia di proporre eccezioni) occorre distinguere il caso in cui la sentenza è basata sul fatto della sola contumacia da quello in cui è basata su regolari prove. Nel primo caso l'opposizione è ammessa, nel secondo non è accordata.

Il Richeri insegna che il contumace « exceptiones suas allegare potest si in solius contumaciae poenam damnatus fuerit... haec conclusio potest locum habere cum actor obtinuit ex ficta contumacia, puta per pronuntiationem positionum vel juramenti; quia sententia lata ex ficta contumacia non transit in rem judicatam et potest coram eodem iudice revideri... Si vero iudex adversus contumacem pronuntiaverit, postquam actor solemnibus, consuetis modis, videlicet instrumentis, testium depositionibus, peritorum iudicio, oculari inspectione, intentionem suam probavit, cum huiusmodi decretum sententiae vim omnino habeat, solum superest contumaci appellationis ad superiorem remedium, cum iudex, lata diffinitiva sententia, officio suo functus sit » (b).

Le Leges Statutae non stabiliscono alcun termine tassativo per la comparizione del contumace, esigendo che ciò avvenga, nel caso di azione personale, prima della vendita delle cose pignorate e, nel caso di azione reale, entro un anno dalla data in cui è stata accordata la tenuta o missio in possessionem all'attore della cosa di proprietà del contumace: « in utroque tamen casuum predictorum si reus ipse comparuerit ante sententiam secundi decreti vel ante rei, de qua data est tenuta, venditionem, quando personali actione actum fuerit, vel ante annum, quando reali, audiatu refectis tamen primo expensis et damnis legitime factis et passis, iusta Dominorum Capitaneorum taxationem ». (c).

Non è quindi possibile prendere in esame le ragioni del contumace se prima non vengano, in conformità di quanto prescritto dal diritto comune, rimborsate le spese del giudizio contumaciale, sia perchè « iudicis auctoritatem contumax contemnere videtur », sia perchè il contumace può essersi presentato allo scopo di portare in lungo la controversia nell'intento di stancare l'avversario « quare restituere iubetur omnia damna adversario inflictis sive circa ingressus litis, sive circa honoraria advocatorum vel alias causas quae in iudicio versantur, aestimatione iudicis quantitatem eorum definienda » (d).

5. - Vediamo ora in breve l'istituto della perenzione, il quale ha poco più che il nome di comune con la perenzione stabilita nella maggior parte dei Codici di Procedura vigenti. Per intenderne bene la portata è mestieri determinare prima che cosa si debba intendere per « contestazione della lite » nella procedura di cui ci occupiamo. Già nella procedura romana il concetto di contestazione della lite varia grandemente secondo i tempi: dapprima, invocazione solenne dei testimoni, poi

b) RICHERI, Univ. Jurisp., Lib. IV, tit. XXXIX, cap. V, parag. 2080-2082.

c) Rub. XI, Lib. II, parag. 185.

d) Sentenze primo grado: 31 agosto 1953 nella causa n. 68, anno 1952 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 304); 21 ottobre 1953 nella causa n. 281, anno 1952 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 311); 15 ottobre 1960 nella causa n. 326, anno 1960 (Giur. Samm., anno 1964, vol. II, pag. 229).

concessione della formula; più tardi, sotto Giustiniano, sembra essere la esposizione contraddittoria e sommaria della causa a fin di precisare quali fossero in fatto ed in diritto le questioni da risolvere. Il diritto canonico circondò la contestazione di non poche formalità solenni; ma il diritto statuario le spazzò sollecitamente dal campo procedurale (14).

Così si spiega perchè lo Statuto di San Marino, in una Rubrica apposita, dica non occorrere alcuna formalità per la contestazione della lite, ma bastare la menzione scritta che fu contestata la lite. Il che coincideva con la prestazione, da ambo le parti, di un giuramento di calunnia (15). Ma, caduto in disuso il giuramento iniziativo del giudizio, caduta pure in disuso la menzione che la lite fu contestata, bisogna pure ricercare altrove gli elementi per determinare il momento della contestazione. Un criterio viene dato dalla apertura dei termini probatori (16).

Lo Statuto aggiunge bensì « quoad solutionem capitum solidorum », ma non devesi credere che soltanto a questo fine avesse effetto di determinare la contestazione della lite l'apertura dei termini probatori; vale a dire, l'apertura dei termini probatori può segnare il momento in cui si deve, sotto ogni rispetto e per ogni fine, riguardare come contestata la lite, questo essendo detto in parecchi altri Statuti (17).

Ma se l'apertura dei termini probatori equivale a contestazione di lite, in quanto si debbono per necessità a quel momento determinare i punti della controversia, non è detto che anche prima non possa verificarsi contestazione di lite. Questa, infatti, si riscontra ogni volta che il convenuto, invece di chiedere un termine per rispondere, oppure, trascorso questo termine se lo ha domandato, oppone eccezioni generiche conosciute nella pratica sotto il nome di « generalia contra » (18), o specifiche e perentorie, o quando opponga una riconvenzionale, e finalmente in tutti i casi simiglianti, nei quali si determina l'oggetto del dibattito (19), ed il giudice « causam audire incipit ». Allora le eccezioni dilatorie, le quali impedirebbero la contestazione della lite, cessano di essere proponibili, il quasi contratto giudiziale si stipula ed il terreno della discussione si delimita.

Ciò premesso, è facile intendere la regola che la causa è perenta ove non sia spedita cioè non pronunziata la sentenza, dentro i termini Statutari, i quali decor-

14) LATTES, Il diritto consuetudinario, pag. 96. - *La procedura romana poggiava sopra una specialità tutt'affatto propria di quella legislazione, e che consisteva nella divisione del giudizio in due parti distinte; divisione che servì di norma per l'esercizio pratico delle azioni in giudizio non solo durante l'epoca storica, ma anche durante l'epoca classica e che perdette la sua importanza solo ai tempi di Diocleziano. Per regola, il magistrato innanzi al quale s'istituiva l'azione giudiziale non faceva che assodare il vero punto di contestazione (procedura in iure) e rimetteva in seguito le parti avanti ad un giudice delegato, iudex per la decisione della controversia (procedura in iudicio). La litis contestatio poneva fine alla procedura in iure e determinava il quasi contratto giudiziale. Con tale formalità, infatti, le parti in causa dichiaravano acceptum il giudizio in base ed agli effetti dell'aforisma « ubi semel acceptum iudicium ibi et finem accipere debet » (Leg. 30, Dig., Lib. V, tit. I).*

15) Rub. XX, Lib. II, parag. 227: « in litis contestatione per Notarium scribi haec verba sufficiant, nempe: et litis contestatio facta est, et iuratum de calumnia ab utraque parte ».

16) Rub. XXI, Lib. II, parag. 229: « Declarando quod lis pro contestata habeatur quoad solutionem capitum solidorum, si simpliciter detur terminus ad probandum ».

17) LATTES, l.c. a nota 14, e nota 78 ivi - Pramm. Napoletana, Post praedictas, 7, de ordin. judic. - ROBERTI, Delle azioni ed eccezioni prime, 1840, pag. 222 e seg.

18) BONIFAZI, cit., I, 3.

19) SAREDO, vol. I, n. 815 - Statuto di Roma, I, 57.

rono dalla « instantia », ossia dalla contestazione della lite (20).

Questo limite di tempo per la definizione delle cause è una delle più belle prerogative della legislazione statutaria, la quale si allontanò anche in questo dal diritto canonico e dal romano in omaggio al principio della speditezza. Il termine di più anni e di molti mesi per i quali liceva e lice tuttora, per alcune procedure, lasciare pendenti le sorti di un giudizio (21) è eccessivo, tanto più lo è oggi, considerata la sollecitudine con la quale si vogliono e si possono sbrigare affari d'ogni sorta. Il termine fissato dallo Statuto della Repubblica è di ottanta giorni utili, ai quali si aggiungono altri dieci giorni di tolleranza, e così di novanta giorni in complesso, vale a dire di novanta udienze (22).

La perenzione agisce di per sé ed inevitabilmente in tutti i casi, non la si interrompe ma si sospende (23).

Non si sospende però il corso della perenzione quando nella causa si innesti un procedimento penale; può essere richiesto un deposito a titolo di cauzione, ma la procedura va continuata (24).

Le parti non possono, mercé il silenzio, sanare la perenzione: anzi, i procuratori, sotto pena di perdere l'onorario e di essere destituiti, sono tenuti ad accusarla; il giudice ne ha parimenti l'obbligo.

Giunta a qualunque punto la causa, se dalla contestazione della lite sono trascorse novanta udienze, è perenta e la procedura deve assolutamente arrestarsi. Gli effetti della perenzione sono essenziali, rispetto all'istanza, ed accessori (penali) rispetto alle persone.

Lo Statuto si occupa a preferenza di questi ultimi, ancora che i primi siano di gran lunga più importanti.

Incerti erano gli effetti della perenzione secondo la procedura giustiniana (25): sono, invece, precisati nei Codici moderni. Per alcuni di questi, la perenzione annulla gli atti compiuti, distrugge tutte le prove già raccolte; per altri, invece, più razionali, cade nel nulla l'istanza col relativo procedimento, e quindi

20) Che la « instantia » sia lo stesso che contestazione di lite è universalmente ammesso. V. CONSTANTINI, cit., pag. 117 e CONCILOLO, pag. 104, parag. 1 - Rub. LXIX, Lib. II, pag. 469: « In quo tempore si dictae causae expeditae non fuerint lapsu instantiae, peremptae intelligantur ».

21) In alcuni diritti consuetudinari, ad es. nelle « Coutumes » di alcuni paesi di Francia, il termine era talvolta di dieci anni, talvolta persino di trenta, non correva contro i minori ecc., in breve si confondeva con la prescrizione. V. BERRIAT - SAINT PRIX nelle memorie de l'Académie des sciences morales et politiques, vol. III, pag. 59.

22) Rub. LXIX, lib. II, parag. 469.

23) In contrario V. la sentenza Ap. 20 dicembre 1875, Colombari, Fedeli e Baldini, pronunciata dal Giuliani. Ma bisogna per la verità riconoscere che le sentenze di questo giudice sono ricche, forse eccessivamente, di erudizione non sempre appropriata. In questa sentenza egli cita l'autorità del Troplong, del Carré, del Conforti, ecc., i quali hanno commentato un sistema di rito giudiziario diametralmente opposto, su questo punto, a quello statuario. Il giudice la considera come istituzione di ordine privato, mentre, se tale è nella procedura francese dove si ammette renuncia espressa o tacita alla perenzione, non lo è nella statutoria dove essa opera ipso iure. Tanto è d'ordine pubblico che il giudice « doveva », pena la multa, dedurla. Quanto alle considerazioni di opportunità, si noti che 90 udienze rappresentano ben più di 90 giorni del calendario e concedono uno spazio di tempo sufficiente per la definizione delle cause e che in ogni caso il Consiglio [P. e S.] dei XII non negherebbe la sanatoria ad una perenzione incorsa per le necessità della causa.

24) Rub. VI, Lib. II, parag. 145.

25) MATTIROLLO, vol. III, n. 1024.

cadono tutti gli effetti immediati di questo, ma restano valide le prove e gli elementi regolarmente raccolti durante il suo corso.

Secondo lo Statuto della Repubblica, è principio generale che, perenta l'istanza, sia estinta anche l'azione, perché non può più intentarsi azione giudiziale per il medesimo titolo, nemmeno valendosi di altri elementi probatori.

Il « neque audiri possit » è indetto senza distinzione e senza condizione, assolutamente, discostandosi in ciò lo Statuto sammarinese dalla maggior parte degli altri Statuti (26), i quali, pur determinando talvolta più breve termine, si appagano nella massima parte dei casi del rifacimento delle spese (27). Questo Statuto, invece, vieta che si possa ricominciare o riprendere la causa, anche pagando le spese: ammette, in via eccezionale, che possa continuarsi la causa perenta qualora l'attore ottenga dal Consiglio [Sovrano] dei XII (e) un rescritto di sanatoria. Censura il De Luca l'istituzione dei rimedi arbitrari del Principe, detti altrove « insufflazione dello spirito » (28); nondimeno, questa sembra da preferirsi all'altra di lasciare in balia delle parti il riprendere la lite ed il riparare alla propria negligenza, null'altro facendo che rimborsare al convenuto le spese.

In tal modo diventa illusorio l'intento di abbreviare il corso delle liti: ognuno vede quanto maggior stimolo a disbrigarle si contenga nel rischio che la lite non possa in alcun modo riprendersi per ciò che il Sovrano non creda opportuno di dare il suo consenso.

Tesi nettamente contraria a quella sostenuta dall'Autore è stata sancita con Sentenza di secondo grado 18 agosto 1966 (estensore: Prof. Avv. Guido Astuti) nella causa n. 164, anno 1961. Tale Sentenza (confermata con Sentenza di terzo grado emessa in data 21 settembre 1967 dal Consiglio dei XII che ha fatto proprio il parere espresso dal Consulente nominato Prof. Giuseppe Ignazio Luzzatto) afferma: « riteniamo opportuno, in questa occasione, enunciare il principio di diritto che disciplina gli effetti della perenzione dell'istanza, dal momento che la sentenza del Tribunale, con l'affermazione che « la perenzione paralizza l'istanza, che non può più essere riproposta, a meno che non sia concessa la sanatoria », sembra abbia inteso accettare la tesi esposta dal Giannini, per cui, a differenza dal diritto comune e dal diritto statutario delle altre città italiane, le *Leges Statutae* avrebbero accolto il principio che « perenta l'istanza sia estinta anche l'azione », e di conseguenza la domanda non potrebbe più essere riproposta, salvo concessione di un rescritto di sanatoria (Somm. di proc. giudiz. civile sammarinese, Firenze, 1901, p. 98). Questa affermazione del Giannini è fondata unicamente sul richiamo al disposto del cap. 138 (LL.SS., lib. II, rubr. VI) ove si enuncia il principio che « elapso termine instantiae »,

26) Rub. VI, Lib. II, parag. 138: « Quod elapso termino instantiae a nostris statutis praescripto, intelligatur, absque alia pronuncia, perempta. Neque actor audiri possit nisi rescripto generalis consilii, et reffectis expensis. Et ubi culpa iudicis esset perempta, liceat contra ipsum agere ad damna, ac interesse, ut etiam contra arbitros et arbitratores qui in hoc defecissent. Quod Procuratores teneantur sub poena privationis officii et ammissionis salarii allegare peremptionem instantiae terminis statutariis elapsis, nec per se ipsos possint huiusmodi supplere defectum ».

27) Gubbio, Lib. II, r. 20 - Urbino, Lib. II, r. 2 - Ferrara, Lib. II, r. 63.

e) L'art. 3 n. 4 della Legge 5 giugno 1923 n. 13 ha sostituito, al Consiglio Grande e Generale, il Consiglio dei XII.

28) Dottor Volgare, cit., Vol. V, pag. 87. Talvolta la sanatoria del Principe era necessaria, ma era pure sicuro l'ottenere la « insufflatio spiritus ».

questa è perenta, e si aggiunge: « neque actor audiri possit, nisi rescripto generalis consilii, et reffectis expensis ». Ma la formula usata dal legislatore sammarinese non giustifica affatto l'interpretazione del Giannini: essa significa soltanto che, una volta verificatasi la perenzione dell'istanza, l'attore non può più essere ascoltato, ossia non può più promuovere l'ulteriore corso di quel giudizio, né chiedere al giudice la decisione, o altri provvedimenti; a meno che l'attore non ottenga un rescritto di sanatoria, grazie al quale, come lo stesso Giannini ammette subito appresso, egli potrà, con la sanzione del rimborso delle spese, « continuare la causa », ossia proseguire gli atti di quello stesso procedimento, la cui reviviscenza sarà stata determinata dalla « insufflatio spiritus » del provvedimento sovrano di sanatoria.

Anche per diritto sammarinese — nell'assenza di qualsiasi espressa disposizione derogatoria, che certo non è contenuta nel ricordato testo delle *Leges Statutae* — deve ritenersi fermo il principio che la perenzione dell'istanza non estingue l'azione, ma soltanto annulla la procedura iniziata con l'istanza stessa, ossia rende inefficaci tutti gli atti compiuti; e pertanto la domanda può essere riproposta, con una nuova istanza, sempreché non siasi verificata nel frattempo la prescrizione.

Questo principio è certo per diritto comune, sulla base delle disposizioni del Codice giustiniano: venuto meno l'effetto esclusorio della litis contestatio classica, nel diritto giustiniano non esiste più alcuna exceptio rei in iudicium deductae, ma soltanto la exceptio rei iudicatae; la « lex properandum » (C. 3,1, 13,1) commina la perenzione delle liti entro il fatale triennio, ma non già la estinzione delle azioni, le quali continuano ad essere soggette alla comune prescrizione trentennale, (che la disputata l. 9, C. 7,39, estende addirittura a quarant'anni, per le azioni rimaste giacenti « per quosdam casus »).

Nel costante insegnamento degli interpreti del diritto comune, la perenzione è istituto del diritto processuale, che colpisce solo l'istanza e il conseguente procedimento, ma non estingue l'azione e il diritto, che, finché non intervenga la prescrizione, può sempre farsi valere, promuovendo un nuovo giudizio; il principio « instantia tantum perit, et non actio propter lapsu triennii, unde de novo poterit agi » ha valore di opinio communis doctorum, e ad esso si è adeguata anche la legislazione statutaria medioevale, nonché quella degli Stati moderni, fino alla sua puntuale recezione nelle odierne codificazioni.

Non può esservi dunque dubbio sulla validità di questo principio anche nel processo comune sammarinese, dal momento che le leggi e consuetudini locali non contengono alcuna deroga espressa, (la quale sarebbe invero stravagante e priva di giustificazione) e non consentono la interpretazione prospettata dal Giannini ».

Sanata la perenzione, resta l'obbligo di pagare le spese; ma quella, e non il pagamento delle spese, costituisce il vero rimedio, quindi la prima è capace di produrre il suo effetto indipendentemente da questo secondo. Le spese debbono, è vero, rimborsarsi, acciocché l'attore abbia apertura di bocca, e se il reo non fu rimborsato sarà nel suo diritto il richiedere tale rimborso e l'opporne, come eccezione dilatoria, il difetto di esso; ma gli atti compiuti e prima e dopo il termine in cui la perenzione si maturò sono tutti validi, perché il rescritto del Sovrano

vale annullamento « ab origine » della perenzione medesima, la distrugge come se mai non si fosse incorsa (29).

Quindi valida sarebbe indubbiamente la sentenza definitiva che fosse pronunciata nel giudizio ripreso, in seguito a sanatoria, ma senza rifacimento di spese. Il convenuto non può allora che conservare il suo diritto quesito a farsi pagare l'ammontare di quanto si doveva a lui prestare, e non fu prestato. Rispetto ai procuratori, accennammo quali comminatorie contenga la legge per avere essi proseguita la causa, invece di allegare la perenzione trascorse le novanta udienze. Rispetto al giudice, caduta prima in disuso e poi abrogata dal Decreto 30 dicembre 1897 la multa a favore dell'Erario (30), restò fermo l'obbligo di risarcire i danni e le spese alla parte lesa dalla perenzione incorsa per colpa di lui.

Le regole della perenzione si applicano pure ai procedimenti arbitrali; il decorso si computa dalla stipulazione del compromesso, che equivale a contestazione della lite; le comminatorie ora accennate per il giudice colpiscono gli arbitri e arbitratori (31).

Si parla finalmente negli Statuti di una speciale perenzione del precetto di pagamento emesso dal giudice. Se il precettato non paga ed il creditore non domanda che si eseguisca contro il debitore dentro tre anni, il precetto non è più valido e deve rinnovarsi (32).

La perenzione colpisce anche il giudizio di appello, ritualmente interposto ed introdotto, quando la parte che ha proposto l'appello rimane inoperosa, sia che abbia o meno riprodotto la citazione, oltre le novanta udienze, anche in caso di mancata contestazione della lite. Il riferimento a questa è stato introdotto dal legislatore sammarinese nel manifesto intento di evitare che le parti, avvalendosi degli incidenti ed espedienti procedurali tanto largamente escogitati dagli interpreti del diritto comune, dopo aver contestata la lite potessero protrarre, oltre ogni ragionevole misura, la durata dei giudizi: ma occorre rilevare che l'istituto della perenzione deve trovare, a maggior ragione, applicazione anche quando la parte che ha iniziato il giudizio si astenga dal compiere ogni atto idoneo a promuovere l'ulteriore corso, mantenendo una completa inerzia, abbandonando cioè la causa prima ancora della contestazione della lite. E ciò tanto più deve affermarsi rispetto al giudizio di appello, il cui impulso è rimesso dal diritto comune all'iniziativa dell'appellante, con la prescrizione di termini rigorosi per lo svolgimento e la definizione del giudizio, confermati dalla legislazione statutaria sammarinese alla Rubrica VI del Libro II; sarebbe invero troppo comodo espediente iniziare il giudizio di appello e conservarne quindi indefinitamente l'effetto sospensivo, evitando di promuovere la comparizione della controparte e la contestazione della lite. Secondo la costante giurisprudenza, pertanto, l'abbandono della causa da parte dell'attore e, a maggior ragione, dell'appellante non toglie al convenuto, ed all'appellato, la facoltà di chiedere la dichiarazione di perenzione, a norma degli Statuti e secondo i più sicuri principi di diritto comune (f).

29) Ap. 10 marzo 1885, Valli c. Tini - Ap. 30 luglio 1885, Gasperoni c. Amati.

30) Rub. VI, Lib. II, par. 138-139 - Rub. LXIX, Lib. II, par. 469.

31) Rub. VI, Lib. II, par. 124.

32) Rub. VIII, Lib. II, par. 162.

f) Sentenze secondo grado: 14 luglio 1935 nella causa n. 125, anno 1930 (Giur. Samm., anni 1935-1936, pag. 10); 26 novembre 1960 nella causa n. 170, anno 1955 (Giur. Samm.,

La perenzione ammette cause di interruzione e di sospensione. La Sentenza di secondo grado 19 luglio 1911 (g) (estensore: Prof. Avv. Vittorio Scialoja) ha stabilito che soltanto una sentenza interlocutoria può interrompere la perenzione. Ed una ormai lunga consuetudine, confermata da vari giudicati, ammette la sospensione della perenzione dal giorno in cui sono ammesse prove fino a quello in cui sono esaurite, e ciò perché, argomentando dalla Rubrica XXIX del Libro II delle Leges Statutae, eventuali ritardi possono dipendere o da impedimenti di ufficio o da altri motivi non imputabili alle parti in causa od ai loro procuratori (h).

Concessa la sanatoria da parte del Consiglio dei XII, a norma dell'art. 3 n. 4 della Legge 5 giugno 1923 n. 13, e ripreso il giudizio, il termine per la eventuale nuova perenzione della causa inizia il suo corso non già dalla data in cui la sanatoria è stata accordata e nemmeno dalla data della istanza per la ripresa del giudizio, ma, secondo i principi generali esposti, o dalla litis contestatio o dalla apertura dei termini di prova, ove non appaia avvenuta una vera e chiara contestazione della lite.

La giurisprudenza ha costantemente sancito il principio che la sanatoria è capace di produrre il suo effetto indipendentemente dal pagamento delle spese da parte dell'attore e che il mancato pagamento di esse non è rilevabile di ufficio, ma solo a seguito di eccezione della parte interessata. La domanda di rimborso delle spese relative al giudizio perento avanzata dal convenuto, in qualsiasi stadio della causa, paralizza la domanda attrice, rende improcedibile e sospende a tutti gli effetti (compreso quello della eventuale sospensione della perenzione) il corso del ripreso giudizio fino all'avvenuto pagamento, ma non lo tronca od interrompe o, comunque, non obbliga a riprenderlo ex novo.

La perenzione opera anche nelle cause vertenti avanti alla Magistratura del Lavoro, davanti alla quale vengono svolte con procedura sommaria ai sensi dello art. 6 della Legge 17 febbraio 1961, n. 7 (i).

anno 1964, vol. I, pag. 27) - Sentenza primo grado 4 febbraio 1935 nella causa n. 332, anno 1932 (Giur. Samm., anni 1935-1936, pag. 31).

g) Nella causa n. 15, anno 1908 (Giur. Samm., anni 1911-1920, vol. I, pag. 13).

h) Sentenza secondo grado 18 luglio 1917 nella causa n. 32, anno 1915 (Giur. Samm., anni 1911-1920, vol. I, pag. 25) - Sentenze primo grado: 8 gennaio 1936 nella causa n. 452, anno 1932 (Giur. Samm., anni 1935-1936, pag. 107); 18 ottobre 1947 nella causa n. 28, anno 1941 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 199); 6 maggio 1957 nella causa n. 202, anno 1953 (Giur. Samm., anno 1964, vol. I, pag. 48); 14 agosto 1959 nella causa n. 185, anno 1955 (Giur. Samm., anno 1964, vol. II, pag. 193).

i) Sentenza secondo grado 6 luglio 1935 nella causa n. 54, anno 1929 (Giur. Samm., anni 1935-1936, pag. 5) - Sentenze primo grado: 12 gennaio 1935 nella causa n. 96, anno 1935 (Giur. Samm., anni 1935-1936, pag. 22); 12 agosto 1935 nella causa n. 75, anno 1932 (Giur. Samm., anni 1935-1936, pag. 84); 1 agosto 1936 nella causa n. 249, anno 1934 (Giur. Samm., anni 1935-1936, pag. 120); 29 agosto 1936 nella causa n. 295, anno 1933 (Giur. Samm., anni 1935-1936, pag. 148); 31 agosto 1949 nella causa n. 26, anno 1942 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 230); 11 agosto 1961 nella causa n. 221, anno 1953, confermata con Sentenza di secondo grado 15 luglio 1965.

LEZIONE NONA

Sommario: 1. Delle procedure sommarie. - 2. Della procedura strumentale.

1. - Lo Statuto vuole che tutte le cause siano sommarie, cioè decise « *visa tantum veritate* », senza osservare la forma della tela giudiziaria (1), « *sine strepitu et figura iudicii* », come è detto nella celebre Decretale Clementina « *Saepe* », seguendo la innovazione inaugurata dal diritto canonico (2), portata innanzi dallo statuario, principalmente per opera delle corporazioni mercantili italiane (3). Però questa formula generica sembra contraddetta e limitata da più testi, dove si stabilisce la osservanza dei termini e di forme considerate essenziali.

Effettivamente una distinzione venne introdotta fra cause ordinarie e cause sommarie propriamente parlando, ed è mantenuta a tutt'oggi (4); ma il criterio su cui l'ultima disposizione legislativa poggiava, non è altrimenti atto a servire di base. Dichiara infatti la legge sulle disposizioni disciplinari per il Tribunale Commissariale che per cause sommarie s'intendono quelle che non eccedono il valore di L. 50 (5). Ma, essendo queste, per la nuova Legge, devolute alla cognizione del Giudice Conciliatore (6), l'elemento del valore non serve più, salvo che non si volesse chiamare sommaria la sola procedura fatta avanti il giudice sunnominato, ciò che non sarebbe esatto, poiché esistono tuttora altre procedure veramente sommarie, svolgentisi dinnanzi al Tribunale Commissariale.

Per la enumerazione loro si deve ricorrere al diritto comune quasi unanime ed ai regolamenti dei Commissari (7).

Sono da trattarsi a questa stregua sommariamente:

I. - Le cause nundinali (8). Le questioni che sorgono nei giorni di mercato o di fiera, sulla fiera od in occasione di essa, o dei contratti ivi fatti, o delle merci ivi portate, possono essere decise dal giudice senza formalità e senza ritardo, tanto per iscritto quanto a voce, comparse spontaneamente le parti, o fatta, a richiesta dell'una, comparire coattivamente l'altra. Di esse si fa annotazione in un registro apposito dal Cancelliere, che deve assistere il giudice. Queste cause nundinali vanno cadendo grandemente, se pur non caddero già interamente, in dissuetudine.

1) Rub. VI, Lib. II, parag. 109: « *Quod omnes causae sint summariae, et in eis procedatur visa tantum veritate, et non servata forma telae iudiciariae* ».

2) SALVIOLI, cit., n. 302, Teoria del Processo Sommario (Lipsia, 1859).

3) LATTES, Il diritto commerciale, ecc., pag. 259.

4) N. 18, art. 19, Legge sui Tribunali, 1897 (R.U. pag. 339).

5) Del 1878, art. 4.

6) Legge sul Conciliatore, 10 dicembre 1884 (R.U. pag. 351) che abroga quindi la Rub. V del Libro II degli Statuti.

7) Regol. Giuliani, cit.

8) Rub. XXV, Lib. II, parag. 245.

II. - Le cause per locazione d'opera tra artefici, braccianti, coloni ed intraprenditori, padroni ecc., sia dei primi contro questi, sia viceversa, per inosservanza del contratto (9), quelle fra procuratori, avvocati o notai e clienti per gli onorari professionali, quelle tra domestici e padroni, tra artefici e committenti per le mercedi (10).

III. - Le cause dipendenti da locazione di case, per pagamento di pigioni, per lo sfratto in seguito a locazione finita, o mancato pagamento del fitto, come pure per la riparazione necessaria ai fondi locati e simili (11).

IV. - Quelle per il pagamento di quota o corrisposta periodica liquidata, dipendente da titolo non eccepito, come quelle per alimenti in forza di sentenza, di canone in forza di contratto, ecc. (12).

V. - Quelle per la restituzione di somme, o cose, o documenti depositati. Il diritto dell'evoo di mezzo si è mostrato sempre severo nell'esigere la retrodazione immediata di quanto si affidava a titolo di deposito, non ammettendo alcuna ragione per iscusare il ritardo (13).

VI. - Le questioni insorgenti durante la esecuzione del giudicato in forza della medesima ed intorno ad essa (14).

VII. - Le azioni di reintegrazione di possesso, qualora non sia controverso il titolo (15).

Anche nel diritto romano, per i fatti ora enumerati ed altri simili, « ipse praetor debet summarie cognoscere » (16), donde il nome di « summarie » alle cause.

Bisogna guardarsi dal confondere il significato classico di « processo sommario » con quello usato da alcuni codici, dal Codice di Procedura del Regno ad esempio, in contrapposto a « procedimento formale ». Il procedimento sommario ha per caratteristica una pronunzia provvisoria emanata, per ragioni di urgenza, in seguito ad una delibazione del diritto vantato, la quale pronunzia, non costituendo mai cosa giudicata, lascia libere le parti di sperimentare in sede e in via ordinaria tutte le loro ragioni ed eccezioni (17). Nel diritto giudiziario del Regno

9) Rub. XXXVII, Lib. II, par. 290 - La materia è ora regolata dall'art. 15 della Legge 23 febbraio 1956 n. 6 che dispone: « Tutte le controversie in materia di contratti agrari sono proposte alla Commissione Sindacale Conciliativa che esperimenta il tentativo di bonario componimento e, in caso di mancato accordo, sono di competenza della Commissione Arbitrale Agraria ».

10) Rub. LII, Lib. II, par. 389 - V. Leg. 7, Dig., XVII, tit. I - Per le controversie di lavoro l'art. 6 della Legge 17 febbraio 1961 n. 7 dispone: « Le controversie individuali e collettive di lavoro potranno essere sottoposte al giudizio di una Commissione Permanente Conciliativa... Contro la decisione della Commissione è ammesso appello, entro quindici giorni, al Commissario della Legge quale Magistrato del Lavoro, che giudicherà definitivamente con procedura sommaria ».

11) Regol. Giuliani, art. 1 - Leg. 2, Dig., XLIII, 32 - I contratti di locazione e la procedura di sfratto sono regolati dalla legge 23 maggio 1950, n. 18.

12) Regol. Giuliani, art. 1.

13) BONIFAZI, cit., pag. 67 e citaz. ivi.

14) Regol. Giuliani, ivi.

15) Rub. XLII, Lib. II, par. 326.

16) Leg. 1, par. 10, Dig., XLVI, Tit. V.

17) La storia di questo istituto è svolta esaurientemente dal BRIEGLEB, Teoria del processo sommario, Leipzig, 1859.

abbiamo, oltreché nelle azioni possessorie, un esempio di questo processo sommario nei giudizi cambiari in conformità del Codice di Commercio (18).

Nelle cause sommarie nessuna forma è tassativamente determinata, perché la specialità di queste cause risiede particolarmente nell'arbitrio lasciato al giudice a tracciare il cammino della causa, osservati nondimeno alcuni canoni fondamentali, e principalmente: 1°) una osservanza gelosa del contraddittorio, facendo sì che la parte avversaria, se non comparisce spontaneamente insieme all'attore, sia avvertita a voce o per iscritto a spese del postulante, e possa dire e dedurre in qualunque modo quanto crede opportuno per la sua difesa. Per conseguenza, deve sempre dare un termine congruo per la risposta, poiché pretendere una risposta immediata potrebbe molte volte rendere illusorio il diritto di contraddire (19). - 2°) rappresentanza legittima delle parti, altrimenti non si ha giudizio di alcuna specie. - 3°) sentenza sempre, o pronunciata o per lo meno redatta poi per iscritto (20). - 4°) riserva delle questioni di merito, o di ardua soluzione, che eventualmente insorgessero nel corso della procedura sommaria, che devono essere rimesse per la trattazione con la ordinaria procedura.

Sono pure sommarie, e soggette alle regole ora esposte, ed inoltre ad alcune regole speciali, le seguenti:

VIII. - Cause di comunione, di confini, di servitù (stillicidio, prospetto, grondaie, ecc.), di usufrutto, uso, corso di acque, ecc., le quali si decideranno previo, se occorre, accesso sul luogo (21).

La Rubrica parla anche di cause dei poveri e degli Istituti pii (22), ma in questo capo deve considerarsi come abrogata dalla Legge sul gratuito patrocinio (23). Il giudice può costringere le parti a compromettere le controversie ora enunciate; ma se non lo fa perché non lo crede opportuno, o se le parti vi si rifiutano, non avendo in questo caso obbligo di costringerle a stipulare il compromesso, come lo ha invece in altri (24), il giudice deve decidere la causa entro il termine di trenta giorni correnti a partire dalla citazione (a).

IX. - Denunce di nuova opera. - Il denunciante, chi ha, cioè, a temere danni o pregiudizio dalla nuova costruzione, può richiedere che il giudice acceda al luogo. Recatosi ivi il giudice con l'ufficio, si citano, a ministero dell'uscieri ed anche verbalmente, tutti i testimoni eventualmente reputati utili, principalmente poi l'autore dell'opera denunciata, al quale viene fatta esplicita interpellanza se intenda di persistere nella medesima, o di tralasciarla.

Fatta menzione negli atti della sua risposta, qualora la contestazione, in seguito all'accesso e all'esame sommario dei testi, appaia avere qualche fonda-

18) V. GIANNINI, Azioni ed eccezioni cambiarie (II edizione della Cambiale in giudizio), Torino, 1901, par. 150 e seg.

19) BONIFAZI, p. I, cap. VII, par. 23. L'osservanza del contraddittorio è inculcata sempre nelle sentenze; V. ad es. Ap. 10 marzo 1885, Valli c. Tini - Ap. 24 marzo 1893, Busignani, Belluzzi, ecc.

20) SEBASTIANO VANZI, De nullitatibus processuum (Lugduni, 1552) pag. 305, n. 53 ed autori ivi cit.

21) Rub. LII, Lib. II, par. 382 - Ved. nota 11 della Lezione Settima.

22) Rub. LII, Lib. II, par. 381.

23) Delli 20 dicembre 1884 (R.U. pag. 361) - La Rub. parla pure di denuncia di nuova opera, ma questa è regolata dalla Rub. XLIII, Lib. II.

24) Rub. LX, Lib. II.

a) Il termine di trenta giorni è caduto in disuso.

mento, si assegna ad ambo le parti un termine di giorni otto continui, comune ed improrogabile, decorrente, se presenti le parti, dal giorno dell'accesso, diversamente da quello della notifica; nel qual termine di otto giorni continui le parti dovranno portare le prove a sostegno del reclamo da un lato, e del diritto, dall'altro, di continuare l'opera.

Decorso il termine anzidetto, se il denunciante non fa alcuna prova, si ordinerà senz'altro che l'opera sia proseguita con la condanna di lui nei danni a favore del denunciato.

Se il denunciante porta innanzi le prove, e queste siano sufficienti, il giudice, dentro il termine pure improrogabile di altri otto giorni correnti, ordinerà la sospensione dei lavori e, quando ne sia il caso, la restituzione in pristino (25). Di tutto ciò che durante il tempo della contestazione e prima della sentenza si fosse costruito, sarà ordinata la demolizione a spese del denunciato, con sua condanna ad una multa, in pena dell'è spreto dell'ingiunzione giudiziaria (26). E' quasi in tutto la procedura romana (27); soltanto non è detto se il denunciato possa, come in questa, ottenere il permesso di continuare i lavori prestando cauzione; anzi, sembra che dallo Statuto si escluda questa facoltà, quando si ponga mente alle espressioni imperative del testo ed alla brevità dei termini perentori assegnati al giudice.

Rammentiamo infine che questa procedura non vale che per i lavori in corso, non mai per quelli che già fossero stati in qualche modo ultimati (28).

X. - Procedimento contro i confessi. - Quando il convenuto confessa il debito, cessa il procedimento in contraddittorio: cessa la materia di contestazione come se fosse emessa una sentenza, « confessus pro judicato habetur », purché, s'intenda bene, la confessione promani dal debitore stesso, o da persona capace a vincolarlo con la propria dichiarazione. Il giudice, sulle istanze dell'attore, è tenuto a fare precetto al confesso a pagare dentro il termine che meglio si parrà, non però eccedente i dieci giorni correnti dalla notifica del precetto. Per privilegio speciale, i militi godono di un maggior termine di venti giorni correnti (29). Questo precetto vale come un atto o strumento pubblico agli effetti della procedura documentale (30), di cui diremo fra breve, purché si faccia valere non oltre tre anni dalla sua pronuncia.

Decorso il termine assegnato di dieci o venti giorni, il creditore fa istanza [per l'arresto del debitore, o] per la esecuzione reale sui beni di lui. L'istanza è notificata al debitore od agli eredi; il debitore può chiedere un termine di cinque giorni correnti per opporsi al precetto, ed in questo termine improrogabile di cinque giorni deve dare la prova delle sue eccezioni. La prova non è sottoposta ad alcuna formalità, ma le eccezioni sono limitate quanto alla specie, poiché non si ammettono che quelle di falsità (se ad es. il precetto del giudice fosse alterato) o di pagamento, transazione e compensazione: in breve, di un fatto posteriore alla confessione che tolga al precettante la veste di creditore. Se l'op-

25) Rub. XLIII, Lib. II, parag. 328.

26) Rub. XLIII, Lib. II, parag. 331.

27) BONJEAN, cit., vol. II, parag. 364.

28) BONJEAN, cit., pag. 465, nota 2 - BRIEGLEB, cit. - Dig., XXXIV, I.

29) Rub. VIII, Lib. II, parag. 160.

30) Rub. VIII, Lib. II, parag. 162.

ponente soccombe nella prova o la trascura, è condannato ai danni ed interessi, e senz'altro indugio viene dato corso alla esecuzione (b).

2. - XI. - Procedura sommaria documentale o strumentale - Coloro i quali sono muniti di una scrittura pubblica, od autentica, non debbono essere costretti a condurre innanzi un giudizio alla pari di coloro che hanno prove insufficienti ed incomplete, od anche piene, ma non precostituite del loro diritto, e nemmeno lo debbono coloro che sono possessori di scritture private riconosciute dal debitore, perché queste si parificano, dopo il riconoscimento, ad atti pubblici ed autentici. Deve in ciò vedersi una delle più commendevoli prerogative della procedura statutaria, che alcune legislazioni moderne (31) hanno rimessa in vigore, seguite dalla parola plaudente della dottrina.

Gli atti pubblici od autentici, aventi per sé la presunzione di verità, redatti od autenticati da notaio, compresi i testamenti, gli atti emanati da pubblici ufficiali, come i verbali di conciliazione davanti la Ecc.ma Reggenza, o davanti al Giudice Conciliatore (32), i lodi degli arbitri e simili e, grazie alla Convenzione (33), gli atti pubblici redatti od autenticati nel Regno d'Italia, servono di base alla procedura documentale.

Fondamento razionale della medesima è da ricercarsi in ciò, che per il loro carattere si considerano come riconosciuti e quindi come contenenti una confessione delle parti.

Si richiede però: 1°) che siano genuini, cioè non alterati, né aboliti, né cancellati, né lacerati, né in alcuna altra guisa privati, anche in parte, della loro attendibilità; 2°) che siano in regola colle leggi fiscali sul bollo e sul registro, senza di che non potrebbero farne uso in giudizio (34); 3°) che esprimano il quanto del debito in una somma liquida e determinata, o determinabile facilmente con elementi desunti dal titolo stesso o da altri documenti autentici, altrimenti dovrebbero prima in via ordinaria stabilire l'ammontare del debito che si richiede all'obbligato.

Chi adunque sia creditore per un istrumento autentico, regolare, esprimente una somma certa e liquida, ed a favore suo stipulato, o del suo autore, o cedente, o dante causa, farà petizione al giudice, producendo lo strumento stesso perché sia assegnato al debitore, od erede o successore, od avente causa (35), un termine di cinque giorni utili, decorrenti da quello della comunicazione data od offerta del documento per opporre contro il medesimo tutte le eccezioni del caso. Decorso

b) Per altro, nella pratica giudiziaria corrente, si segue il sistema di pronunciare regolare sentenza, considerando la confessione giudiziale come piena prova, se, trascorsi i dieci giorni concessi al confesso per il pagamento di quanto dovuto, questi non vi provveda. E ciò perché il precetto statutario, dopo tre anni, « pro nullo et nullius roboris et momenti et penitus pro circumducto habetur » (Sentenza primo grado 24 marzo 1959 nella causa n. 8, anno 1959 - Giur. Samm., anno 1964, vol. II, pag. 184) - Ved. cap. 3 della Lezione Quinta.

31) V. LATTES, cit., parag. 22 - SALVIOLI, parag. 302. Quanto alle leggi moderne, il lavoro dei Prof. MORTARA e SRAFFA sulla Legge Svizzera (Onoranze a Filippo Serafini, 1892) nonché BOLAFFIO in Annuario di Giurisprudenza Commerciale, XI, pag. 20. Essa è riprodotta nel cosiddetto provvedimento monitorio o strumentale dei Codici di Procedura germanico, austriaco, spagnolo ecc.

32) Legge sul Conciliatore, art. 11.

33) Art. 5 Convenzione del 1897 - Art. 9 Convenzione del 31 marzo 1939.

34) Legge Ipotecaria 16 marzo 1854, art. 6.

35) Se più fossero gli eredi può, per la determinazione della quota, starsi alla dichiarazione di ciaschun erede. V. parag. 159, Rub. VII, Lib. II.

il detto termine di cinque giorni utili, senza che il debitore, o chi per lui, sia comparso, o comparso non abbia fatto opposizione, o fattala, non ne dia le prove, il creditore può fare istanza [o per l'arresto personale del debitore o] perché sia cominciata l'esecuzione reale sopra i beni mobili od immobili di lui (36).

La procedura è sostanzialmente la medesima che nei casi di confessione, questa essendo, in ambo i procedimenti, la base. Però vi ha una differenza sostanziale, in quanto la confessione del debito, compiuta davanti al Giudice e consegnata in un verbale, è una vera ed esplicita confessione, obbligatoria senza bisogno di causa, irretrattabile, mentre la confessione contenuta nell'atto pubblico è presunta, e non resiste alla prova di falso che si volesse sperimentare o che si riuscisse a dare effettivamente dello strumento od atto pubblico.

Così è agevole l'intendere perché contro l'atto pubblico vengano ammesse senza distinzione eccezioni di ogni sorta, in quanto l'atto viene per la prima volta esibito nel dibattito giudiziale; contro il precetto, invece, emesso in seguito a confessione, non si possono logicamente ammettere che le eccezioni derivanti da fatti posteriori alla medesima, e tali da paralizzarne l'obbligo che ne deriva. Nella stessa guisa viene spiegata anche la diversità dei termini: nel primo caso, i giorni sono utili; nel secondo, cioè nel caso di una confessione giudiziale, i giorni sono correnti, e quindi più brevi.

Nelle aggiudicazioni degli stipendi degli impiegati governativi, pignorati dai creditori, si fa valere la procedura strumentale; ma le eccezioni sono vieppiù ristrette, come per il caso della confessione. Trattasi di una esecuzione parziale ed a termine: da ciò il maggior rigore è giustificato (c).

36) Rub. VII, Lib. II, par. 154 e seg.
c) Ved. Legge 27 maggio 1899, art. 6 e seg.

LEZIONE DECIMA

Sommario: 1. Seguito della procedura strumentale e della verifica della scrittura privata - 2. Procedura davanti al Giudice Conciliatore - 3. Procedura di manovra - 4. Procedimenti non contenziosi: A) Eredità giacente; B) Benefizio d'inventario; C) Autorizzazioni dei minori e delle donne.

1. - Oltre agli atti finora indicati, possono servire di base alla procedura strumentale le scritture private, purché siano riconosciute (1).

E' scrittura privata: a) l'atto di persona capace, maggiore di anni [venti (2)] ventuno (a), scritto di pugno del debitore, anche se non è firmato da lui; b) l'atto non scritto, ma soltanto firmato dal debitore capace col suo nome e cognome; c) l'atto scritto da un terzo per commissione od incarico del debitore capace, ma illetterato, od impedito a firmare, corredato dalla sottoscrizione di due testimoni.

Non occorre che la causa dell'obbligazione sia in alcun caso espressa; anche l'obbligazione « indiscreta » (3) ha effetto, purché la portata e l'oggetto della prestazione siano indicati in modo chiaro e preciso (4).

Si procede nella stessa guisa che se si trattasse di strumento o di atto pubblico, e si richiedono le stesse condizioni. Se, decorso il termine, l'intimato non disconosce la scrittura di cui gli fu notificata od offerta copia, si intende che l'abbia riconosciuta. Se, invece, nega appartenergli la scrittura, si apre un procedimento sommario di verifica, identico a quello che dovrebbe aver luogo nel caso di impugnativa sollevata durante il corso di una procedura ordinaria, vale a dire che due notai, o periti di scritture, vengono nominati perché, previo giuramento e mercé la comparazione di altre scritture che l'apparente sottoscrittore è tenuto a fornire

1) T.C. 21 giugno 1861, Ungherini c. Para - Rub. X, Lib. II, par. 167-172: «...quod scripturae privatae contra scribentem propria manu, et eius heredes, et successores habeantur in omnibus et per omnia pro publico et authentico instrumento... etiam si nulla fuerit in ipsa scriptura expressa causa confessionis, seu obligationis: dummodo tamen fuerit saltem ab ipso scribente subscripta, et legitime recognita, et factum, seu gestum, confessionem, seu obligationem ita clare contineat, quod ex ea veritas ipsa innotescere possit. Nec contra eam aliae possint opponi exceptiones, quam quae sint contra publicum et authenticum instrumentum... Et si forte contingeret per ipsum scribentem in iudicio negari illam fuisse propria ipsius manu scriptam, tunc facta litterarum comparatione per duos notarios... Et quae dicta sunt supra de scriptura manu propria scripta habeant etiam locum in scripturis privatis manu tertiae personae scriptis duobus tamen testibus notatis, et ab ipsis testibus recognitis... ».

2) Il par. 223 abrogò il par. 171.

a) Legge 27 aprile 1911, art. 1.

3) V. GIANNINI, Azioni ed eccezioni cambiarie, cit., cap. I, par. II - Rub. X, Lib. II, par. 167.

4) Par. 167, Rub. cit. - Ap. 14 maggio 1881, Bucci c. Martini.

od a redigere, nel breve termine ad essi periti assegnato a criterio del giudice, dichiarino se la scrittura è o no della persona alla quale si attribuisce. Nel caso di scrittura stesa per commissione, non può farsi luogo a questa procedura che per accertare se lo scritto è di colui che figura come scrivente. Dovranno allora servire come testimoni, e quindi sotto il vincolo del giuramento, i sottoscrittori « fidefacienti ». I periti, o notai, compilano il loro opinamento, il quale, debitamente registrato, verrà esibito dalla parte interessata al giudice. Se i due periti sono d'accordo nell'ammettere l'autografia della obbligazione, il convenuto soccombente deve dare le sue eccezioni e provarle nel termine di cinque giorni utili, altrimenti si procede oltre con l'esecuzione reale a suo danno (5). La impugnativa della scrittura che venne poi riconosciuta vera, importa per se stessa, e prescindendo dall'esito della opposizione in merito, l'obbligo di pagare una multa e di risarcire gli eventuali danni (6).

Quando poi si agisca contro gli eredi dell'apparente debitore, bisogna interpellarli formalmente se intendono di riconoscere lo scritto come opera del loro autore. Gli eredi hanno tre giorni correnti per rispondere (7): se non riconoscono la scrittura come autografa, si farà l'esperimento. Naturalmente, essi non possono essere posti nel bivio di riconoscerla o di negarla; e nemmeno possono essere passivi di una multa, quando i risultati della perizia conducessero a stabilire la autenticità della scrittura che essi non riconobbero.

Finito il procedimento di verifica, si assegnano agli eredi, come al debitore diretto, cinque giorni utili per dare e provare le loro eccezioni, e si procede poscia alla esecuzione nei modi sopra accennati. Crediamo superfluo il richiamare la regola generale, anch'essa enunciata più sopra, che, insorgendo contestazioni sul merito per la opposizione del debitore e le regole dell'attore, dovrà iniziarsi la procedura ordinaria, salvo il decidere sommariamente, quando ciò fosse richiesto per ragioni di materia (8).

2. - Chiameremo procedure speciali quelle contenute da leggi speciali e quelle non contenziose, di giurisdizione volontaria ed onoraria. Tra quelle contenute da leggi speciali viene in primo luogo il procedimento davanti al Giudice Conciliatore, di cui più volte avemmo occasione di far cenno. Il Conciliatore può conciliare tutte le cause civili senza limite di valore su istanza scritta o verbale delle parti, e giudicare in contraddittorio le controversie devolute alla sua competenza.)

Per la conciliazione, o le parti si presentano spontaneamente, od il Conciliatore, sopra istanza scritta, farà intimare all'altra parte un semplice avviso: se

5) Parag. 163, Rub. cit.

6) Parag. 169, Rub. cit.

7) Rub. cit., parag. 170.

8) V. Lezione precedente. - Nella procedura istrumentale l'attore ha un solo obbligo, quello di produrre l'istrumento di cui domanda l'esecuzione e far notificare al convenuto il decreto d'apertura del termine di cinque giorni utili affinché in esso il debitore specifichi le sue eccezioni e ne dia la prova. Il termine suddetto è improrogabile. - Sentenze di primo grado: 27 maggio 1936 nella causa n. 14, anno 1936 (Giur. Samm., anni 1935-1936, pag. 114); 31 luglio 1940 nella causa n. 43, anno 1940 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 111); 30 ottobre 1951 nella causa n. 17, anno 1950 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 265); 9 febbraio 1954 nella causa n. 245, anno 1951 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 320); 11 marzo 1959 nella causa n. 358, anno 1958 (Giur. Samm., anno 1964, vol. II, pag. 179).

la intimazione è fatta personalmente o due volte al domicilio senza risultato non è ammesso altro invito a conciliare. Il verbale di conciliazione sottoscritto (croce-segnato) dalle parti, dal giudice e dal segretario ha forza esecutiva per il debito non eccedente, senza gli accessori, lire [50] cinquemila (b), per gli altri ha, come si è detto, forza di scrittura privata riconosciuta, pari quindi ad atto pubblico (9).

Se viene eccepita la incompetenza, gli atti sono trasmessi al Tribunale Commissariale. La causa si sospende fino a decisione dell'incidente, soltanto quando il Conciliatore siasi dichiarato d'ufficio incompetente, o quando creda fondati i motivi dedotti dalla parte (10).

Valgono per la citazione le stesse regole che per quella davanti al Tribunale ed, in generale, tutto il giudizio riposa sopra le medesime basi, salvo una maggiore semplicità e brevità nelle forme e negli atti. Quindi, non può concedersi che una sola dilazione al convenuto per produrre documenti o per rispondere; le istanze e deduzioni si fanno tutte verbalmente, le parti compariscono in persona, o per mezzo di mandatarii, purché il giudice lo consenta; la risposta agli interrogatori può essere ordinata che si dia anche « stante pede », o nella udienza immediatamente successiva (11). La contumacia si dichiara nella stessa maniera che davanti al Tribunale; il contumace fino alla pubblicazione della sentenza ha facoltà di comparire, purché paghi le spese sino allora fatte. Il termine per la pronuncia e pubblicazione della sentenza non è stabilito; ma certo non può ammettersi ch'esso sia maggiore di quello concesso al Commissario.

3. - Procedimento di manoregia. - Nel diritto romano, erano sommarie le cause contro i publicani (12); nel mondo moderno, accade l'inverso e privilegiati sono gli esattori, gli amministratori del pubblico denaro, tutti coloro che debbono incassare nell'interesse del Fisco (13). Essi presentano alla autorità giudiziaria, competente per la somma, una richiesta indicante il titolo del debito, la scadenza, la persona che deve soddisfare. Il giudice autorizza la notifica di un precetto al debitore per pagare la somma entro tre giorni correnti. Il debitore può dedurre anche verbalmente, presentandosi al giudice prima che scada il termine anzidetto: a) che il credito è inesistente; b) che il credito è estinto.

Se il debitore impugna il debito perché inesistente, il creditore deve farlo citare anche verbalmente per una udienza improrogabile, ed a questa medesima udienza esibire al giudice, a prova del credito, i libri o documenti da cui questo risulta.

Se la eccezione è di estinzione, il creditore dovrà del pari, anche verbalmente, far citare il debitore e all'udienza destinata produrre i documenti o le prove del credito, mentre il debitore dovrà dare la prova dell'asserito pagamento. A questo ultimo potranno essere concessi anche altri tre giorni dopo l'udienza per provare il fatto estintivo della obbligazione (14).

b) Art. 6 Legge 12 giugno 1953, n. 15.

9) Art. 11 Legge 10 dicembre 1884.

10) Art. 19 e 22 Legge cit. nota prec.

11) Art. 34, 37, 28 Legge cit.

12) TACITO, Annali, XIII, 51.

13) Legge di procedura sommarissima nelle cause civili di manoregia, 30 agosto 1873, art. 1.

14) Art. 6 Legge cit.

Se il giudice riconosce non provata l'una o l'altra eccezione, emette senz'alcun ritardo una ordinanza di pagare dentro altri tre giorni a partire dalla pronunzia, o dalla notifica quando il debitore non siasi presentato all'udienza. Se comparve, la notifica è compiuta mercé lettura datane dal Cancelliere. E' necessario avere in atti la prova che l'uscire, fosse pure verbalmente, intimò il debitore a comparire, altrimenti la ingiunzione non può emettersi, perché mancherebbe l'osservanza del contraddittorio (15).

Inoltre, gli esattori delle tasse non possono profittare di questa procedura sommarissima per la riscossione loro senza averne dato [pubblico] avviso ai debitori morosi almeno da [quindici] dieci giorni (c). [La prova di questa affissione deve risultare dal referto cursorile e] in difetto potrebbe non solo il contribuente, ma anche il giudice d'ufficio opporsi al procedimento di manoregia (16).

Decorsi i tre giorni dalla prima ingiunzione, se il debitore non si oppone in alcun modo, o se il debitore si oppone, decorsi tre giorni dall'ordinanza che respinge l'opposizione, il creditore potrà, mediante istanza anche verbale, ottenere un ordine esecutivo. Questa è, nella sostanza, una procedura strumentale con termini ancora più brevi, nella quale la scrittura autentica è sostituita dall'atto emanante da incaricato di pubblico servizio, ed in omaggio al principio «solve et repete».

Tale principio è tuttora vigente ed applicato in San Marino. L'art. 7 della Legge sulla procedura di manoregia autorizza il debitore di fare opposizione al precepto di pagamento, ma aggiunge che ad esso debitore «non compete che l'eccezione di eseguito pagamento del credito reclamato ed il diritto di obbligare l'attore a provarlo. Qualunque altra eccezione sarà riservata e rimandata per via di azione a separata sede di giudizio».

Data l'indole della procedura di manoregia, il giudice deve rigettare l'opposizione quando da un esame sommarissimo risulti la sussistenza del credito vantato. Il giudicante deve emettere un parere e non una decisione definitiva riservata a regolare giudizio: è quindi sufficiente il *fumus boni juris* della sussistenza del credito. Una volta che il debitore avrà pagato potrà, in via di azione e nelle forme di legge, citare l'Esattore e fornire le opportune prove per dimostrare la erroneità della tassazione o, comunque, le sue buone ragioni per ripetere quanto ha pagato (d).

15) Ap. 24 marzo 1893, Busignani c. Francini.

c) Art. 58 Legge 16 marzo 1922, n. 10.

16) Art. 17 Legge sulla procedura di manoregia. - Tale articolo che prescriveva: «In quanto agli esattori delle pubbliche tasse, resta fermo nei medesimi l'obbligo di invitare, dopo la scadenza del termine legale, con un pubblico avviso, i debitori morosi a pagare il loro contributo entro giorni quindici da quello della sua pubblicazione, giusta le pratiche in vigore, e solo dopo la decorrenza di questo ultimo termine potranno dar mano ai giudizi col privilegio di manoregia» è stato modificato dall'art. 58 della Legge 16 marzo 1922 n. 10 (che istituisce l'imposta sul reddito) che detta: «Per le rate di imposta non pagate alla scadenza, l'Esattore notifica ai debitori un avviso d'intimazione a pagare entro dieci giorni. Gli avvisi riguardanti contribuenti irreperibili sono pubblicati all'albo governativo e questa pubblicazione equivale alla notifica di cui al comma precedente. Trascorso inutilmente il termine di dieci giorni, l'Esattore, che ha l'obbligo del non riscosso per riscosso, procederà senz'altro coll'esercizio di manoregia e con privilegio su tutti i beni del contribuente».

d) Sentenze primo grado: 16 dicembre 1922 nella causa n. 98, anno 1922 (Giur. Samm., anno 1922, pag. 10); 25 agosto 1936 nella causa n. 224, anno 1936 (Giur. Samm., anni 1935 - 1936, pag. 141); 1 agosto 1942 nella causa n. 121, anno 1941 (Giur. Samm., anno

4. - Procedimenti non contenziosi.

A) Eredità giacente. - Chi vuole agire contro una eredità giacente deve fare due citazioni consecutive ad valvas, invitando tutti coloro che si pretendono eredi e tutti gli interessati a comparire dentro quel termine che sarà stabilito dal giudice nell'autorizzare la citazione per opporsi eventualmente alla nomina di un curatore. E se nessuno comparisce, o comparendo non si oppone, sarà dal giudice nominato a curatore uno dei parenti più prossimi del defunto; se compariscono, invece, i creditori, il curatore verrà indicato dalla maggioranza dei medesimi.

Il curatore eletto presterà anzitutto giuramento di bene amministrare e di render conto (17). Sarà quindi tenuto a fare senza ritardo l'inventario dei beni della eredità provocando le opportune disposizioni per la vendita degli oggetti deperibili, curando la riscossione dei crediti e rivendicando dai terzi detentori tutti i beni spettanti al compendio ereditario. Viene quindi assegnato un termine ai creditori, perché facciano valere i loro diritti, presentando le loro istanze, debitamente documentate. Dopo di che si fa luogo ad una graduatoria con le forme consuete; contro il curatore, od a suo nome, si iniziano tutte le azioni interessanti l'eredità; se l'erede, giustamente impedito per lo addietro, in seguito comparisce, il curatore decade ipso facto dal suo ufficio; ma la procedura non cade nel nulla e si continua, invece, in confronto dell'erede, fermi e validi restando gli atti compiuti fino a quel momento (18).

L'istituto dell'eredità giacente — sorto nel diritto romano (in cui era necessaria l'accettazione dell'eredità da parte degli eredi, per cui tra la delazione e l'accettazione dell'eredità passava necessariamente uno spazio di tempo più o meno lungo), sconosciuto nell'età romano-barbarica (in cui l'eredità non richiedeva l'adizione, ma si devolveva ipso jure per virtù propria: «le mort saisit le vif»), risorto nell'età dell'autonomia e nell'ultimo periodo di applicazione del diritto comune, con commistione di elementi romani e germanici — è esplicitamente ammesso dalle Leges Statutae alla Rub. IV del Libro II, sebbene con disposizioni modificate dalla consuetudine.

In via di massima, l'eredità chiamavasi giacente quando l'erede non era conosciuto ma si sperava esistesse (e). Se, invece, non esisteva alcun erede né si poteva sperare che alcuno avesse avuto il diritto di raccogliere l'eredità, allora la successione si chiamava «vacante» (f). Il Fabro scrive: «Jacens haereditas dicitur quae heredem nondum habet, sed habere sperat. Vacans vero quae heredem nec habet, nec habere sperat» (g). Tuttavia, nella pratica, la denominazione di «eredità giacente» ha finito per comprendere ambedue le ipotesi, le quali si ritengono avverate ove concorrano i seguenti due requisiti: 1) che i beni ereditari restino abbandonati; 2) che non si sappia chi sia l'erede.

1963, vol. I, pag. 141); 19 settembre 1955 nella causa n. 247, anno 1955 (Giur. Samm., anno 1963, vol. III, pag. 364); 6 agosto 1957 nella causa n. 159, anno 1956 (Giur. Samm., anno 1964, vol. I, pag. 51).

17) Rub. IV, Lib. II, par. 104.

18) Rub. IV, Lib. II, par. 102.

e) Leg. 5, par. 20 in fine, Dig., XXXVI, Tit. IV - Leg. 13, par. 5, ff. quod vi aut clam.,

f) Leg. 13, par. 9, ff. de haered. petit.

g) Codex, Lib. VI, tit. XII, def. 15, n. 2.

Nel caso in cui esistano eredi conosciuti, ma questi abbiano rinunciato alla eredità, devono ricercarsi gli ulteriori eredi sino all'ultimo grado ammesso a succedere dalla legge e dichiararsi l'eredità giacente o vacante solo quando tutti detti eredi abbiano rinunciato oppure deve ritenersi sufficiente la rinuncia dei primi chiamati?

In base ai più rigorosi principii di diritto, la prima soluzione sarebbe da preferirsi, ma la pratica ha seguito la seconda, ritenendo sufficiente la rinuncia da parte dei primi chiamati e prescrivendo che la giacenza sia portata a cognizione di qualsiasi interessato mediante la pubblicazione ad valvas palatii, in modo che chiunque ritenga di avere diritto alla eredità e voglia accettarla o rifiutarla possa comparire ed emettere le opportune dichiarazioni. E' stata anche prospettata la questione se, per aversi eredità giacente o vacante, sia necessario attendere la rinuncia da parte dello Stato, compreso nell'ultima categoria dei successibili e sempre conosciuto, ma dottrina e giurisprudenza prevalenti hanno sempre risposto negativamente.

Dichiarata giacente o vacante una eredità, questa acquista, in base al diritto giustiniano seguito dal diritto comune, la personalità giuridica, qualunque fosse o potesse essere la situazione giuridica anteriore: « haereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas » (h), con la nomina di un curatore che provveda a rappresentarla ed amministrarla: « si dici incertum sit, haeres exstaturus necne sit... bonum etiam hoc erit concedendum, ut curator constituitur » (i). Il curatore che, secondo le *Leges Statutae*, ove non avesse accettato un prossimo parente del defunto, veniva nominato dalla maggioranza dei creditori, è ora nominato dal Tribunale Commissariale.

Resta da chiarire quale soluzione sia da seguire nel caso in cui il passivo dell'eredità giacente superi l'attivo. Dottrina e giurisprudenza insegnano che in questo caso si apre il concorso tra i creditori (l). Poiché questo è in San Marino regolato con la legge 15 novembre 1917 n. 17, così deve farsi ricorso ai principii da tale legge stabiliti. L'art. 17 dispone che devono anzitutto essere estinti i debiti privilegiati ed ipotecari « secondo le disposizioni contenute nel cap. II, paragr. 1, sezione seconda della legge ipotecaria 16 marzo 1854 » e, quindi, soddisfatti questi, si ripartisce il residuo-attivo, con eguale percentuale, ai debitori chirografari (m).

B) Benefizio d'inventario. - L'erede « nemine urgente » ha un trentennio per adire o repudiare l'eredità; ma, instando i creditori, deve deliberare entro un anno; scorso il quale senza effetto, si presume l'adizione (19).

Gli competono quindici giorni per fare l'inventario dei beni situati in Repubblica, ché, se ve ne fossero all'estero, ha, rispetto a questi, il maggior termine di un giorno per ogni venti miglia di via, così per andare come per tornare dal luogo, o luoghi, dove giacciono questi beni. L'inventario deve essere compilato

h) Leg. 22, Dig., Lib. XLVI, Tit. I.

i) Leg. 8, Dig., Lib. XLII, tit. IV.

l) RICHERI, Univ. Jurisp., tomo II, paragr. 185 - Regolamento giudiziario di Gregorio XVI, paragr. 1498, n. 3.

m) Sentenza primo grado 5 marzo 1962 nella causa n. 280, anno 1962 (Giur. Samm., anno 1965, vol. I, pag. 78).

19) Ap. 5 maggio 1879, Belluzzi c. Malpeli - DONELLO, De jure civ., lib. II, cap. 3, n. 22. - RICHERI, cit., De acquir. haered., paragr. 8187.

dal notaio, presenti due testimoni, vale a dire per atto pubblico, previa citazione notificata a tutti i creditori apparenti nei modi consueti ed agli altri per editto o ad valvas, secondo che l'autorità giudiziaria vorrà ordinare (20).

Dopo di che si farà luogo egualmente alla graduatoria fra i creditori.

Nell'antico diritto romano, l'eredità, lasciata ai figli « sui » o « heredes necessarii » passava ad essi ipso jure. Conseguenza di ciò era che essi, « etiam nolentes, etiam ignorantes », non potessero in alcun modo rinunciare all'eredità. Il Pretore introdusse, a vantaggio di codesta classe di eredi, lo *jus abstinendi*, il diritto di astensione, che doveva essere chiesto volta per volta al Pretore medesimo, così e come si chiedeva un beneficio qualsiasi. Successivamente tale beneficio fu talmente esteso che anche quando i figli non l'avessero chiesto era ad essi accordato quasi di diritto, sempre che essi non si fossero « immischiati », per usare la frase del testo romano, nelle cose ereditarie. Sicché, in fatto, andò scomparendo quello che in jure esisteva ancora e venne, poco a poco, a crearsi questo beneficio di astensione che quasi operava di per sé di diritto.

Giustiniano concesse il beneficio a condizione che: 1) fosse compilato, con l'assistenza di un *tabularius* (notaio) e di tre testimoni, un inventario di tutti i beni ereditari, sottoscritto dall'erede, con l'indicazione del valore del patrimonio e con l'assicurazione della completezza del documento; l'inventario era necessario anche se doveva essere completamente negativo; 2) l'erede doveva cominciare l'inventario nei trenta giorni dalla notifica della chiamata e compierlo in altri sessanta giorni; per i beni lontani l'inventario poteva essere confezionato entro un anno dalla morte del testatore; 3) il chiamato alla eredità, che non compiva l'inventario nei termini stabiliti, era considerato erede puro e semplice.

Nel diritto comune, il beneficio d'inventario non fu accolto ovunque, poiché si riteneva che recasse onta alla memoria del defunto, quasi si volesse, con esso, trovare un mezzo per sottrarsi agli obblighi che quello aveva assunto e quindi diversi Statuti assolutamente lo respinsero. Ma i più degli Statuti lo accolsero e seguirono, in via di massima, le disposizioni giustiniane. Anche lo Statuto di San Marino ammette l'adizione della eredità col beneficio dell'inventario, concedendo il termine di quindici giorni dalla morte del de cuius per la dichiarazione (« *praescriptum ad deliberandum* ») e per l'inventario dei beni esistenti nel luogo ove si fa il giudizio (« *ad faciendum inventarium bonorum existentium in loco ubi iudicium agitur* »). Per quelli situati fuori è concessa la proroga di un giorno in più per ogni venti miglia di distanza. La rubrica statutaria inoltre prescrive la citazione « *nominatim* » di tutti i creditori noti e, per gli incerti, la citazione con un editto ad valvas.

Sempre secondo lo Statuto « *ex hujusmodi beneficio, heres nullum aliud commodum consequi valeat, ac utilitatem, nisi quod ultra vires hereditarias teneri non debet, neque aliud in solutum dare creditoribus quam bona hereditaria iuxta dispositionem in hac specie juris communis* ». A norma di tale diritto, gli effetti della accettazione con beneficio di inventario traggono origine dal principio che « *si defunctus adhuc esset in vivis ut ipse solveret, non plus tamen solvere potest de alieno quod de suo solvere nequit; rapraesentatio personae defuncti minime* ».

20) Rub. VI, Lib. II, paragr. 149.

exigit ut ultra vires hereditatis teneatur heres » (n). Pertanto l'accettazione col beneficio di inventario produce, tra gli altri, i seguenti effetti: 1) l'erede rimane tale e di diritto e di fatto; egli amministra l'eredità « tamquam suam sed in utilitatem quoque creditorum »; 2) l'erede non è tenuto al pagamento dei debiti ereditari e dei legati oltre il valore dei beni a lui pervenuti: « et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint: hereditatem sine periculo habeant, et Legis Falcidia adversus legatarios utantur beneficio: ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant » (o); 3) i beni proprii dell'erede non vanno confusi con quelli dell'eredità e, per ciò, l'erede conserva contro l'eredità il diritto di ottenere il pagamento dei suoi crediti: « si vero et ipse aliquas contra defunctum habeat actiones: non hae confundantur, sed similem (cum) aliis creditoribus per omnia habeat fortunam: temporum tamen praerogativa inter creditores servanda » (p); 4) l'erede ha diritto di prelevare dai beni ereditari quanto ha speso per funerali, inventario, ecc.: « in computatione autem patrimonii damus ei licentiam excipere et retinere quicquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse » (q).

Il diritto giustiniano stabilisce che l'erede debba pagare i creditori ed i legatari a mano a mano che si presentano e che i creditori che si presentano dopo esausto l'asse ereditario non abbiano alcun diritto, salvo il regresso contro i legatari soddisfatti, ma il diritto comune finì per ammettere che si potesse, per pareggiare la posizione dei creditori, aprire il concorso. Tale soluzione è, in San Marino, concessa, sia ad istanza degli eredi beneficiati, sia ad istanza di qualsiasi creditore, dalla legge 15 novembre 1917 n. 17. E' tuttavia possibile agli eredi, all'infuori del concorso vero e proprio, anche se accettanti con il beneficio d'inventario, di venire a patto coi creditori: « si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus, ut minus solvatur pactum valiturum est... hodie tamen, ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum, et communi consensu declaraverint, quota parte (percentuale) debiti contenti sint: si vero dissentiant, tunc Praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem » (r). La maggioranza si forma col cumulo dei creditori e del capitale « et sancimus ut vel ex cumulo debiti, vel ex cumulo creditorum iudicetur » (s); a parità del numero dei creditori prevale la maggioranza del capitale: « maiorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum » (t). I creditori ipotecari e privilegiati mantengono il diritto di prelazione se assenti o non consenzienti al concordato « iniquum est auferre ei prelationem, sicuti pignus aut privilegium » (u).

n) VOLFIO, *Institutiones juris naturae et gentium*, Parte VII, par. 968.

o) Cod., Lib. VI, tit. XXX, Leg. 22, par. 4.

p) Cod., l. c. a nota prec., par. 9.

q) Cod., l. c., par. 9.

r) Dig., Lib. II, tit. XIV, leg. 7, par. 17 e 19.

s) Cod., Lib. VII, tit. LXXI, leg. 8.

t) Dig., Lib. II, tit. XIV, leg. 8.

u) Dig., Lib. XVII, tit. I, leg. 58, par. 1 - Sentenze primo grado: 28 dicembre 1931 nella causa n. 132, anno 1931 (Giur. Samm., anni 1931 - 1932, pag. 37); 2 gennaio 1933, nella causa n. 275, anno 1931 (Giur. Samm., anni 1933 - 1934, pag. 13); 16 agosto 1937 nella causa n. 224, anno 1935 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 60); 24 marzo 1962 nella causa n. 245, anno 1959, confermata con sentenza di secondo grado 15 luglio 1963 (Giur. Samm., anno 1965, vol. I, pag. 41); 17 febbraio 1966 nella causa n. 207, anno 1958.

C) Decreti per autorizzare i minori e le donne - In modifica ed abrogazione delle Rubriche XV e XLI del Libro II delle *Leges Statutae* e del Decreto Consiliare del 15 febbraio 1888, la Legge 28 giugno 1937, n. 5 ha stabilito che i contratti relativi: 1) ai minori soggetti alla patria potestà; 2) alle donne sia per i beni dotali sia per i beni extradotali; 3) agli incapaci non contemplati da questa legge o da altre leggi speciali, siano validi, tanto per la forma, quanto per la sostanza, con l'autorizzazione del giudice. Questi può, prima di deliberare, sentire il parere dei prossimi parenti sulla convenienza, per le persone assistite, degli atti da autorizzare.

Per i contratti dei minori comunque assoggettati alla tutela, degli interdetti e degli inabilitati, rimangono ferme le disposizioni della Legge 27 aprile 1911.

Le donne non possono alienare od obbligare i beni dotali oltre la metà senza l'autorizzazione del Consiglio dei XII. È tuttavia sufficiente l'autorizzazione giudiziale: 1) quando si tratta di semplice reimpiego di capitali; 2) quando la metà della dote non supera le lire 25 mila (art. 1 Legge 29 ottobre 1949 n. 49); 3) quando si tratta di donna minore tutelata dal Consiglio di Famiglia.

Con la successiva legge 22 settembre 1953 n. 35 è stato disposto che la donna maggiorenne, nubile o maritata, può liberamente alienare o comunque obbligare i beni e le ragioni che non abbiano carattere dotale.

LEZIONE UNDECIMA

Sommario: 1. Del compromesso necessario - 2. Dell'exequatur delle sentenze straniere. - 3. Del sequestro.

1. - Una speciale procedura dobbiamo finalmente segnalare come propria di poche legislazioni, quella del compromesso coatto, denominato dallo Statuto compromesso necessario (1). Il compromesso è il patto col quale le parti si obbligano a deferire ad uno o più arbitri la decisione della controversia. In alcuni casi (questioni di confini, servitù, ecc.) il giudice ha facoltà di indurre le parti a compromettere in uno o più arbitri la decisione; ma se le parti non vi si prestano, non ha, come vedemmo, facoltà per obbligarle a stipulare il compromesso con qualunque mezzo; ma deve invece pronunciare sommariamente sulla causa (2).

In altri casi, il giudice non ha la iniziativa; ma ha l'obbligo e potestà, ricorrendo alcune condizioni, di costringere gli interessati a stare al compromesso. Ciò vale (3): 1°) per tutte le cause di qualunque specie e per qualunque titolo, eccettuate le cause dotali e testamentarie, fra parenti ed affini fino al quarto grado inclusive; 2°) per tutte le cause in cui siano interessati orfani, vedove o pupilli, e senza pregiudizio del gratuito patrocinio, di cui potessero aver riportata la concessione; 3°) per le cause fra mercanti ed artefici sull'opera loro e conseguenze; 4°) per le cause fra comunisti o soci e tutte quelle in qualsiasi modo connesse o dipendenti od in qualunque modo collegate con le società e comunioni.

Basta che rispetto ad una delle parti si verifichi una delle condizioni ora dette, perché il compromesso diventi necessario. Quindi le cause dei terzi contro i soci od i comunisti, quelle tra una persona abbiente ed una miserabile, ecc., sono tutte soggette ad essere trasformate in procedimenti arbitrali (4). È però altra condizione necessaria che una almeno delle parti ne faccia domanda al giudice prima della apertura dei termini probatori. La domanda di compromesso deve essere comunicata alla parte avversaria, la quale, avendone preso cognizione, può o tacere e riconoscerne implicitamente la giustizia, od opporvisi sia nella medesima udienza, sia domandando un congruo termine per ciò fare. Però le eccezioni contro la domanda di compromesso sono limitate: o all'impugnativa della parentela, la quale, se dolosamente avanzata, importa una condanna alla multa (bastando per la prova la deposizione di quattro testimoni di fama), o alla esistenza di una cosa giudicata, o di un titolo liquido ed autentico, come una sentenza, un lodo, un te-

1) Rub. VI, Lib. II, parag. 124.

2) V. Lezione IX e parag. 382, Rub. LII, Lib. II.

3) Rub. LX, Lib. II, parag. 415 e 419.

4) Rub. LX, Lib. II, parag. 420.

stamento, un verbale di confessione e simili, il quale tolga di mezzo la controversia e, finalmente, alla prescrizione (5).

L'uso del compromesso è, come si evince dalla lettera dello Statuto, da estendersi a tutte le cause, qualunque ne sia l'oggetto, comunque introdotte davanti al giudice, non avendo altro scopo l'uso della frase « si quaestio, lis, differentia, vel controversia oriretur vel esset » (6) che quello di significare le controversie pendenti, ed anche stragiudiziali di qualunque natura.

Il giudice deve, dentro tre giorni correnti da che la domanda di compromesso fu avanzata senza opposizione, ovvero da che la opposizione fu fatta od il termine assegnato per farla è trascorso, dichiarare se debba, o no, farsi luogo al compromesso (7).

Nel primo caso, assegnerà con suo decreto il termine di otto giorni continui, decorrendi dalla notifica del decreto all'ultimo degli interessati, acciocché le parti stipulino il compromesso e procedano alla nomina degli arbitri. Questo Decreto, come vedremo a suo luogo, non è solo esecutivo per sé, ma è considerato inappellabile (8).

La nomina degli arbitri che devono, se più, essere tre, è per uno fatta da ciascuna delle parti, mentre il terzo (arbitratore) può essere nominato dalle parti d'accordo e, in difetto, dal Tribunale. Potrebbero altresì le parti eleggere un arbitro solo. Contro gli arbitri nominati dalla parte avversaria possono proporsi motivi di sospetto intorno ai quali si pronunzia il giudice. L'arbitro non può recusare l'incarico, salvo che per giuste e determinate ragioni, come malattia, assenza, povertà, uffici pubblici, altri arbitraggi affidatigli ed altre ragioni simiglianti. Il giudice, anche in questo caso, si pronunzia sopra la scusa, ed ha, tanto per la recusa quanto per la scusa, tre giorni correnti per pronunziarsi con decreto che è inappellabile (9).

Se le parti non si prestano alla stipulazione del compromesso, il giudice può condannarle a pene pecuniarie [fino alla somma di cinquanta lire]; e se questo non basta, valersi degli altri espedienti reali [e personali], cioè del pignoramento dei loro beni [e della detenzione personale] (10).

L'arbitro, od il collegio arbitrale, debbono decidere della questione in diritto ed in fatto, secondo verità ed equità, messa da parte ogni formalità di procedura e solennità di forme. Gli arbitri hanno il termine di due mesi correnti dal giorno della stipulazione del compromesso per emettere il loro lodo, e frattanto è affidato alla loro cura il richiedere, avvisare ed eccitare le parti perché provvedano, nel loro interesse, a mettere in chiaro la questione ed i rispettivi diritti.

Trascorsi i due mesi, se l'arbitro o gli arbitri non emettono il lodo, può ad essi venire assegnato un altro mese, ma non oltre. Il giudice, se ve ne fosse necessità, può comportarsi rispetto agli arbitri ritardatari come rispetto alle parti renitenti, vale a dire ordinare il sequestro dei beni [o la loro detenzione perso-

5) Rub. cit., parag. 430.

6) Rub. cit., parag. 415 e 421 - Secondo il diritto comune, « controversia » e « lis » sono due fasi della « quaestio », prima e dopo la contestazione della lite; « differentia » accenna alla pendenza stragiudiziale.

7) Rub. cit., parag. 419.

8) Rub. cit., parag. 421 - V. Lezione XIII.

9) Rub. cit., parag. 421, 435, 436.

10) Rub. cit., parag. 421.

nale] (11). Questo, s'intende, purché siano sudditi sammarinesi, od in Repubblica residenti.

Il lodo o sentenza compromissoriale, od arbitrale, ha lo stesso valore di una sentenza pronunciata dal giudice all'effetto della esecuzione e ad ogni altro. Basta, per la sua validità, che sia emesso con la maggioranza, vale a dire secondo il parere di due su tre.

Dell'appello e della terza istanza contro le pronuncie arbitrali diremo trattando di questi istituti.

Basti per ora il ricordare che sono di regola ammissibili, salvo che le parti con un accordo, della cui validità non dubitiamo, abbiano rinunciato all'appello, convenendo di deferire agli arbitri la potestà di pronunciarsi definitivamente sulla controversia, clausola consentanea alla natura ed agli scopi del compromesso. Anche questo istituto del compromesso obbligatorio segna un vantaggio sopra l'arbitrato, o compromesso volontario, che resta lettera morta nella pagina dei Codici, poiché la volontà concorde delle parti, anche in cosa di profitto comune, è un elemento difficile a riscontrarsi fra coloro che si accingono a litigare. E ciò tanto più quando non esistano dei Collegi o Camere arbitrali permanenti, alla cui giurisdizione si assoggettino preventivamente alcune classi di persone per spontanea volontà nella lontana previsione di una possibile controversia, simili a quelle di cui l'Inghilterra ci offre più di un esempio (12).

È incerto se il diritto romano ammettesse o meno la validità della clausola compromissoria. Un passo di Ulpiano (a) parrebbe favorevole: « plenum compromissum appellatur quod de rebus omnibus controversiisve compositum est, nam ad omnia controversias pertinet ». Ma non mancano commentatori di diritto comune (b) i quali spiegano che il passo di Ulpiano si riferisce alle controversie presenti e non alle future ed invocano a sostegno il seguente passo di Paolo: « de his rebus et rationibus et controversiis, judicare arbiter potest, quae ab initio fuissent inter eos qui compromiserunt, non quae postea supervenerunt ».

Ma, comunque sia di ciò, non può disconoscersi che la clausola compromissoria (intesa come pactum de compromittendo e cioè come patto di far decidere le controversie, derivanti da un contratto principale, da arbitri) è entrata, per consuetudine, nel diritto sammarinese.

È, del resto, conforme alla logica del diritto, posto il principio che le cose future possono essere oggetto di una obbligazione (c), che le parti possano deferire ad arbitri non solo le questioni già sorte ma anche quelle che possono insorgere a seguito ed in relazione ad un determinato contratto o convenzione riguardante rapporti di diritto patrimoniale.

Le Leges Statutae non vietano che gli arbitri possano essere cittadini esteri e che il lodo arbitrale, anche se relativo a contratto stipulato in San Marino ed ivi avente esecuzione, possa avvenire all'estero, anzi ammettono che gli stessi giudici

11) Rub. cit., parag. 423 - Qualche cosa di simile si riscontra nella storia del giurì in Inghilterra, per averne una decisione o verdetto unanime. V. FRANQUEVILLE, Le système judiciaire de la Grand Bretagne, Paris, 1893, pag. 399.

12) Chambers of Arbitration - V. FRANQUEVILLE, II, pag. 120.

a) Parag. 6, Leg. 21, Dig., Lib. IV, tit. de receptis.

b) VOET, Ad Pand., IV, 7, n. 18 - POTHIER, Pand., Lib. IV, tit. VIII, sez. I, parag. 8.

c) Leggi 8, 34 parag. 2, 78 parag. ult., ff. de contrah. empt. - Leg. 15, ff. de pignor. - Leg. 24, ff. de legat. - Leggi 14, 73, 83 parag. 5, ff. de verb. oblig.

possano, ed in certi casi debbano, essere stranieri ed in questo caso emettere il loro giudizio all'estero.

Può, invece, presentarsi dubbia la validità della clausola relativa alla inappellabilità del giudicato del collegio arbitrale, in quanto le *Leges Statutae* stabiliscono bensì che il lodo sia, ad eccezione di casi speciali, messo in provvisoria esecuzione (« *et sententia, arbitramenta et lauda praedictorum arbitratorum et arbitrorum... valeant et teneant et executioni mandentur ad voluntatem ejus in cuius favorem latae fuerint, realiter et personaliter* ») ma concedono sempre il giudizio di appello (« *si autem alia pars sentiens se laesam a dicto laudo recursum habere voluerit, possit... se gravatam proponere et iterum compromissum fieri petere* ») e, ove del caso, quello di terzo grado (« *et si contigerit dictum secundum laudum... esse contrarium laudo primo lato, vel ab eo discordare, adeo quod non fuerit conforme, pars contra quam latum fuerit, iterum revideri per alios arbitros... petere possit* »).

Tuttavia la consuetudine ha ammesso, e per gli stessi motivi per i quali è stata riconosciuta valida la clausola compromissoria, la possibilità della rinuncia ai rimedi ordinari; salvi, per altro, i rimedi straordinari di nullità e di restitutio in integrum.

Non appare invece lecito, nell'ipotesi di clausola compromissoria contenuta in contratto che venga stipulato in San Marino e tra cittadini sammarinesi o tra questi e cittadini esteri, rimettere la nomina degli arbitri o del terzo arbitro ad autorità giudiziaria estera, in quanto le *Leges Statutae* dispongono che « *si partes ipsae in eligendum tertium non fuerint concordēs, per Capitaneos tertius unus, partibus non suspectus, eligatur* ».

Nella procedura sammarinese, inoltre, il giudizio arbitrale si divide, con evidente riferimento alle procedure romane per *legis actionem* e per *formulas*, nelle fasi che possono chiamarsi, in relazione a dette procedure, in *jure* ed in *judicio*. Nella prima il Magistrato determina od approva le questioni da decidersi dagli arbitri: nella seconda questi emettono la loro decisione.

La validità dell'arbitrato che nella odierna procedura è chiamato « libero o irrituale » e cioè all'infuori di ogni norma procedurale, in contrapposto a quello « rituale o regolare » e cioè avvenuto con la osservanza delle prescritte formalità procedurali, trova la sua radice ed il suo fondamento, secondo il diritto romano comune e quindi in diritto sammarinese, nelle ben note norme del diritto sostanziale secondo le quali chiunque ha contratto un'obbligazione è tenuto ad adempierla esattamente ed i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno stipulati.

L'esecuzione del lodo arbitrale spetta all'ordinaria autorità giudiziaria. La parte interessata deve rivolgersi al giudice ordinario, il quale, accertata l'esistenza di accordo preliminare e di una conseguente definitiva decisione, ordinerà l'esecuzione nei modi ordinari (d).

2. - Per la esecutorietà da concedersi, su questo territorio, a decisioni civili emanate da autorità giurisdizionali di Paesi con i quali non siano vigenti speciali

d) Sentenze primo grado: 11 maggio 1951 nella causa n. 264, anno 1949 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 256); 13 agosto 1957 nella causa n. 170, anno 1955 (Giur. Samm., anno 1964, vol. I, pag. 60).

convenzioni, il Congresso dei Legali, nella sua adunanza del 19 maggio 1899, ed il Consiglio dei XII, con sua Sentenza in data 23 gennaio 1900 (e), deliberarono che dovesse seguirsi, anche in base all'art. 19, n. 37 della Legge 29 marzo 1897 sui Tribunali, il sistema più liberale, « fondato su quei vincoli di solidarietà che in materia giuridica devono unire gli Stati che fanno parte della cosiddetta comunità giuridica internazionale », e cioè che la esecutorietà dovesse concedersi senza entrare nel merito, ma dietro ad un esame semplicemente formale in modo da accertare la legittimità, la autenticità della pronuncia straniera ed il rispetto all'ordine pubblico sammarinese. Si ricorre così, in mancanza di disposizioni speciali generali, secondo quanto affermato dalla costante giurisprudenza, ai principii di massima posti dal diritto internazionale e si esamina se la decisione: 1) sia stata emessa da autorità competente; 2) sia passata in cosa giudicata; 3) non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico interno.

Nel silenzio della legge, si è anche sollevato il dubbio se la competenza a concedere l'*exequatur* spetti al Commissario della Legge o ad altre autorità. La Sentenza sopra citata del Consiglio dei XII ha deciso che la competenza spetti al Commissario della Legge. Ciò, del resto, può dedursi anche dall'art. 4 della Legge 26 febbraio 1878 sui Tribunali. La consuetudine ammette che la concessione dell'*exequatur* possa avvenire tanto in contraddittorio tra le parti interessate quanto sulla istanza di una delle parti senza contraddittorio. In questo ultimo caso il decreto di *exequatur* deve essere notificato alle altre parti interessate, le quali, nei termini e nei modi di legge, possono avanzare reclamo al Giudice di Appello (f).

L'*exequatur* a sentenze civili pronunciate da autorità giurisdizionali italiane viene normalmente accordato con la procedura speciale indicata dall'art. 6 della Convenzione 31 marzo 1939 tra San Marino e Italia, in parte modificato dall'Accordo Aggiuntivo stipulato il 28 febbraio 1946. Può anche ammettersi che venga richiesto con un regolare giudizio. In ambedue i casi è necessario che concorrano gli estremi sostanziali e formali richiesti dall'art. 5 della Convenzione.

Gli estremi sostanziali sono i seguenti: 1°) che le autorità giurisdizionali italiane potessero conoscere della causa secondo le norme sulla competenza giudiziaria internazionale vigenti in San Marino; 2°) che la decisione sia stata regolarmente notificata ed abbia acquistato forza di giudicato in Italia; 3°) che la decisione non sia in contraddizione con altra, già pronunciata sulla stessa controversia, da autorità giurisdizionale sammarinese; 4°) che al momento della emanazione della decisione non fosse pendente in San Marino un giudizio per la stessa controversia; 5°) che la decisione non contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico sammarinese.

Gli estremi formali (ed in parte sostanziali) sono i seguenti: 1°) che sia prodotto un esemplare della decisione emessa in Italia spedito in forma autentica; 2°) che sia dichiarato se la citazione sia stata regolarmente notificata; 3°) che sia attestato come la sentenza abbia acquistato in Italia forza di giudicato. Queste attestazioni e dichiarazioni devono essere poste in calce alla decisione; nel caso

e) In causa Valli - Riccardi. V. Rivista di diritto internazionale, Napoli 1900, III, pag. 70.

f) Sentenze primo grado: 16 luglio 1923 nella causa n. 113, anno 1923 (Giur. Samm., anno 1923, pag. 39); 31 maggio 1952 nella causa n. 155, anno 1952 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 275); 21 settembre 1961 nella causa n. 348, anno 1961 (Giur. Samm., anno 1964, vol. III, pag. 276).

che questa sia stata emessa dalla autorità giudiziaria, devono essere apposte dal Presidente della Corte di Appello nella cui circoscrizione la decisione è stata emanata.

L'ultimo comma dell'art. 5 (così e come è stato modificato dal successivo Accordo Aggiuntivo stipulato il 29 aprile 1953) dispone che quando la decisione concerne una causa matrimoniale tra cittadini dello Stato nel quale essa è invocata, la condizione enunciata al n. 1 dell'articolo stesso (e cioè la sussistenza del requisito della competenza giudiziaria internazionale) concorre soltanto se la parte convenuta aveva, al momento della instaurazione del giudizio, la residenza effettiva, da certificarsi dai rispettivi Consoli, di almeno un anno nello Stato nel quale la decisione è stata pronunciata.

Contro il decreto del Commissario della Legge che pronuncia sulla domanda di dichiarazione di esecutorietà, è ammesso ricorso, nel termine di quindici giorni dalla notificazione del decreto stesso, al Giudice di Appello.

L'ultimo comma dell'art. 6 (così e come è stato modificato dall'Accordo Aggiuntivo 29 aprile 1953) dispone che la decisione del Giudice di Appello è soggetta alle impugnazioni consentite dalla legge contro le sentenze pronunciate in tale grado.

Le sentenze estere, allorché sono state dichiarate esecutive su questo territorio, devono considerarsi alla pari con quelle emesse dalla autorità giudiziaria sammarinese: pertanto l'actio iudicati dura per un trentennio (g).

3. - Prima di procedere ad esaminare le regole della esecuzione forzata, diremo alcun che del sequestro. Per sequestro si intende qui un istituto diverso dal sequestro conservativo, non meno che dal sequestro cauzionale del diritto moderno. Il diritto romano non conobbe alcun istituto simile a questo secondo sequestro (h); le norme sul sequestro, nel diritto statutario, riguardano principalmente la detenzione dei debitori sospetti di fuga (13), o meglio e più spesso per « sequestratio » intendono il sequestro conservativo o pignoramento presso i terzi, ed a questo si riferisce molto probabilmente il passo dello Statuto che ne fa parola (14). Secondo la consuetudine osservata in Repubblica, il sequestro non è

g) Sentenze primo grado: 26 gennaio 1934 nella causa n. 211, anno 1933 (Giur. Samm., anni 1933 - 1934, pag. 68); 31 agosto 1955 nella causa n. 364, anno 1952 (Giur. Samm., anno 1963, vol. III, pag. 363); 8 ottobre 1960 nella causa n. 241, anno 1960 (Giur. Samm., anno 1964, vol. II, pag. 227).

h) Questo sorse a poco a poco (quale estensione al sequestro giudiziario) nel diritto comune. In un primo tempo poteva concedersi solo durante il giudizio ed in contraddittorio delle parti, ma, in un secondo tempo, si introdusse l'uso di concederlo anche inaudita altera parte e prima dell'instaurazione del giudizio. In questo ultimo caso il sequestrante doveva, entro un breve termine, citare il sequestrato al duplice scopo di sentir confermare il sequestro e canonizzare il credito a garanzia del quale il sequestro era stato assunto. Gli estremi per la concessione, e quindi per la conferma del sequestro erano i seguenti: 1°) ut summarie saltem constet de iure petentis (il fumus boni iuris); 2°) ut agens caveat de omni damno, quod rei dominus inde pati potest et iniuria... et simul monetur actor, ne absque gravi et legitima causa sequestrationem postulet (prestazione di eventuale cauzione da parte dell'attore); 3°) si debitor sit pravae existimationis, fugae aut dilapidationis suspectus (vale a dire se esista fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito) - RICHERI, Univ. Jurisp., Lib. III, tit. X, par. 1112, 1113.

13) Rub. VI, Lib. II, par. 150.

14) E' chiaramente spiegato negli Statuti di Forlì (Lib. II, Rub. 36), di Urbino (Lib. II, Rub. 32). Con questo senso passò nei codici veramente italiani. V. Cod. Toscano di Proc. Civ., art. 645. - Le Leges Statutae parlano di « sequestratio » in varie rubriche, ma nel senso

propriamente una misura eccezionale, una cautela fondata sul pericolo del ritardo, nel senso che l'oggetto può deperire, o le condizioni del debitore vanno peggiorando; ma invece è diretto ad assicurare un diritto di prelazione al creditore che difetta di un titolo liquido e regolare, in forza del quale possa dare corso ad un procedimento esecutivo o strumentale. Il « periculum in mora » viene così svisato, almeno nella maggior parte dei casi, nel senso che i creditori considerano come pericolo l'essere sottoposti ad una legge di eguaglianza (15). Comunque, eseguito il sequestro, si dà vita contemporaneamente ad un giudizio unico di conferma del medesimo e di liquidazione o canonizzazione del credito.

L'uso, o meglio l'abuso, aveva esteso questo sequestro conservativo anche agli immobili, sotto il nome di « ipoteca preambola »; ma fu infrenato dalla legge che la dichiarò inammissibile (16).

Il sequestro non può quindi avere altro oggetto da cose mobili e pignorabili. Esso si concede in seguito a formale richiesta, e mercé decreto, con la formula « a rischio e pericolo dell'istante », al quale potrebbe, quando il giudice lo credesse opportuno, imporsi l'obbligo di una cauzione. Intimato il sequestro al debitore, ed al terzo detentore quando ne sia il caso, il procedente, nel termine di cinque giorni correnti — tre per le cause di valore non superiore a lire [50] 5000 — se prima nol fece, deve citare il debitore al doppio scopo (come dicemmo) della conferma del sequestro e della canonizzazione del credito (17).

Il creditore darà la prova del suo credito, il debitore potrà fare le sue eccezioni, così intorno al titolo di questo, come intorno alla forma del sequestro. Il giudizio relativo verrà portato innanzi con la procedura propria del titolo su cui si fonda, ordinaria o sommaria.

Trattasi adunque di una esecuzione forzata anticipata (18); per la sentenza che condanna al pagamento, il sequestro si converte ipso iure in tenuta, o pignoramento, che assicura un privilegio al creditore sequestrante rispetto a tutti gli altri creditori, eccetto che rispetto a quelli che prima della conferma avessero domandato anch'essi un sequestro sui medesimi beni, o su essi beni proceduto ad una esecuzione forzata. Allora, fra tutti costoro, si apre il concorso.

Il privilegio, come conseguenza del sequestro, per quanto poco frequente, non è cosa del tutto nuova: esso fu, ad esempio, garantito per un lungo periodo di tempo dalla legislazione statutaria della Repubblica Veneta (19).

È principio di diritto che quando la domanda di sequestro è connessa ad una causa già pendente, il sequestro può concedersi soltanto dall'autorità giudiziaria davanti alla quale pende la causa. E ciò perché si ritiene conveniente che della attendibilità della domanda di sequestro pronunci la stessa autorità che è investita dell'oggetto della controversia.

esecutivo. Solo nella Rub. XXV del Lib. II, e per le questioni sorte sul mercato, può vedersi ammesso un sequestro conservativo. Comunque sia, nel diritto sammarinese, il sequestro conservativo è stato in pratica accolto in conformità di quanto si usava nel diritto comune. Le norme di uso sono state accolte nella Legge 10 dicembre 1884 sulle controversie avanti il Conciliatore.

15) T. C. 23 maggio 1899; Banca M. P. c. Amadori.

16) Legge 18 giugno 1868, art. 2: « Le ipoteche prese, come dicesi, in via preambola, sono considerate dalla legge come non assunte ».

17) Rub. XXI, Lib. II, par. 233 - Art. 51 e seg. Legge sul Conciliatore del 1884

18) PEREZ, in Cod., Libro IV, 4, n. 2.

19) CASAREGIS, Cambista istruito, pag. 132 - OMBROSI, Thesaurus, XI, Dec. XV (1754).

Il principio di diritto suindicato richiede: 1) che vi sia connessione tra la domanda di sequestro e la causa di merito; 2) che questa sia pendente. Esiste connessione quando v'è un diretto rapporto o relazione tra il sequestro e la causa esistente: tale connessione si ravvisa in sommo grado quando la causa riguarda la sussistenza ed il pagamento del credito a garanzia del quale si chiede il sequestro. La pendenza della causa va accertata al momento in cui il sequestro è domandato e si verifica, secondo il diritto comune qui vigente, allorché è già stata notificata la citazione: «*lis enim pendere dicitur, licet nulla jam contestatio secuta sit*» (i).

L'azione per la rivendicazione dei propri beni sequestrati da altri, in quanto ritenuti come appartenenti ad un terzo, debitore del sequestrante, deve essere avanzata unicamente dai pretesi proprietari e può costituire un giudizio a sé stante, per il quale si può procedere con il rito sommario quantunque il caso non rientri in quello preveduto dalla Rub. VII del Libro II degli Statuti. Ma se per giudicare di tale rivendicazione è necessario decidere una serie di questioni che si discutono tra le persone interessate nel giudizio principale, che ha dato luogo al sequestro, è evidente l'opportunità di integrare il giudizio con la presenza dei principali interessati o di rimettere la causa all'altro giudizio pendente.

L'esistenza di privilegio non toglie la possibilità di eseguire un sequestro sulle cose privilegiate: anzi il sequestro è l'unico mezzo col quale si possono fermare le cose mobili sulle quali cade il privilegio. Inoltre, essendo il sequestro, secondo il diritto e la consuetudine sammarinesi, contemporaneamente giudiziario e conservativo, può concedersi a chi ha, o pretenda di avere, la proprietà di una cosa quando questa si trovi a mani di altra persona e corra il rischio di subire sottrazioni. Vi sono anche autori che ammettono lo stesso sequestro conservativo sulle cose proprie del sequestrante.

La circostanza che nell'udienza fissata per la conferma del sequestro non sia stata riprodotta l'istanza, autorizza il convenuto sequestrato di far dichiarare l'abbandono della causa e lo scioglimento del sequestro. Ma se il convenuto ciò non ha fatto, ed ha accettato il contraddittorio, decade dalle dette eccezioni.

La sentenza di primo grado, anche se appellata, è valido titolo per dar luogo al sequestro ed all'ipoteca (l).

i) FABRO, Codex, Lib. II, tit. XXXVIII, def. 1.

l) Sentenza terzo grado 19 ottobre 1915 nella causa n. 66, anno 1914 (Giur. Samm., anni 1911 - 1920, vol. I, pag. 4) - Sentenze secondo grado: 3 febbraio 1923 nella causa n. 20, anno 1922 (Giur. Samm., anno 1923, pag. 3); 29 luglio 1925 nella causa n. 10, anno 1922 (Giur. Samm., anno 1925, pag. 9) - Sentenze primo grado: 29 maggio 1923 nella causa n. 135, anno 1922 (Giur. Samm., anno 1923, pag. 23); 11 gennaio 1930 nella causa n. 28, anno 1928 (Giur. Samm., anno 1930, pag. 7); 10 novembre 1934 nella causa n. 300, anno 1932 (Giur. Samm., anni 1933 - 1934, pag. 130); 8 agosto 1935 nella causa n. 95, anno 1935 (Giur. Samm., anni 1935 - 1936, pag. 82); 6 novembre 1952 nella causa n. 269, anno 1951 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 291); 30 agosto 1956 nelle cause n. 67 e 68, anno 1956 (Giur. Samm., anno 1963, vol. III, pag. 381).

LEZIONE DODICESIMA

Sommario: 1. Della esecuzione forzata in generale - 2. Della esecuzione mobiliare - 3. Della esecuzione immobiliare - 4. Della esecuzione sui crediti - 5. Del concorso dei creditori.

1. - La esecuzione forzata può avere per oggetto [o la persona del debitore, e si chiama allora personale, o] i suoi beni, e si dice reale, mobiliare od immobiliare, secondo la natura dei medesimi. [La esecuzione personale, o arresto del debitore come eccitamento a pagare è, per quanto raramente praticata, ancora in vigore nelle leggi di questa Repubblica] (a).

La procedura esecutiva reale si innesta, come per solito accade negli Statuti, sul regolamento della contumacia del convenuto. Chi rifiuta di comparire o chi non ubbidisce all'ingiunzione di pagare è trattato alla medesima stregua; l'espropriazione è anche una pena del contumace, il quale «*non veniens est jure rebellis*», come dice la glossa (1).

L'ordine della esecuzione reale rispetto agli oggetti è il seguente: cose mobili, immobili e crediti; non può procedersi all'esecuzione immobiliare senza avere esaurita la mobiliare (2). Questa regola, però, riguarda i beni situati in Repubblica. La procedura si accosta alla romana giustiniana, ed ha, in confronto di molte altre, il pregio di una savia sobrietà di pronunzia.

Il creditore deve essere munito di titolo esecutivo, che può essere: una sentenza passata in giudicato, un atto pubblico, un testamento, una scrittura privata (salvo contro questa la impugnativa), un lodo od ogni altro atto scritto autentico donde risulti il credito, senza che perciò occorra una formula speciale. Il credito deve sempre essere indicato in forma liquida e precisa, come già fu detto e come si voleva anche dal diritto romano (3).

Per procedere alla esecuzione forzata è necessario: 1) che sia stato notificato il titolo esecutivo; 2) che sia stato emesso e notificato il mandato esecutivo contenente la menzione dell'atto che attesta l'esistenza del diritto del creditore, la specificazione delle somme dovute dal debitore, la formula esecutiva e cioè il comando diretto a chiunque spetti di eseguire e fare eseguire, all'uopo anche con la forza, l'obbligazione portata dal titolo; 3) che sia stato notificato al debitore il

a) E' tuttavia caduta in desuetudine.

1) Sul Cap. 2 de dolo et contumaci.

2) Rub. LI, Lib. II, parag. 377 - Art. 18 Legge Ipotecaria - Leg. 19, Dig., XLII, I.

3) Leg. 6, parag. 1, Dig., h. t.

precetto, ossia l'ultima legale intimazione fatta al debitore, di eseguire entro tre giorni volontariamente la sua obbligazione, con minaccia che, in difetto, si procederà coattivamente contro di lui.

Tanto il mandato esecutivo quanto il precetto sono condizioni essenziali, sine quae non, per la procedura esecutiva. La legge, in considerazione degli effetti gravi derivanti dall'esecuzione forzata e ad evitare che il debitore ne sia vittima di sorpresa, vuole che siffatta esecuzione sia preceduta non solo dalla notifica del titolo esecutivo, non solo dalla emissione del mandato esecutivo ma anche dalla notifica del precetto. Con la prima il debitore ha la piena cognizione del diritto del creditore, ossia è accertata l'esecutorietà e si attua il valore esecutivo potenzialmente contenuto nel titolo; con la terza il debitore acquista la legale certezza della intenzione del creditore di procedere coattivamente contro di lui per conseguire il proprio avere.

La Rub. IX del Libro II delle Leges Statutae, al parag. 164, ammette l'opposizione ai precetti esecutivi, ma dispone che « tamen opponi non possit nisi exceptio falsitatis, et solutionis in totum vel in partem, vel alterius liberationis, transactionis, rei iudicatae, compensationis alterius debiti, quod per publicum probetur instrumentum, vel praescriptionis ».

Tali motivi dallo Statuto specificati possono proporsi e debbono provarsi dagli opposenti davanti alla stessa autorità giudiziaria che procede alla esecuzione, quando, naturalmente, non abbiano formato oggetto di decisione nel titolo in base al quale si procede.

In merito al caso particolare di opposizione per sopravvenuta transazione o novazione, è da precisare che la volontà di estinguere la obbligazione deve risultare in modo non equivoco e cioè, secondo la legge 8, Cod., de novat., deve essere chiaramente espressa in quanto « renunciatio non praesumitur ». È quindi necessario che l'intenzione di compiere una novazione sia chiara e manifesta, « è necessario che si abbia l'intenzione di togliere l'obbligazione esistente non già costituirne accanto a lei una nuova » (b). Secondo il diritto comune, « obligatio, sive actio, non reviviscit nisi justa causa subsit, ex qua aequitas subveniat ». Ora questa ragione di equità sussiste contro il debitore che non ha adempiuto alla nuova obbligazione. In tal caso, dicono i dottori, l'antica obbligazione non era interamente estinta, ma unicamente assopita. L'inadempimento non la resuscita ma la risveglia « mortua quidem actio non reviviscit sed sopita resuscitatur » ovvero « non a morte sed a somno resurgit » (c).

2. - Diciamo anzitutto della esecuzione mobiliare, e distinguiamo se questa si fa per la riscossione di un credito derivante da una sentenza del giudice Conciliatore, o comunque non eccedente le lire [50] cinquemila, ovvero se per somma maggiore.

b) ARNDST - SERAFINI, Trattato delle Pandette, vol. II, pag. 268.

c) Sentenze primo grado: 8 gennaio 1938 nella causa n. 124, anno 1936 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 67); 6 aprile 1938 nella causa N. 149, anno 1937 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 70); 21 ottobre 1953 nella causa n. 281, anno 1952 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 311); 18 giugno 1954 nella causa n. 43, anno 1951 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 324); 14 agosto 1954 nella causa n. 289, anno 1953 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 325).

Se il credito è per somma maggiore, la esecuzione mobiliare ha luogo col seguente procedimento, che diremo ordinario.

Il giudice, ad istanza del creditore, decreta la « tenuta », ossia oppignorazione dell'oggetto, o degli oggetti, da eseguirsi per mezzo dell'uscire, presenti due testimoni. Sono sottratti alla pignorabilità, secondo le regole del diritto comune ripetute anche nella legge sul Conciliatore, gli strumenti necessari alla propria industria od arte e quelli destinati all'agricoltura (salvo che per alcuni titoli privilegiati di credito), le armi e divise militari, i letti e le vesti necessarie al debitore e sua famiglia (4).

Eseguito il pignoramento, del quale il cursore darà relazione in calce al decreto, il giudice assegna al debitore un termine, anticamente di un mese, ora ridotto a dieci giorni, perché venga a redimere (« riluere ») l'oggetto, pagando il debito e le spese. Decorso questi dieci giorni inutilmente, il creditore fa istanza onde sia assegnato un termine di cinque giorni all'avversario per la proposta di un perito, e in difetto, perché il giudice ne nomini uno di ufficio, o proposto dallo stesso espropriante. In ogni caso, al perito viene assegnato un termine, ad arbitrio del giudice, perché possa compilare e presentare la sua stima. Si produce quindi in atti la relazione del perito registrata e giurata, se pure il perito non prestò già prima il giuramento. È da avvertire che se l'oggetto pignorato fosse in metallo prezioso, non deve tenersi a calcolo che il valore intrinseco della materia prima (5). Il creditore fa poscia istanza per la redazione di un bando, nel quale si renda noto al pubblico l'oggetto, il luogo della vendita, ed il prezzo, sul quale si aprirà l'asta. Tale avviso, o bando, deve essere affisso nella Città e nel Borgo, nei consueti luoghi, almeno un giorno intero innanzi all'esperimento dell'incanto. Il cursore deve fare in atti referto della pubblicazione dell'avviso. La vendita si fa nel luogo indicato (Borgo) al pubblico incanto, con l'intervento [del trombetta e] del Cancelliere, il quale ne stende relativo verbale. [Né il trombetta] né il Cancelliere, né altro pubblico ufficiale assistente sono ammessi ad offrire, nemmeno per interposta persona, pena la perdita dell'ufficio (6). Assisteranno, inoltre, sotto pena di nullità, due testimoni chiamati dall'ufficio (7). L'aggiudicatario, cioè il maggiore offerente, deve immediatamente versare la somma nelle mani del Cancelliere; se non lo fa si procede oltre nella gara.

Quanto rimane dal ricavato, deduzione fatta delle spese, che hanno privilegio, dell'importo del credito e degli accessori, resta a disposizione del debitore (8).

Se nessun compratore si fa innanzi, o se alcuni dei lotti rimangono invenduti, l'oggetto, o questi oggetti, possono essere aggiudicati in pagamento al creditore procedente, ed in ragione del valore per cui furono stimati nella perizia.

Se la somma del credito è inferiore alle lire [50] cinquemila, la vendita si fa nella stessa maniera, con queste differenze che il termine a redimere gli oggetti è ridotto a cinque giorni, che l'incanto può avere luogo nello stesso giorno in cui è affisso il bando al pubblico, non prima però di un'ora dall'affissione del

4) Art. 49, Legge sul Conciliatore - BONIFAZI, cit., pag. 6.

5) Art. 62, Legge sul Conciliatore.

6) Regol. Giuliani, art. 44.

7) Dec. 7 aprile 1726, n. 82.

8) Rub. XI, Lib. II, parag. 179.

bando, e finalmente che la presenza dei testimoni all'incanto non si richiede (9).

Quando l'esecuzione poi ha luogo per un credito privilegiato di manoregia, il termine a « riluere » è di cinque giorni, qualunque sia l'ammontare del credito (10).

Qualora l'oggetto, per congrue ragioni, fosse sottratto al possesso del debitore e consegnato al pubblico depositario di pegno, decorsi due mesi senza che nessuno abbia chiesta la subasta, il depositario può subastare d'ufficio l'oggetto; previa intimazione al proprietario, con la quale gli si concedono tre giorni per redimerlo (11).

3. - La esecuzione immobiliare si svolge con lo stesso sistema, ed è qui specialmente che si apprezza la caratteristica della semplicità.

Quando da un verbale di carenza steso dal cursore resulti che il debitore non possiede beni mobili (12), il creditore può iniziare l'azione esecutiva immobiliare, pur essendo semplice creditore chirografario.

Il pignoramento dell'immobile si fa dall'uscire nella stessa guisa che per i mobili. Questo atto dovrebbe essere trascritto dentro un mese all'ufficio delle ipoteche al solo scopo, secondo la legge (13), di conservare il privilegio per le spese giudiziali. Cosicché, malgrado l'adempimento di tale formalità, i terzi possono ignorare — fino a che la legge non sia riformata — la esistenza del pignoramento. Il termine a redimere viene assegnato in trenta giorni. Il termine per nominare il perito è il medesimo di giorni cinque.

Anche qui il giudice assegna a suo arbitrio, avuto riguardo alle circostanze, un termine al perito per la compilazione della stima.

Alle resultanze della relazione potrebbe far opposizione il creditore procedente, od il debitore espropriato. Non abbiamo per verità trovato nei processi traccia di tale opposizione, ma il creditore può avere interesse a diminuire ed il debitore ad aumentare il valore dell'immobile, anche perché, se l'immobile stesso resta invenduto, il creditore potrebbe avere l'obbligo, o il diritto, di farselo aggiudicare alla pari o con ribasso.

Il bando si forma e si affigge nella stessa maniera che per gli oggetti mobili, e chiunque affaccia diritti sopra l'oggetto immobile pignorato deve presentarsi al giudice prima dell'incanto per proporre la rivendicazione. L'esperimento si replica per due volte sul prezzo di stima se nessun offerente si presenta, altrimenti sul prezzo massimo offerto nell'incanto precedente. Se, non ostante il triplice incanto, nessun offerente si presentò, il creditore può domandare che l'immobile gli sia aggiudicato a prezzo di stima. La consuetudine ha ammesso che la aggiudicazione possa farsi in ragione di due terzi del valore stimato, rilasciandosi il terzo come compenso di una sostituzione forzata di una « datio in solutum » ad un pagamento in numerario. Però se il creditore avesse fatto opposizione al prezzo di stima, ottenendone un ribasso, è assai dubbio che gli si potesse concedere questo beneficio, che si risolverebbe in un secondo ribasso del valore.

Se egli non può entrare effettivamente in possesso, basta una « apprehensio » simbolica con l'intervento di tre testimoni; basta cioè che il creditore si presenti

9) Art. 56 e 63, Legge sul Conciliatore.

10) Art. 12, Legge 30 agosto 1873.

11) Art. 43, Regol. Giuliani e Dec. 25 giugno 1806 ivi.

12) Rub. XI, Lib. II, parag. 186.

13) Art. 55, Legge Ipotecaria.

con tre testimoni, i quali facciano fede che il creditore non poté entrare in possesso dello stabile per la violenza del detentore (14).

Il debitore può recuperare l'immobile, soddisfacendo il creditore d'ogni suo avere e pagando tutte le spese, dentro il termine di un anno, a partire dalla aggiudicazione. Decorso il termine, il quale si matura nel giorno successivo a quello che, secondo il calendario, corrisponde al giorno dell'anno precedente, in cui fu notificato il decreto di aggiudicazione dello stabile, senza che il debitore siasi fatto avanti, l'immobile resta definitivamente proprietà del creditore, salvo l'obbligo in questi di restituire l'eccedente; il quale obbligo prende la forma di un debito ordinario.

Qualora sull'immobile da subastare risultino iscritte delle ipoteche, è necessario che venga presentato in atti il certificato con la menzione e la iscrizione di tutte le ipoteche esistenti sull'immobile e ciò perché: 1°) assieme alla emissione del bando d'asta è necessario aprire il giudizio di graduazione; 2°) il bando d'asta deve essere notificato a tutti i creditori ipotecari, al domicilio dagli stessi eletto nella domanda di iscrizione ipotecaria, con la assegnazione di termine in cui essi dovranno collocare le loro documentate domande; 3°) la somma ricavanda deve essere interamente attribuita al primo creditore ipotecario, poi, se vi sia un residuo, interamente al secondo, poi, sempre che esista un residuo, al terzo creditore ipotecario e così di seguito; 4°) il creditore che promuove l'esecuzione non ha alcun privilegio — all'infuori che per le spese della procedura di esecuzione — di fronte ai creditori che, prima di lui, abbiano assunto ipoteca (d).

4. - Il pignoramento dei crediti si fa mediante citazione del debitore diretto e del terzo, davanti al tribunale competente per la somma, dove si domanderà la dichiarazione del credito e l'aggiudicazione del medesimo fino a concorrenza del proprio avere e delle spese.

La citazione con la quale si dà vita a tale speciale giudizio deve specificare: 1) la somma dovuta all'istante ed il titolo in forza del quale si procede; 2) l'indicazione, almeno generica, delle somme dal terzo dovute; 3) l'ordine al terzo di non disporre delle somme pignorate senza ordine della giustizia; 4) la citazione del terzo e del debitore: il primo perché dichiarare se e quali somme sono dovute al debitore; il secondo perché, se voglia, sia presente alla dichiarazione ed agli atti esecutivi. Dal giorno della notifica della citazione, il terzo, per le somme da lui dovute al debitore e fino all'importo pignorato, è soggetto a tutti gli obblighi imposti dalla legge ai depositarii e sequestratarii giudiziali. La procedura (che prende atto della dichiarazione del terzo, che decide sulle eventuali contestazioni insorte e che dispone l'eventuale assegnazione) deve essere chiusa con sentenza. Se il terzo pignorato non compare nella udienza stabilita e si astiene dal fare la dovuta dichiarazione, il giudice deve dichiarare che il terzo è detentore delle somme indicate nell'atto di pignoramento e condannarlo a farne la consegna od il pagamento.

Infatti la Rub. XI del Libro II, che contiene norme di carattere generale,

14) Rub. LI, Lib. II, parag. 377.

d) Sentenze primo grado: 27 febbraio 1937 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 49); 11 marzo 1959 nella causa n. 358, anno 1958 (Giur. Samm., anno 1964, vol. II, pag. 179).

dispone che il contumace « ne possit de sua contumacia gloriari », e quindi quale pena per la mancata comparizione, sia tenuto « ob contumaciam », « debitorem in quantitate petita » (e).

Non può domandarsi l'aggiudicazione degli assegni alimentari (15), i quali sono sottratti assolutamente ad ogni esecuzione mobiliare.

Non si possono oppignorare che nella misura determinata dalla legge (16) gli stipendi degli impiegati governativi, le pensioni, i sussidi e le gratificazioni concesse dallo Stato, e cioè per il quinto se il credito è ordinario, per il terzo se il credito è alimentare, intendendosi con questo nome tanto i crediti rappresentanti il prezzo di alimenti, quanto quelli per assegno alimentare.

Il pignoramento si opera mediante istanza alla Reggenza, la quale ordina la comparizione dell'impiegato nel termine non minore di cinque giorni.

Se il convenuto comparisce e confessa, o si rende contumace ma la parte istante prova con documenti o con giuramento il credito, la Reggenza aggiudica nei termini legali lo stipendio o la quota libera di stipendio che risulterà dalla dichiarazione che viene presentata dal Cassiere governativo per invito della Reggenza stessa.

Se il debitore opponga eccezioni, le quali debbano essere discusse, ed il creditore non receda dalla istanza, la Reggenza rimette le parti ad udienza fissa davanti all'autorità giudiziaria competente per valore (17).

5. - Del procedimento concorsuale. - Innanzi di procedere ad una succinta coordinazione sistematica delle pratiche in uso, ricordiamo alcuni principi del diritto romano moderno relativi alla cessione dei beni, introdotta dalla legge Giulia. Il debitore non ha diritto in tutti i casi di cedere i beni: la cessione è un beneficio che deve essere concesso e che presuppone l'assenza di malafede nel debitore, il quale siasi ridotto a mal partito in seguito a rovesci di fortuna (18). La cessione dei beni produce, rispetto al cedente, questi principali effetti: lo salva dall'arresto personale e dall'infamia, gli acquista il diritto di opporre ai creditori il « beneficium competentiae » (19). Rispetto ai creditori, la cessione non trasmette in loro il possesso giuridico dei beni; ma il diritto di conservarli e di venderli, salva la facoltà nel cedente, fino a che non sia eseguita la vendita, di riprendersi i beni ceduti, pagando i suoi creditori (20).

Conseguenza immediata della cessione è che i beni ceduti non possono più formare oggetto di alcuna altra azione reale, conservatoria od esecutiva, da parte di chicchessia. La massa dei creditori è amministrata da un curator bonorum, nominato dal giudice o dai creditori, il quale ha i doveri tutti di un amministratore, e specialmente quelli di procedere all'inventario, di completare l'attivo del compendio, di curarne la conservazione temporanea e le rendite, di sperimentare l'azione

e) Sentenza primo grado 15 giugno 1953 nella causa n. 73, anno 1953 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 295).

15) Art. 49, n. 4, Legge sul Conciliatore.

16) Legge 27 maggio 1899, art. 1 e seg.

17) Art. 6 e seg. Legge cit. a nota prec.

18) Leg. 1 e 6, Cod., VII, 71.

19) Leg. 11, Cod., II, 12 - Leg. 4 e 6, Dig., XLII, 3.

20) GAJUS, Comm., III, parag. 78 - Leg. 3 e 5, Dig., XLII, 3.

Pauliana, o quella di nullità per le operazioni fatte in frode ai creditori, ed infine di rendere il conto (21).

Per inquadrare convenientemente tale istituto e la sua procedura nel diritto sammarinese, deve esaminarsi, in primo luogo, quale rapporto intercorra tra lo Statuto e le sue riformazioni da una parte ed il diritto comune dall'altra e, più precisamente, tra la Legge 15 novembre 1917 n. 17 (sulla cessione dei beni ai creditori, sul concordato e sul concorso dei creditori) ed il diritto comune.

La teoria seguita ed accolta dagli autori e dalla giurisprudenza di diritto comune era quella che le leggi particolari (dette in genere « municipali » in quanto comprendevano sia gli Statuti sia le riformazioni) o lo jus singulare erano di strettissima applicazione in quanto dovevano allontanarsi il meno possibile dal diritto comune nel quale la legge speciale doveva restare inquadrata ed al quale doveva farsi ricorso per completare, integrare ed interpretare ogni disposizione, anche dubbia, del diritto speciale o particolare o municipale od eccezionale. Il De Luca insegna che la legge municipale « strictam et rigorosam recipit interpretationem, ut, quominus fieri potest, corrigat jus commune vel ab eo deviet ac propterea ad illud in caso omissio vel dubio est recurrendum » (I). Il Richeri conferma: « Atque in primis, quod ad edictorum interpretationem pertinet, specialis vulgo recepta est regula, strictam illa recipere interpretationem si modo jure communi contraria sint... unde sequitur quidquid novo principia edicta non videtur expressum vel inductum, id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligi debere » (II), richiamando a sostegno la legge praecipimus (32 parag. ultimo, Codice, de appell., 7, 62): « Quidquid autem hac lege specialiter non videtur expressum id veterum legum constitutionumque regulis omnes relictum intelligant ». Egual soluzione veniva adottata in Germania, quando ancora si applicava il diritto comune, ed essa venne accolta dalle prime codificazioni italiane che sostituivano il diritto comune. Nel N. IV del preambolo alle « Leggi civili del Regno di Sardegna » del 16 gennaio 1827 si ordina che « nei casi non previsti continuerà ad osservarsi la romana giurisprudenza che è sempre stata in vigore, in mancanza delle Leggi del Regno ». Il Parag. 1 del Regolamento Legislativo per gli Stati Pontifici del 10 novembre 1834 dispone: « Le leggi del diritto comune, moderate secondo il diritto canonico, continueranno ad essere la norma nei giudizi civili in tutto ciò che non viene altrimenti disposto in questo regolamento ». Il Brugi afferma: « Quel Supremo Tribunale, la Rota Romana, che tanti Statuti conobbe ed applicò, dimostra sempre nelle sue innumerevoli decisioni di interpretarli e completarli col diritto comune ed a far sì che questo sia leso da essi il meno possibile; a considerarlo, insomma, come modello superiore a tutte le leggi particolari. Massime simili accolse la giurisprudenza fiorentina toscana, piemontese, sarda, napoletana ecc. » (III).

In senso conforme è la giurisprudenza sammarinese (IV), cosicchè può con-

21) Leg. 8 parag. 4, 15, Dig., XLII, 5 - Leg. 2 pr., Dig., XLII, 7 - MACKELDEY, Manuel de droit romain, Bruxelles, 1841, parag. 751.

I) Theatrum, De iudiciis, Lib. XV, Disc. XXXV.

II) Univ. Jurisp., Disp. pars prima, cap. III, de legum municipalium interpretatione, parag. 145.

III) Storia della giurisprudenza, Nuovi Saggi, n. IV, Il trionfo del diritto comune, pag. 68.

IV) V. in particolare la Sentenza di terzo grado 16 settembre 1954 nella causa n. 14, anno 1947 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 17).

cludersi: 1°) che lo Statuto e le riformazioni, tra le quali è da comprendere la legge sui concorsi, sono da interpretarsi restrittivamente e cioè nel senso che modificano e si allontanano il meno possibile dalle norme del diritto comune; 2°) che tutto ciò che non è contemplato in modo specifico dal diritto particolare resta regolato dal diritto comune; 3°) che le parole e le espressioni delle leggi singolari e speciali, e quindi della legge sui concorsi, devono prendersi nel significato del diritto comune: « a jure communi interpretationem sumunt »; 4°) che ogni dubbio, cadente sulla legge speciale, deve essere risolto in conformità del diritto comune.

Ciò premesso, non può certo ammettersi che la Legge 15 novembre 1917 N. 17, con le disposizioni dei suoi 21 articoli, abbia regolato od inteso regolare in modo completo ed esclusivo l'intera materia del procedimento concorsuale. Al contrario, questa legge deve essere necessariamente interpretata ed integrata con riferimento alla elaborazione del iudicium concursus offerta, in modo ben altrimenti compiuto, dal diritto comune, sulla base degli istituti romani della cessio bonorum, della missio in bona, della bonorum distractio e della connessa individuazione e graduazione dei creditori del debitore insolvente. Pertanto, in perfetta antitesi al brocardo « ubi lex noluit, tacuit » deve ritenersi che « ubi deficit statutum, intrat dispositio juris communis, quia cessante provisione hominis intrat provio legis » (V).

Non è qui possibile delineare il complesso e vario sviluppo storico-giuridico dell'istituto fallimentare nel diritto comune e nella legislazione statutaria delle città italiane, ma non può disconoscersi che il fallimento ha la sua prima e diretta origine proprio nel procedimento concorsuale come procedimento di esecuzione collettiva, diretto ad attuare ope iudicis, e nel rispetto della par condicio creditorum, la soddisfazione delle diverse categorie di creditori sul patrimonio del comune debitore insolvente. Il iudicium concursus « quo omnes unius debitoris creditores simul concurrunt, de iuribus suis simul experturi, ita ut iudex una sententia complectatur quae ad singulos creditores pertinent » (VI), ha la stessa funzione propria dell'odierna procedura fallimentare italiana. Tra i due istituti non esiste alcuna sostanziale diversità. Tanto il concorso (denominazione derivata dal diritto romano) sammarinese quanto il fallimento (denominazione derivata dal latino « fallere » e già usata dai commercialisti dell'ultimo periodo del diritto comune) italiano hanno comune origine, quanto alla procedura collettiva sui beni del debitore, nella missio in bona e nella cessio bonorum del diritto romano, e, quanto alle altre regole (moratoria, concordato, inventario, nomina del curatore, verifica dei crediti, presunzioni di frode, ecc.) nelle norme formulate dalle curie mercantili romane. Anche la diversa denominazione non ha giuridica influenza. Con la parola « fallimento » si indica il fatto giuridico considerato nel suo aspetto esteriore, mentre con la espressione « concorso tra i creditori » si indica lo stesso fatto giuridico considerato nel suo contenuto: tanto è vero che la legge italiana dichiara che « il fallimento apre il concorso dei creditori » (VII).

Le sole differenze notevoli tra il « concorso sammarinese » ed il « fallimento italiano » sono le seguenti:

V) PETRUS DE ANCHARANO, Cons. 26.
VI) RICHERI, *Univ. Jurisp.*, lib. III, tit. 21, par. 1422 e seg.
VII) Art. 52 del R. D. 16 marzo 1942 n. 267.

1) La legge italiana ammette la dichiarazione di fallimento solo nel caso che il debitore sia commerciante. Invece, la legge sammarinese fa del fallimento un istituto comune indistintamente a tutti i debitori.

2) La legge italiana contempla reati speciali in relazione al fallimento (la bancarotta: allusione all'uso di spezzare il banco, che dagli antichi commercianti veniva tenuto sulla pubblica piazza, di chi non manteneva i suoi impegni). La legge sammarinese sui concorsi non prevede reati speciali ma si rimette al Codice Penale sia nella parte particolare dei misfatti contro il commercio pubblico (VIII), sia nella parte generale per i reati dolosi ed anche colposi. Del resto, la parte penale del fallimento o concorso non è elemento essenziale della parte civile: questa non dipende da quella, ma, ove del caso, vale il contrario.

Qualora la massa delle attività e delle passività del decotto si riferisca a rapporti ed a situazioni che si sono svolti e conclusi sia su questo territorio sia su quello italiano sorgono due quesiti: 1°) quale efficacia abbia il provvedimento dichiarativo di concorso, emesso dall'autorità giudiziaria sammarinese, sul territorio italiano; 2°) quale legge sia da applicare ai singoli rapporti ed ai vari stadi che si riferiscono alla cosiddetta carriera del fallimento quando esistano attività e passività in Stati diversi.

Quanto al primo quesito, la giurisprudenza prevalente negli Stati europei, ed anche in quella italiana, fa una distinzione che si riannoda agli antichissimi concetti della iurisdictio e dello imperium, nel senso che il provvedimento dichiarativo di concorso ha, negli Stati esteri, anche senza il giudizio di deliberazione, l'efficacia di titolo probatorio (iurisdictio) allo scopo di determinare la condizione del fallito, di accertare l'epoca della cessazione dei pagamenti, di arrestare, opponendola in via di eccezione, l'azione individuale di un creditore, e per ottenere tutti quei provvedimenti o fare tutti quegli atti che non costituiscano veri atti esecutivi; all'incontro, è necessario che il provvedimento sia reso esecutivo nei singoli Stati per vendere i beni del fallito, o per dargli quella esecuzione (imperium) che, anche in base alle altre sentenze, non si può effettuare senza l'exequatur.

Scrivono il Carle: « Il provvedimento che dichiara il fallimento può essere considerato sotto un duplice aspetto. O quale documento che constata una certa condizione di cose e che ha per effetto di togliere al fallito la disposizione dei suoi beni, di arrestare le azioni individuali dei creditori, di annullare o di rendere annullabili certi atti. Sotto questo aspetto, il provvedimento che dichiara il fallimento è la constatazione di un fatto, valevole per il fallito, per tutti i suoi creditori e per i suoi beni, ed anche senza essere reso esecutivo, può essere opposto a chiunque compia un atto che sia in contraddizione con esso, sia quale eccezione di cosa giudicata sia quale documento in base a cui quell'atto debba essere privo di effetto. Esso, insomma, sotto questo aspetto, senza poter avviare un vero e proprio giudizio di esecuzione, ha tuttavia una efficacia negativa che vale ad impedire gli atti che si compiono, anche all'estero, per sfuggirne le conseguenze; così impongono l'interesse del commercio, l'uguaglianza tra i creditori, i caratteri particolari del giudizio di fallimento. O può, invece, considerarsi come un titolo esecutivo, base e fondamento di un vero giudizio di spropriazione dei beni mobili ed immobili posseduti dal fallito fuori dello Stato ed allora questa forza esecutiva deve

VIII) Art. 358, che contempla il caso di chi « suo vitio tantum decoxerit ».

partire dall'autorità locale, previo un giudizio di delibazione » (IX).

Il provvedimento emesso dal Tribunale di San Marino, reso esecutivo in Italia a norma e con i criteri di cui all'art. 6 della Convenzione 31 marzo 1939, ha piena efficacia, anche nella Repubblica Italiana, non solo come documento comprovante una determinata condizione di fatto, ma pure come documento avente piena efficacia esecutiva di fronte sia ai mobili, sia agli immobili del fallito situati in Italia.

Quanto al secondo punto, in merito cioè alla determinazione della legge applicabile quando esistano passività ed attività, ipoteche e privilegi in Stati diversi, in base alle considerazioni già esposte, alla dottrina ed alla giurisprudenza prevalenti nei vari Stati, possono, in via di massima, affermarsi i seguenti criteri:

A) Le condizioni generali perchè vi sia fallimento, gli effetti che derivano dal retrotrarre la cessazione dei pagamenti, le restrizioni alla capacità del fallito, la nomina ed i poteri degli amministratori del fallimento, le forme da seguirsi nella procedura del fallimento, l'ammissibilità, la formazione e gli effetti del concordato, come pure gli effetti dello stato di unione, il modo di liquidazione e di ripartizione del patrimonio ed infine le condizioni per la riabilitazione del fallito, sono regolate dalla legge del luogo dove è aperto il giudizio di fallimento.

B) I diritti reali, le ragioni di preferenza per ipoteca, privilegio e pegno ed i diritti di rivendicazione, distrazione e ritenzione sui beni immobili o mobili del fallito sono, invece, regolati dalla legge del luogo della materiale situazione dei beni nell'epoca dell'acquisto del diritto.

Il principio di cui alla lettera A trova fondamento su quel concetto di « unità ed universalità del fallimento » che già affermato dall'Ansaldo (X), dal De Luca (XI), e dal Casaregis (XII), andò in seguito sempre più accentuandosi. « Per verità — scrive il Carle — il fallimento, in sè considerato, non è che l'estinzione dell'attività commerciale di una determinata persona, e, come tale, sembra conforme alla natura delle cose che esso sia governato da quella stessa legge sotto la cui giurisdizione e custodia ebbe a svolgersi questa attività commerciale. Tutti coloro che vennero a negoziazione con un commerciante e ne seguirono la fede personale, dovettero naturalmente fissare il proprio sguardo nel sito del suo principale stabilimento ed averne presente la legge per l'ipotesi sfortunata del suo dissesto e quindi non possono lagnarsi se, avverandosi questa supposizione, essi debbono seguire questa legge... Tutto ciò che nella dottrina o nella giurisprudenza ha per effetto di rompere questa unità, contraddice allo spirito delle leggi del fallimento e ne perturba l'economia » (XIII).

La massima che, in definitiva, deve essere accettata è quella che già era stata proclamata dall'Erzio: « ad iura domicilii debitoris in concursu creditorum regulariter esse respicendum » (XIV).

L'opinione di gran lunga prevalente nel diritto comune è appunto quella che il giudizio concorsuale è universale ed indivisibile e che in esso si accentrano tutte

IX) CARLE, La dottrina giuridica del fallimento nel diritto privato internazionale, pag. 55.

X) De commercio et mercatura, Disc. XXXVIII, n. 31 e 32.

XI) De credito, Disc. X, n. 5.

XII) De commercio, Disc. 130, n. 27: « huiusmodi iudicium universale nulla alia ratione fit, quam ex eo quod unico iudicio cognoscantur et decidentur iura omnium creditorum ».

XIII) CARLE, Il fallimento nei rapporti internazionali: Relazione al secondo Congresso giuridico italiano internazionale di Torino.

XIV) HERTIUS, De collisione legum, sect. IX.

le azioni che sono una immediata conseguenza dello stato di fallimento (compresa la revocatoria fallimentare diretta ad annullare determinati atti compiuti dall'insolvente o decotto o fallito in epoca anteriore ma prossima all'apertura del fallimento) con applicazione della legge vigente nel luogo in cui è stato aperto il concorso o fallimento. Scrive il Mioune, in relazione al concorso nel periodo comunale, vigente il diritto comune: « In tutti i casi, un tale giudizio è di sua natura indivisibile ed universale e vi si deducono tutti i beni del debitore, ovunque posti, e vi si chiamano tutti i creditori, eziandio quelli dimoranti all'estero, formando così una massa di tutti i beni da una parte e dei crediti dall'altra. Queste dottrine sono professate da tutti gli scrittori, confermate dalla giurisprudenza e si trovano anche stabilite in gran parte delle leggi e degli Statuti locali (Stracca, De decoctoribus, pars VII, n. 6 e 7 - Rocco, De decoctione mercatorum, not. 15 - De Jorio, Giurisp. del commercio, L. V, tit. I) » (XV).

Il Salgado afferma: « quod hoc iudicium concursus creditorum sit individuum et unum inter omnes creditores et propterea omnes in unum iudicium iudicemque concurrere debere inseparabiliter, ne causae continentia dividatur » (XVI).

Infine il Carle scrive: « La capacità del fallito è, senza dubbio, regolata in questa parte dalla legge del suo domicilio, ossia dell'aperto fallimento; così ne seguita che è questa legge parimenti che vuol essere presa qual criterio e stregua comune per annullare anche certi atti compiuti dal fallito in quel numero di giorni anteriore all'apertura del fallimento, a cui retroagisce la incapacità di esso. Così deve essere, tanto più in quanto la nullità e la annullabilità di tali atti è conseguenza ed effetto immediato della sentenza che dichiara il fallimento, nè si potrebbe comprendere che tale sentenza possa produrre un simile effetto in conformità di Legge diversa da quella sotto il cui impero fu pronunciata » (XVII).

Può quindi concludersi che la locale autorità giudiziaria, presso la quale sia in corso la procedura concorsuale o fallimentare, ha competenza (sia che si tratti di competenza funzionale o di giurisdizione) di richiamare alla massa attiva i beni del decotto ovunque si trovino e di conoscere di tutte le azioni che trovano la loro base esclusivamente e direttamente nello stato di fallimento. Le circostanze che beni immobili siano situati sul territorio italiano ed appartengano a cittadini italiani, importano che l'apertura e l'esistenza del concorso debbano essere resi esecutivi in Italia. Concessa l'esecutorietà, il concorso o fallimento, dichiarato in San Marino, produce sul territorio italiano le stesse conseguenze che produrrebbe il fallimento dichiarato dall'Autorità Giudiziaria Italiana (XVIII).

Il principio di cui alla lettera B si presenta, invece, quale eccezione a quello sopra esposto. « La generalità dei creditori, nel venire a qualche affare col fallito dovette avere, per il caso sfortunato del fallimento, lo sguardo fisso al luogo del principale stabilimento, e quindi non può lagnarsi se debba seguire questa legge per tutte le conseguenze immediate dello stato di fallimento; lo stesso, invece, non può dirsi di quei creditori a cui appartengono speciali ragioni di preferenza sopra beni mobili ed immobili da lui posseduti. Questi non seguirono punto la fede della

XV) Il fallimento secondo il diritto antico, Archivio Giuridico, vol. 16, pag. 183.

XVI) Labyrinthus creditorum concurrentium, pars 1^a, cap. 3, n. 13.

XVII) CARLE, l. c., pag. 73.

XVIII) V. Corte Suprema di Cassazione, Sentenza 19 maggio 1959 nella causa Crespi e Organizzazione Rimoldi contro Concorso Giudiziale tra i creditori della Soc. An. Contimpel di San Marino.

persona, ma fecero di preferenza assegnamento sulle cose da lui ritenute e cercano di assicurarsi sulle medesime... E' quindi evidente che questi creditori non intesero, per il caso di fallimento, di riferirsi alla legge del principale stabilimento, ma piuttosto alla legge del luogo della situazione dei beni che dovevano servire loro di speciale garanzia. Giustizia perciò esige che, per quanto si riferisce ai diritti reali, alle ragioni di preferenza per ipoteca, privilegio o pegno ed ai diritti di rivendicazione, distrazione e ritenzione sui beni immobili o mobili del fallito, la legge da applicare non debba più essere quella del luogo dell'aperto fallimento, ma bensì quella della situazione dei beni » (XIX).

Può domandarsi quali siano le azioni e le contestazioni che possono essere richiamate ed accentrate alla giurisdizione del Tribunale del fallimento e quali quelle, invece, che debbono essere lasciate alle giurisdizioni naturali.

Tale questione ha strettissima attinenza a quella di cui sopra si è discusso: ma ciò non toglie che esse abbiano un carattere diverso.

La prima è una questione di diritto e di merito perchè consiste nel vedere quale sia la legge che può essere applicata ad un determinato rapporto giuridico, mentre la seconda è una questione essenzialmente di procedura in cui si tratta di vedere quali sono le controversie che è conveniente e possibile richiamare alla giurisdizione del tribunale del fallimento e quali sono quelle che debbono essere lasciate alle ordinarie giurisdizioni. Nessun dubbio che tutti i rapporti richiamati sotto la lettera A devono essere regolati dal tribunale del fallimento, sia perchè si tratta, come già è stato detto, di applicare la legge propria a quel fallimento, sia perchè solo questo è in possesso di tutti gli elementi che occorrono per il giudizio. Per quanto, invece, si riferisce ai rapporti di cui alla lettera B si ritiene che il tribunale del fallimento possa giudicare sui rapporti che sono una conseguenza immediata dello stato di fallimento, ma che non possa estendere il suo giudizio a quei rapporti che, pur interessando il fallimento, sono indipendenti dal detto stato di fallimento. E ciò perchè quella che gli scrittori germanici chiamavano « vis attractiva concursus » non può e non deve estendersi oltre a ciò che è indispensabile per mantenere la unità della procedura concorsuale.

Occorre esaminare una particolare disposizione del diritto sammarinese che regola le cambiali emesse all'estero, l'art. 8 del Codice Cambiario 6 febbraio 1882 che dispone: « La forma di una cambiale e gli effetti della obbligazione cambiaria sono regolati dalla legge del luogo in cui è stata assunta la obbligazione. La forma degli atti richiesti all'esercizio o alla conservazione dei diritti risultanti da una cambiale è determinata dalla legge del luogo in cui questi atti debbono essere eseguiti ».

Quora il titolo di credito cambiario porti la firma di più coobbligati, caduti tutti in fallimento, si si domanda se per i rapporti interni tra essi coobbligati — rapporti che restano fuori dalla obbligazione cambiaria e che sono regolati dai principi ordinari sulle obbligazioni solidali (XX) — debba, sempre che si tratti di cambiale emessa in Italia, farsi ricorso al Codice Civile Italiano, e cioè all'art. 1299 per più obbligati in solido ed all'art. 1954 per più fideiussori, oppure al diritto romano comune vigente in San Marino. Sebbene quest'ultima soluzione appaia più

XIX) CARLE, l. c. a nota XIII.

XX) Confr. art. 62 del R. D. 3 dicembre 1933 n. 1669 contenente modificazioni alle norme sulla cambiale e sul vaglia cambiario.

corrispondente al principio generale sopra esposto, tuttavia è da rilevare che la questione non ha importanza pratica in quanto il diritto italiano ha accolto le norme che, in modifica al diritto romano, aveva finito per fissare il diritto comune, cosicchè diritto italiano e diritto sammarinese salvo qualche sfumatura, vengono, nella prospettata materia, a coincidere.

Premesso che tutti gli obbligati cambiari sono tenuti in solido al pagamento (XXI), nell'ipotesi che essi obbligati si trovino tutti in istato di fallimento, come e contro chi dovrà insinuarsi il creditore possessore della cambiale? Secondo alcuni (in ispecie il Savary), il creditore del quale tutti i debitori solidali siano falliti, può presentarsi nel concorso che più gli piace e farsi assegnare il dividendo, ma conseguito questo, non può più insinuarsi negli altri concorsi; il vantaggio della solidarietà si ridurrebbe dunque al diritto di scegliere, tra i fallimenti dei coobbligati, quello dal quale si può sperare un dividendo maggiore. Secondo altri (in ispecie Dupuys de la Serre e Pothier) il creditore ha facoltà di presentarsi successivamente nei diversi concorsi di più obbligati solidali, ma solamente con deduzione delle somme già ricevute in ogni concorso. Secondo altri, infine (Legge Francese del 1838, Codice Albertino, Codice Comm. Ital. del 1865) il creditore possessore di obbligazioni sottoscritte, girate o garantite in solido dal fallito e da altri obbligati che fossero in istato di fallimento partecipa alle ripartizioni in tutte le masse e vi è compreso per il valore nominale del suo credito fino all'intero pagamento. Questa ultima soluzione — seguita anche dall'art. 61 della vigente legge italiana sulla disciplina del fallimento che prescrive: « il creditore di più coobbligati in solido concorre nel fallimento di quelli tra essi che sono falliti per l'intero credito in capitale ed accessori, sino al totale pagamento » — è senza dubbio la più giusta ed è stata accolta in numerose decisioni dell'Autorità Giudiziaria Sammarinese. Il creditore che ha più debitori solidali ha diritto di richiedere l'intero importo del credito a ciascuno di essi, come se ciascuno fosse il suo debitore; non v'è quindi dubbio che egli possa insinuare tutto il suo credito in ciascuno dei concorsi se i debitori solidali siano falliti. Solo nel caso in cui il creditore sia stato soddisfatto interamente, potrà verificarsi il regresso tra i coobbligati falliti.

La dichiarazione di concorso tra i creditori sottrae alla disponibilità del debitore la sostanza che costituisce la garanzia dei creditori e cioè lo priva della amministrazione e della disponibilità dei suoi beni, rendendolo impotente a compiere atti che possono nuocere ulteriormente alla condizione dei suoi creditori.

Dal principio che il concorso tende alla inalterabilità del patrimonio costituente la massa, deriva una incapacità relativa del debitore e non una incapacità assoluta nel senso di renderlo incapace agli atti della vita civile (fatta eccezione per le incapacità espressamente indicate da leggi speciali, come quella elettorale). Di conseguenza può affermarsi che: 1°) il dissestato può obbligarsi illimitatamente, ma gli effetti delle sue obbligazioni non devono pregiudicare i creditori, nè compromettere la sostanza caduta in fallimento, la quale può bensì essere aumentata per gli atti che al fallito profittano, ma non diminuita per quelli che gli riescono dannosi; 2°) è lecito al dissestato crearsi una nuova industria, esercitare un nuovo

XXI) Art. 1, Codice Cambiario.

commercio, sia mediante la sua attività personale, sia con valori estranei al concorso ed amministrare le nuove risorse per sovvenire ai bisogni suoi ed a quelli della famiglia.

La regola ammette, per altro, una notevole ed ovvia eccezione poichè il debitore, con la cessione dei proprii beni, volontaria o coattiva, si spoglia del patrimonio e così, necessariamente, perde ogni diritto di disporre e di amministrare il patrimonio stesso; tale diritto passa ipso jure alla massa dei creditori. Conseguenza di tale eccezione è che « qualsiasi atto giuridico, il quale venga compiuto dal debitore dopo la cessione dei suoi beni, non può produrre alcun giuridico effetto nei riguardi del patrimonio ceduto ».

Deve quindi farsi una netta e profonda distinzione tra ciò che dal debitore viene posto in essere prima della apertura del concorso e ciò che viene posto in essere dopo l'apertura del concorso.

L'operato del debitore prima dell'apertura del concorso ricade, in via generale, sia attivamente che passivamente, nel patrimonio ceduto. Invece, l'operato del debitore, posteriore all'apertura del concorso, di regola non riguarda e non intacca il patrimonio ceduto.

Il debitore, appena aperto il concorso, perde, in coerenza ai principi esposti, la facoltà di stare in giudizio per quanto si riferisce al patrimonio ceduto. Pertanto, tutte le azioni a lui competenti non possono essere esercitate che dalla massa, e, correlativamente, nessuna azione contro il debitore, riguardante i suoi beni mobili ed immobili, e nessun atto esecutivo sui beni stessi può promuoversi se non contro la massa creditoria. Dice il Voët: « post cessionem factam, cedens non amplius exercere possit actiones, quae ante cessionem ei competierant, quasque etiam jam coeperat in iudicium deducere: sed per creditores, qui in eius locum vi cessionis subintrarunt, ulterior prosecutio facienda sit » (XXII).

Al debitore è tuttavia concesso: 1°) di intervenire, sotto determinate condizioni, nel giudizio; 2°) di agire contro il concorso per fare valere i diritti personali, ad esempio per contrastare la dichiarazione di concorso, per farla revocare, per far separare dalla massa i beni personali od impignorabili; 3°) di agire contro chiunque per la difesa dei suoi diritti, in quanto ciò non si rifletta sui beni soggetti alla massa concorsuale.

Quid nel caso di lite iniziata tra creditore e debitore prima della dichiarazione di concorso e continuata, tra esse parti, anche dopo detta dichiarazione, senza intervento della massa concorsuale? La soluzione discende dai principi già esposti. Dal punto di vista processuale la lite ha continuato a svolgersi regolarmente in quanto nè creditore, nè debitore sono, con la dichiarazione di concorso, venuti a perdere la capacità di stare in giudizio. Dal punto di vista degli effetti sostanziali devono, invece, considerarsi tre distinte ipotesi: 1°) gli atti di causa posti in essere, sia dal creditore che dal debitore fino al giorno della dichiarazione di concorso possono svolgere la loro efficacia nella procedura concorsuale; 2°) gli atti di causa compiuti dopo la dichiarazione di concorso ed all'infuori della massa creditoria non possono avere efficacia di fronte al patrimonio concorsuale e, a stretto rigore, nemmeno può avere efficacia, di fronte al concorso, la sentenza pronunciata nelle suddette circostanze di fatto; 3°) tutti gli atti di causa, intervenuti sia

XXII) Ad Pand., Lib. XLII, tit. III, n. 10.

prima che dopo la dichiarazione di concorso, sono validi ed efficaci nei confronti del creditore e debitore litiganti. E così, se il creditore ottiene sentenza di condanna contro il debitore, potrà sempre, terminata la procedura concorsuale, agire sui beni rimasti al debitore o su quelli che potesse in avvenire acquistare, e ciò fino a che la esecuzione non venga paralizzata dalla prescrizione.

Le spese e gli onorari di cause svoltesi tra creditori e debitore, all'infuori della massa, possono essere poste tra le passività del concorso, ma limitatamente a quelle anteriori alla data di apertura del concorso: infatti, fino a tale giorno, i creditori hanno regolarmente indirizzate le loro domande al debitore e questi si è da esse regolarmente difeso. Ma tutte le spese e gli onorari che sono intervenuti dopo la dichiarazione del concorso, all'infuori e presumibilmente all'insaputa di questo, non possono essere calcolati nelle passività imputi a se stesso il debitore se ha continuato a rimanere in causa, imputino a loro stessi i creditori se hanno continuato il giudizio contro l'insolvente, anzichè chiamare in causa la massa e, per essa, il curatore del concorso, suo rappresentante. Si noti che nemmeno ai creditori è sempre possibile agire contro la massa: lo potranno fare se debbono far valere un diritto proprio; non lo potranno fare se debbono far valere un diritto spettante alla massa della quale fanno parte.

Si è detto che gli atti compiuti dal debitore prima della apertura del concorso sono, in genere, validi ed efficaci di fronte alla massa. A tale regola costituisce una importante eccezione l'art. 3 della Legge 15 novembre 1917 n. 17, della quale tratteremo in seguito.

Esaminiamo ora se, quali rimedi ed in favore di chi, sono ammessi dalla legge sammarinese contro il decreto che apre il concorso, ovvero estende ad altri soggetti un concorso già in atto.

La Legge 15 novembre 1917 non ne menziona esplicitamente alcuno e soltanto, all'art. 20, ammette (da parte di qualsiasi interessato) l'appello nel caso in cui si tratti di « ente di pubblica ragione », al quale l'art. 44 della Legge 21 dicembre 1942 n. 45 equipara le Società giuridicamente riconosciute. Prima della legge del 1917, il concorso veniva dichiarato con Decreto del Consiglio Grande e Generale e quindi, come tutti i Decreti del Supremo Organo, il provvedimento era definitivo e non soggetto a reclamo. Il diritto romano comune stabiliva che la cessione dei beni avvenisse o con atto volontario della persona oberata o mediante decreto del Principe o mediante citazione, che poteva avvenire anche per pubblici avvisi o proclami, da parte di uno o più creditori contro tutti gli altri perchè comparissero in giudizio per fare valere i proprii diritti con le eventuali poeriorità (XXIII). Sembra quindi che possa essere affermato, come soluzione più verosimile, che contro il decreto che apre, od estende, il concorso non sia ammesso, all'infuori del caso specifico previsto dall'art. 20, alcun rimedio ordinario. Dicesi ordinario poichè quelli straordinari della querela di nullità e della restitutio in integrum sono ammessi in ogni caso, anche contro la cosa giudicata, quando naturalmente ne concorrano gli estremi. Per ciò, anche in base alla costante giurisprudenza, può ritenersi che il decreto con cui il Tribunale Commissariale, a norma

XXIII) Confr. Pratica Legale secondo la ragion comune, parte 1ª, tit. 22, 23, 24.

dell'art. 11 della Legge 15 novembre 1917, dichiara l'apertura del concorso giudiziale, pur nell'assenza di espressa disposizione della legge speciale, sia soggetto a gravame da parte del debitore come dei terzi interessati: ma questo gravame, in conformità alla natura del provvedimento e del procedimento di cui esso fa parte, non può sicuramente qualificarsi come appello, bensì come opposizione. Non è infatti possibile incertezza sulla natura esecutiva del procedimento concorsuale sammarinese, e sul carattere essenzialmente esecutivo del decreto in questione che, analogamente alla sentenza dichiarativa di fallimento nel diritto italiano (pre-scindendo dalle diverse formule dommatiche proposte dalla dottrina per la sua qualificazione giuridica) è indubbiamente un provvedimento giurisdizionale « sui generis », produttivo di effetti cautelari, esecutivi e costitutivi, emanato a seguito di cognizione sommaria, senza contraddittorio. Di conseguenza, il rimedio giurisdizionale contro questo atto iniziale del procedimento di esecuzione collettiva non può essere l'appello, forma tipica di impugnazione delle sentenze rese in contraddittorio in primo grado, ma unicamente l'opposizione, gravame proprio del procedimento esecutivo in genere e di quello concorsuale in specie. Questa opposizione deve essere proposta allo stesso Giudice che ha pronunciato il provvedimento, in base ad un criterio oggettivo di competenza assoluto ed inderogabile.

Nel difetto di diversa e specifica disposizione, deve ritenersi che l'opposizione debba essere proposta, di regola, entro il termine di dieci giorni correnti da quello della pubblicazione del decreto, se la parte era presente, o da quello della notifica del decreto stesso, o, comunque, da quello in cui la parte interessata ne ha avuto effettiva conoscenza. Tale termine di dieci giorni è, per diritto comune e statutario sammarinese, proprio dell'appello e comune a tutti i rimedi, gravami o reclami ordinari di qualsiasi specie. In casi eccezionali, per ovvii motivi di equità ed opportunità, può essere ammessa una restitutio in integrum processuale, rimettendo la parte in termine per la rituale impugnazione, quando il termine suddetto sia scaduto.

Non può sussistere dubbio circa la possibilità, per diritto comune, che, con provvedimento unico del Giudice, o con provvedimenti successivi collegati, una procedura di concorso venga estesa dal primo debitore apparente ai suoi soci, anche di fatto, come coobbligati e corresponsabili in solido ai fronte ai comuni creditori. Anche le speciali disposizioni di diritto statutario che sanciscono, in caso di concorso o fallimento, la estensione ai parenti prossimi, alla moglie, ai collaboratori ed ausiliari, specie se conviventi con l'insolvente « ad unum panem et vinum », si fondano precisamente sulla presunzione che costoro siano suoi soci e che i loro beni siano comuni e debbano quindi essere riuniti alla massa e destinati al soddisfacimento dei comuni creditori; osserva in proposito lo Stracca: « illam statuti rationem esse, ut tamquam consocios culpaeque participes, fratres et reliquos de familia statuentes pro decoctore voluerint » (XXIV).

Dottrina e giurisprudenza precisano bensì, sulla base di noti testi romani (XXV), che l'insolvenza personale di un socio determina l'estinzione della so-

cietà e che « si unus ex sociis decoxerit, non propterea alios socios fraudatores dici posse si culpa carent » (XXVI): ossia enunciano il principio, conservatosi anche nel vigente ordinamento italiano, che il fallimento di uno o più soci illimitatamente responsabili non produce il fallimento della società (XXVII).

Ma è del tutto incontrovertibile che l'insolvenza della società comportasse la dichiarazione del concorso nei confronti di tutti i soci, anche se non fossero personalmente insolventi. A questo riguardo, tanta era l'estensione della responsabilità dei soci che si poneva financo la questione se i soci di una società potessero essere tenuti nel caso di insolvenza di un'altra società costituita solo da alcuni di essi e con diverso oggetto. Lo Stracca espone questo caso pratico: « Societatem iniverant in lana Florentiae Titius, Maevius, Gaius et Sempronius; deinde iidem Gaius et Sempronius soli aliam societatem Anconae coiverant in coriis: num, si hi decoxerint, Titius et Maevius ad debita Gai et Sempronii causa societatis coriorum contracta teneantur? ». E conclude correttamente in senso negativo, poiché la seconda società nulla ha a che vedere con la prima, richiamandosi alla opinione dell'Ancarano che « putat Titium et Maevium non teneri, idque legibus et autoritatibus probat, et his praecipue, quia una societas ad alia non trahitur, nec ad diversum contractum per unum ex sociis gestum » e soggiungendo, con richiamo all'autorità di Bartolo, che invece « si plures sunt socii unius negotiationis, qui in diversis locis commorentur, invicem se proposuisse videntur, adeo ut ex unius contractu, quilibet in solidum teneatur » (XXVIII).

Non risultano trattate ex professo, nella dottrina e giurisprudenza del diritto comune, le questioni dell'ammissibilità di una società di fatto tra una società di capitali ed una società di persone, o persone fisiche, e della possibilità dell'estensione del concorso da una all'altra di esse. Mentre è ius receptum che una società possa costituirsi anche tacitamente « nec solum consensu verbis expresso, sed etiam tacito, quod ex actibus elicitur, quia etiam facto datur voluntas intelligi; propterea ex coniecturis ex actibus voluntariis collectis frequenter inducitur societas et discernitur qualis sit » (XXIX), ben si comprende che, nell'età del diritto comune, tali questioni non siano state espressamente considerate con riferimento alla società di capitali, che costituiva un tipo negoziale ancora raramente usato nella pratica mercantile, con forme speciali nei diversi luoghi, oggetto quindi di scarsa ed insufficiente considerazione da parte della giurisprudenza teorica e pratica. Ma, anche nel difetto della autorità di dottori e di giudicati, le questioni possono ben essere esaminate e risolte in senso affermativo, in base al decisivo rilievo che, nell'ambito del sistema del diritto comune, non esistono difficoltà di ordine dommatico le quali impediscano di configurare l'esistenza di una società di fatto anche tra una persona giuridica ed una persona fisica. I noti contrasti che dividono in Italia dottrina e giurisprudenza circa la possibilità di ammettere l'esistenza di un rapporto di società di fatto tra una società di capitali ed un suo socio, e quindi di attribuire una responsabilità illimitata per i debiti sociali a singoli azionisti, o

XXVI) Vedasi, per tutti, lo STRACCA, Tractatus de decoctoribus, cit., P. III, n. 47, pag. 416 e seg. - Decisiones Rotae Genuae, Dec. XIII, n. 21, p. 57 - Dec. CLXVIII, n. 16, p. 267.

XXVII) Art. 149, Legge fallimentare.

XXVIII) Tractatus de decoctoribus, cit., P. V., n. 13, pag. 424.

XXIX) Decisiones Rotae Genuae, Dec. XXXI, n. 2, pag. 120, ed ivi richiami a Bartolo, Baldo, ed altri dottori.

soci di una società a responsabilità limitata, concernono un diverso ordinamento positivo; di più, deve riconoscersi che le obiezioni variamente sollevate contro la tesi affermativa non concernono principi vincolanti ed inderogabili per diritto comune. I sostenitori dell'opposta tesi si richiamano fondamentalmente al principio enunciato da Ulpiano: « si quid universitas debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent » (XXX), ma, anche volendo senz'altro ammetterne l'applicabilità alla società anonima del diritto sammarinese, sembra ovvio il rilievo che questo principio non contrasta affatto con la possibilità di una società di fatto tra la società di capitali ed i suoi soci. Il richiamo alla responsabilità limitata dei soci di una società di capitali, in antitesi alla responsabilità illimitata dei soci di una società di persone, è fuori luogo, perché la responsabilità limitata dei soci della società di capitali, in quanto tali, rimane fuori discussione e non ha nulla a che vedere con la responsabilità illimitata della società di capitali come socia di una società di persone, poiché anche la società di capitali, come tale, sempre illimitatamente risponde dei propri debiti; d'altra parte è ovvio che i soci azionisti di una società di capitali ben possono assumere una responsabilità illimitata, nella qualità di soci di una società di fatto. Fondamentalmente è da ritenere che il diritto comune, in questa materia, bada non a costruzioni giuridiche astratte, ma alla realtà dei fatti, per seguire la soluzione che a questi si presenta più aderente. Sotto tale profilo, può fondatamente decidersi ogni questione, anche prescindendo dal *jus commune*, giacché, come insegna lo Stracca, sulla base dell'opinione comune dei dottori, confermata dall'autorità di Bartolo e Baldo, in materia commerciale « *aequitatem praecipue spectandam, et ex bono et aequo causas dirimendas esse, et de apicibus iuris disputare minime congruere, nemo est profecto qui nesciat: id enim in sexcentis locis recentiores iurisconsulti tradidere* » (XXXI). Si ricorda, tra l'altro, l'opinione di Bartolo che « *apices iuris esse putat, quae subtilitatem quamdam respiciunt, magis quam facti veritatem* » soggiungendo che « *regulae a summitate iuris productae metaphorice apices dicuntur, quasi nimium plerumque a casu aliquo singulari remotae* » per cui accade che « *si generales iuris regulas ad casum specialem transferamus, ius summum, quod bonum in se est, ex circumstantiis, si servares, efficere summam iniuriam* ». Si tratta di principi comunemente accolti anche dalla giurisprudenza: « *iudicandum de bono et aequo, posthabitis iuris apicibus... quia, ut inquit Bartolus et Baldus, illa quae subtilitatem quamdam iuris, magis quam facti veritatem respiciunt, et quicquid bonam fidem non tangit rei gestae, sed extrinsecus ventilatur, abhorrent et alienae esse debent a bona fide mercatoria* » (XXXII).

Le principali disposizioni della legge sammarinese, che hanno applicazione di fronte a tutti i creditori, sono le seguenti:

I) L'art. 1 della Legge sui concorsi stabilisce che dal giorno della presentazione della domanda di concorso « tutti i debiti si considerano scaduti » (XXXIII),

XXX) Dig., Lib. III, tit. IV, leg. 7 parag. 1.

XXXI) *Quomodo procedendum sit in causis mercatorum*, P. I, n. 1 e seg., in *De mercatura, decisiones et tractatus varii*, Lugduni, 1621, pag. 446 e seg.

XXXII) *Decisiones Rotae Genuae*, Dec. XXXI, n. 2, p. 120 - Dec. CLXXI, n. 7, p. 269 Dec. CXCV, n. 12, p. 307.

XXXIII) Confr. art. 55 Legge Italiana.

perché il debitore, per effetto della insolvenza, viene a perdere il beneficio del termine (XXXIV). Del resto, l'esigibilità dei crediti è necessaria per eguagliare i creditori e per facilitare la liquidazione. La dichiarazione di concorso converte il credito nel diritto al dividendo, diritto che deve essere necessariamente puro e semplice se deve essere realizzato, poiché altrimenti i creditori a termine vedrebbero fruito esclusivamente dagli altri il valore dei beni, che costituiscono la comune garanzia, e la vendita dei quali non può essere ritardata.

II) I debiti dell'insolvente « non producono interessi durante il concorso giudiziale » e cioè dal giorno in cui fu avanzata la domanda di apertura del concorso. La decorrenza degli interessi cessa in rapporto a qualsiasi credito, anche se garantito da ipoteca, da pegno o da privilegio (XXXV). Varie sono le ragioni che vengono date a sostegno di tale disposizione. Si osserva che, ove gli interessi continuassero a maturare, si offenderebbe il principio della « *par condicio creditorum* » a favore dei crediti ad alto interesse ed a danno dei crediti infruttiferi; che la sospensione è conseguenza dello scadere di tutti i debiti al giorno della dichiarazione, mentre non si può parlare di interessi moratorii perché mora non v'è; che essa è in relazione colla perdita dei frutti che il fallito subisce per lo spossamento; che si ha novazione della obbligazione del fallito, sostituendosi ad essa il diritto al dividendo; che il credito viene a fissarsi sui beni del fallito e quindi si trasforma in diritto ad una quota di valore di tali beni, in diritto al dividendo. Qualunque sia il fondamento teorico della sospensione degli interessi, certo è che la legge è tassativa e non lascia dubbio sulla sua estensione. Secondo alcuni autori, dopo la dichiarazione di fallimento del debitore principale, dovrebbe cessare la decorrenza degli interessi a carico dei condebitori (falliti o no). Tale opinione non è da accogliere, sia perché non è sostenuta da alcuna disposizione di legge ed anzi appare in contrasto con l'art. 1, sia perché sarebbe assurdo che il fallimento potesse essere invocato dai condebitori come un beneficio.

È inoltre da tenere presente che: a) in tanto gli interessi maturati sono dovuti in quanto essi vengano regolarmente insinuati; b) essi devono intendersi alla legale e normale ragione del cinque per cento, ove non venga provato un particolare accordo per un tasso superiore.

Sui crediti chirografari essi devono essere liquidati, al tasso concordato od a quello ordinario, fino al giorno della dichiarazione di concorso. Sui crediti garantiti da ipoteca, sono dovuti fino al giorno della dichiarazione di concorso se l'ipoteca è stata assunta in San Marino, in quanto l'art. 1 della legge sospende il decorso degli interessi per tutti i crediti di qualunque natura siano, ed a norma delle leggi italiane se l'ipoteca è stata iscritta nella Repubblica Italiana.

III) Sempre a far data dalla dichiarazione, resta sospeso ogni atto di cognizione e di esecuzione sui beni del fallito (Art. 10 Legge Sammarinese conforme all'art. 51 della Legge Italiana).

IV) I creditori devono insinuare i loro crediti entro trenta giorni dalla data del decreto di apertura del concorso « a pena di decadenza », non essendo ammesse la dichiarazione e la ammissione tardive di credito permesse dall'art. 101 della

XXXIV) Leg. 14, Dig., de pignor.; Leg. 4, Dig., de iud.; Leg. 12 in fine, Dig., qui satisd. cog.; Leg. 16, Dig., de haered. petit.; arg. Leg. 4, Dig., de separat.

XXXV) Art. 1, Legge sammarinese ed art. 55, Legge Italiana, la quale, per altro, fa eccezione per i crediti garantiti da ipoteca, pegno o privilegio.

Legge Italiana. Quid nel caso in cui siano fatte modificazioni al contenuto dell'insinuazione? Se si tratta di errori materiali o di diminuzione della domanda non si ritiene che esistano termini perentori. Se, invece, si tratta di modifiche che importano aumento della insinuazione o mutazione di titolo, in tal caso, venendo alterati i termini della contestazione, si è di fronte a nuove insinuazioni che devono proporsi con apposita dichiarazione ed entro il perentorio termine dei trenta giorni dalla apertura del concorso.

V) L'art. 11 della Legge, tra l'altro, dispone: « Il decreto che apre il concorso... stabilisce il termine perentorio di giorni trenta dalla data del decreto per la presentazione nella Cancelleria Commissariale dei crediti documentati, siano o non siano provvisti di diritti di preferenza, con la diffida che quelli non presentati si riterranno senz'altro decaduti ». Solo i crediti ipotecari debbono, in base all'ultima parte dell'articolo citato, essere iscritti di ufficio. Nessun dubbio che la mancata insinuazione del credito, entro il termine perentorio dalla legge stabilito, tolga definitivamente al creditore ogni diritto al riparto della percentuale di fronte alla massa concorsuale, salvo, naturalmente, ai creditori ritardatari ogni loro diritto verso il debitore. Si presentano, tuttavia, le seguenti controversie: a) se le domande di insinuazione debbano essere presentate in Cancelleria nel termine di legge o se sia sufficiente la loro presentazione al procuratore del concorso; b) se la documentazione del credito debba avvenire, a pena di decadenza, entro i trenta giorni stabiliti per le insinuazioni; c) se possa ritenersi sufficiente il richiamo alla documentazione ed alle specificazioni date in concorsi eventualmente connessi.

In relazione alla prima questione, risulta chiaro dal testo legislativo che la insinuazione del credito deve essere presentata, o direttamente o indirettamente, dagli interessati nella Cancelleria Commissariale prima della scadenza del termine tassativamente fissato. Invalida è la insinuazione presentata altrove e quindi anche se rimessa al Curatore del Concorso.

In relazione alla seconda controversia, si ritiene che la documentazione del credito non debba esclusivamente avvenire assieme alla insinuazione, ma possa essere data anche successivamente purchè, secondo i principi basilari del diritto processuale sammarinese, resti la possibilità del contraddittorio tra gli interessati. Argomentando dagli art. 3 e 4 ultima parte della legge sui concorsi, si ritiene che la documentazione possa fornirsi posteriormente, purchè entro i termini stabiliti dagli art. 12 e 15 della legge stessa.

In relazione alla terza questione, si ritiene sufficiente il richiamo alla documentazione esistente in altri concorsi eventualmente connessi, purchè, naturalmente, la insinuazione del credito sia tempestivamente e regolarmente avvenuta. Poichè la legge non impone speciali modalità per la documentazione, così si ritiene che essa possa avvenire in qualsiasi modo. Ogni documento si ritiene sufficiente purchè dia la convinzione della giuridica realtà e sussistenza del credito.

VI) Le spese esclusivamente inerenti alla insinuazione ed alla documentazione dei crediti non sono da ammettere al passivo (XXXVI). Tali spese sono di poco rilievo e vengono sostenute da tutti i creditori: perciò, non calcolandole, la intera massa ottiene, come per gli interessi, adeguato compenso con una maggiore percentuale sulla attività. Gli onorari di procuratore, sostenuti dai creditori allo

XXXVI) Pratica legale secondo la ragion comune, tit. XXIV « del giudizio di concorso », n. 22.

scopo di far insinuare i crediti, rientrano nelle stragiudiziali e non sono repetibili, in quanto la insinuazione può essere fatta direttamente e senza opera di difensore.

Gli art. 17 N. 1 e 19 della Legge Ipotecaria stabiliscono che sono privilegiate, sulla generalità dei beni, le sole spese giudiziarie « che nell'interesse comune dei creditori sono state commesse o si commettono a tariffa legale per tutti gli atti assicurativi, conservativi, amministrativi e di vendita e di riduzione a contanti dei beni spettanti al comune debitore fino alla effettiva distribuzione o riparto del prezzo ». Perchè possa farsi luogo al privilegio sono dunque necessarie due condizioni: a) che le spese siano state fatte « nell'interesse comune dei creditori »; b) che esse siano state fatte per atti assicurativi, conservativi, amministrativi, oppure per atti di vendita e riduzione a contanti dei beni spettanti al comune debitore.

Quanto alla prima condizione, devesi aver riguardo non alla intenzione di colui che fa le spese, sibbene al risultato concreto di queste spese. Regola generale è che ognuno agisce nel proprio interesse; ma può accadere che l'atto del singolo venga a giovare a tutti i creditori e cioè all'intera massa: in tal caso questa risparmia di fare una spesa che altrimenti avrebbe dovuto sostenere per la tutela del comune interesse ed è giusto, pertanto, che assieme al vantaggio si assuma anche le spese relative; altrimenti, verrebbe ad arricchirsi ingiustamente.

Quanto alla seconda condizione, essa richiede che le spese si riferiscano solamente ad una delle due seguenti categorie di atti: o agli atti conservativi o agli atti esecutivi.

Atti conservativi sono quelli che hanno per oggetto di impedire che le cose formanti la garanzia comune dei creditori si diminuiscano o perdano, oppure di farvi rientrare quelle che ne sono uscite. Ad esempio, sono spese conservative quelle riferentisi alla apposizione di sigilli, all'inventario dei beni, all'esercizio della azione pauliana, ecc.

Atti di esecuzione sono quelli che hanno per oggetto la espropriazione forzata dei beni del debitore, la graduazione dei creditori, la distribuzione del prezzo che è stato ritratto dalla subasta dei medesimi. Ad esempio, sono spese di esecuzione quelle relative al giudizio di rivendicazione di cose appartenenti al debitore e prossime ad acquistarsi per prescrizione da un terzo; quelle sostenute per respingere l'azione di rescissione di una compera di immobili fatta dal debitore e fondata sopra pretesa lesione, promossa dal venditore; quelle inerenti al giudizio di separazione dei beni, ecc.

VII) Qualora esistano crediti insinuati due o più volte, e cioè dal creditore principale e da chi li ha garantiti, è da osservare che lo stesso credito non può essere ammesso che una sola volta, od in favore del creditore (al quale spetterà di dare conto, a chi ha prestato la garanzia, di quanto riceverà dal Concorso) od in favore di chi ha dovuto eseguire il pagamento (il quale dovrà, a sua volta, dar conto ad eventuali confideiussori di quanto riceverà dal Concorso). In via di massima, la insinuazione viene ammessa in favore della persona che l'ha documentata.

VIII) E' da considerare se possa essere ammessa la compensazione tra i crediti dell'insinuante e quelli del dissestato verso lo stesso creditore.

La compensazione che, secondo la definizione di Modestino, « est debiti et

crediti inter se contributio» (XXXVII), si avvera, secondo il diritto comune, ipso jure: « ipso jure fieri dicitur, quod ipso jure civili et ipsa legis potestate et auctoritate, absque magistratus auxilio, et sine exceptionis ope fit » (XXXVIII), e cioè legalmente in virtù di legge, ad insaputa delle parti e per la intrinseca virtù che hanno i due crediti opposti di elidersi nel momento in cui essi vengono a simultanea esistenza. Ciò premesso, si ritiene che la compensazione operi, in via di massima, ove non si entri nelle presunzioni di cui all'art. 3 ultima parte della Legge sui concorsi (XXXIX).

IX) La legge che regola i privilegi è, per espresso richiamo fatto dall'art. 17 della Legge sui concorsi, la Legge Ipotecaria del 16 marzo 1854. Tale legge contempla quattro specie di privilegi e cioè: a) i privilegi estesi sulla generalità dei beni mobili ed immobili (art. 17); b) i privilegi sopra la generalità dei mobili (art. 23); c) i privilegi particolari sopra alcuni mobili soltanto (art. 25); d) i privilegi speciali sopra alcuni immobili (art. 26).

a) I privilegi estesi sulla generalità dei beni mobili ed immobili sono dalla legge accordati nei seguenti casi e coll'ordine seguente: 1) ai creditori di spese giudiziali; 2) ai creditori di spese funerarie; 3) alle persone di servizio per gli ultimi sei mesi dei loro salari; 4) ai creditori per le somministrazioni alimentari degli ultimi sei mesi precedenti la morte o la decozione del debitore; 5) al Pubblico Erario per le imposizioni e tasse legittimamente imposte e non soddisfatte dal debitore entro l'annata.

Delle spese giudiziali già si è detto; in quanto ai crediti di cui ai punti 2 e 4, di massima, non danno luogo a controversie giuridicamente rilevanti.

Molteplici questioni possono sorgere, invece, per quanto riguarda l'interpretazione e la pratica applicazione delle norme di cui ai punti 3 e 5.

Il numero 3 dell'art. 17 della Legge Ipotecaria concede privilegio alle « persone di servizio per gli ultimi sei mesi ». A stretto rigore, le « Persone di servizio » comprendono unicamente coloro che prestano l'opera loro al debitore od alla sua famiglia mediante una mercede (domestici, portieri, autisti e simili). Tuttavia, motivi di equità ed umanità, come replicatamente affermato dalla locale giurisprudenza, giustificano l'estensione di tale privilegio agli operai ed agli impiegati che prestano continuato servizio alle dipendenze del fallito con regolare contratto di lavoro, ai sensi della Legge 17 febbraio 1961 n. 7.

Il privilegio può ulteriormente estendersi nei termini e nei limiti di quanto affermato dalla Sentenza di secondo grado 11 marzo 1967 (Estensore: Prof. Avv. Guido Astuti) emessa nella causa n. 392 dell'anno 1964: « Deve a nostro giudizio ammettersi una interpretazione meno restrittiva di quella accolta dal Tribunale, e soprattutto di quella proposta dall'appellato Concorso, per cui la norma dell'art. 17 n. 3 dovrebbe applicarsi soltanto ai prestatori d'opera strettamente subordinati, muniti di libretto di lavoro prescritto dall'art. 47 della legge 17 febbraio 1961 n. 7. L'antiquata formula « persone di servizio » corrisponde — nella applicazione che giustamente deve farsi di questa norma anche ai lavoratori non addetti ai c. d. servizi domestici — all'odierna espressione « prestatori di lavoro subordinato »; ora, questa espressione comprende non soltanto gli operai e gli impiegati subal-

XXXVII) Dig., Lib. XVI, tit. II, leg. 1.

XXXVIII) VICAT., Vocab. jur., voc. jus.

XXXIX) Confr. art. 46 Legge fallimentare italiana.

terni, ma tutti i dipendenti di un'impresa, in quanto appunto prestatori di lavoro subordinato, e quindi anche i c. d. dirigenti o funzionari amministrativi e tecnici. Nel diritto italiano, l'art. 2094 Cod. Civ. definisce « prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore », e il susseguente art. 2095 precisa che « i prestatori di lavoro subordinato si distinguono in dirigenti amministrativi o tecnici, impiegati ed operai ». Anche le disposizioni vigenti in Italia sulla assicurazione obbligatoria invalidità e vecchiaia si applicano pure ai dirigenti, inclusi tra le persone « che prestano lavoro retribuito alle dipendenze di altri » (cfr. art. 3, comma 1°, R.D.L. 14 aprile 1939 n. 636).

Numerosi contratti collettivi di lavoro (per es. bancari e assicurativi), hanno introdotto una ulteriore categoria, quella dei funzionari, riservando la qualifica di dirigenti ai soli funzionari di grado più elevato, investiti di funzioni direzionali: ma hanno tuttavia sempre considerato anche i dirigenti come dipendenti dall'impresa, ossia come prestatori di lavoro subordinato. Ciò perchè il dirigente è pur sempre un dipendente dall'imprenditore-datore di lavoro, anche se gli da una collaborazione di ordine intellettuale e fiduciario, e se gli sono attribuiti larghi poteri di autodeterminazione nell'ambito della organizzazione aziendale, nonchè il potere gerarchico sugli altri dipendenti. Di conseguenza, rispetto ad un'impresa costituita in forma di società anonima, mentre non possono considerarsi dipendenti o prestatori d'opera subordinata gli amministratori, debbono essere riconosciuti tali i dirigenti, legati all'ente datore di lavoro solo da un rapporto di locatio operarum (ossia, nella terminologia giuridica odierna, da un contratto di lavoro), specie se essi non siano vincolati da un contemporaneo rapporto di mandato, quale si ha tipicamente nella discussa figura dell'amministratore delegato-direttore generale ».

Tale privilegio deve comprendere non solo il salario, o lo stipendio, ma anche tutte le indennità previste dalla legge 17 febbraio 1961, n. 7 (per riposo settimanale e festivo, ferie annuali, gratifica natalizia, festività nazionali, indennità di anzianità). Si è discusso, in passato, se, nel caso di cessazione del rapporto di lavoro a seguito della dichiarazione di concorso, fossero dovute le indennità di legge. La giurisprudenza ha risposto affermativamente e tale affermazione è ora legislativamente sancita dall'art. 33 della Legge sul Lavoro 17 febbraio 1961. Il privilegio non può estendersi ai compensi dovuti ad Amministratori di Società: mancando, rispetto a questi, ogni elemento di subordinazione, che è la base su cui è fondato il privilegio accordato dalla legge sammarinese, non possono essi rientrare nella categoria delle « persone di servizio ».

La legge concede il privilegio per gli ultimi sei mesi di salario. Si discute da quale momento deve iniziarsi il conteggio a posteriori dei sei mesi. L'opinione prevalente ritiene che il punto di partenza debba essere, nel caso di fallimento, la data di apertura del concorso stesso, poichè è questo il momento in cui il privilegio deve essere messo in azione ed esercitato, e cioè fatto valere sulle ragioni di altri creditori. In questo senso si è pronunciata la locale giurisprudenza ed anche quella italiana (XL), in conformità all'art. 2 della legge francese 17 giugno 1919

XL) Confr. Cass. Ital. 26 giugno 1958, n. 2276.

che specifica che le somme dovute « a tous ceux qui louent leurs services » sono privilegiate per « les six mois qui ont précédé l'ouverture de la liquidation judiciaire ou la faillite ».

Si discute anche se, per la indennità di licenziamento, che comprende anche il servizio prestato in tempo anteriore agli ultimi sei mesi, debba applicarsi, sia pure parzialmente, sempre per ciò che si riferisce al privilegio, il limite di tempo predetto. La risposta non può che essere negativa. Tale indennità è dovuta, secondo la legge sul lavoro, nell'atto in cui avviene la cessazione del lavoro stesso, ed è quindi tale data che deve essere presa in considerazione per il decorso dei sei mesi, anche se nel computo della indennità di anzianità debba tenersi conto della prestazione di opera avvenuta in tempo precedente.

Si presenta anche la questione se, quando la cessazione del rapporto di lavoro è avvenuta prima dei sei mesi e l'interessato abbia invano sollecitato il pagamento di quanto a lui dovuto, il decorso del periodo di tempo stabilito dalla legge debba restare sospeso od interrotto. Si ritiene che i sei mesi stabiliti dalla legge abbiano, per la perdita del privilegio, il carattere di decadenza e che, perciò, gli inviti ed i solleciti al pagamento non abbiano efficacia sospensiva od interruptiva. D'altra parte, nemmeno l'esistenza della moratoria può essere causa di sospensione o di impedimento alla decadenza per il tempo in cui la moratoria stessa è durata.

Il numero 5 dell'art. 17 della Legge Ipotecaria concede « il privilegio al Pubblico Erario per le imposizioni e tasse legittimamente imposte e non soddisfatte entro l'annata: al di là dell'annata cessa il privilegio ». Tale privilegio è stato esteso per le conseguenze pecuniarie derivanti da reato (XLI), per le imposizioni per la Sicurezza Sociale (XLII), nonché per i premi per l'Assicurazione infortuni sul Lavoro (XLIII). In questi due ultimi casi, però, il privilegio resta posposto al credito dello Stato.

Il privilegio è stato limitato nel tempo e cioè « entro l'annata ». Questa locuzione ha fatto sorgere vari dubbi. Anzitutto, si domanda quale sia il momento a cui bisogna riferirsi per stabilire l'annata. L'opinione dominante è che, nel caso di fallimento o concorso, sia quello della data di dichiarazione del concorso e cioè la data in cui si inizia la procedura che conduce alla esecuzione. Si è proposta pure la questione se con la espressione « annata » la legge abbia voluto intendere l'anno a cui l'imposizione o la tassa si riferisce o quello in cui essa è posta in riscossione. L'indagine è di particolare importanza soprattutto nel caso di ruoli suppletivi nei quali si portano in riscossione le imposte dovute per gli anni precedenti. Vi è chi, considerando che la seconda interpretazione darebbe al privilegio una estensione eccessiva, limita la sua applicazione alla imposta maturata nell'anno in cui si inizia l'esecuzione. Ma la più recente giurisprudenza italiana (XLIV), che si ritiene di seguire anche in San Marino, osserva che il diritto della Esattoria di procedere alla riscossione non sorge se non quando viene pubblicato il ruolo, e, quindi, si è orientata per l'accoglimento dell'opinione che dichiara privilegiate le annate di tributo pubblicate nell'annata in corso, anche se comprensive di più annate precedenti.

XLI) Art. 98, Cod. Pen.

XLII) Art. 39, Legge 22 dicembre 1955 - Art. 88, Legge 30 giugno 1964 n. 37.

XLIII) Art. 14, Legge 24 gennaio 1939.

XLIV) Cass. Ital.: 7 giugno 1956 n. 1962; 15 marzo 1957 n. 879.

Altra questione è se l'annata in corso comprenda solo le rate scadute fino al momento della esecuzione (apertura del concorso), cominciando dal giorno dell'anno precedente corrispondente a quello in cui l'esecuzione ha luogo (così, ad esempio, se il concorso ha inizio nel luglio 1966, le rate maturate dal luglio 1965 al luglio 1966) oppure debbasi invece aver riguardo all'anno solare, in modo da comprendere le rate scadute e da scadere tra il gennaio ed il dicembre dell'anno in cui si è iniziata l'esecuzione e cioè aperto il concorso. La interpretazione da accogliere è quella che debba aversi riguardo alla imposta maturata nell'anno solare, se pure alcune rate di essa non fossero ancora esigibili.

Si presenta anche la questione se sia coperta da privilegio la sopratassa dovuta per mora nel pagamento del tributo. Si ritiene di dovere rispondere in senso affermativo poiché la sopratassa o multa è un aumento del tributo, per tenere indenne l'Erario dal danno che gli arreca la mora del debitore, e per assicurare il pagamento; dal che concorre la ragione per cui è concesso questo privilegio allo Stato (XLV). Per quanto, infine, riguarda gli interessi, resta fermo il principio stabilito dalla Legge sui concorsi, e cioè che essi cessano con la dichiarazione del concorso anche sui crediti muniti di privilegio.

E' necessario tener presente che mentre i vecchi Codici Italiani, nonché quello vigente, contemplano il privilegio generale sui mobili, regolando a parte il privilegio sugli immobili, la Legge Ipotecaria Sammarinese invece, nella disposizione che abbiamo fin qui esaminata, contempla il privilegio contemporaneamente esteso sulla generalità dei beni mobili ed immobili. Mentre il privilegio sui mobili si mantiene senza iscrizione, per mantenerlo invece sugli immobili sarebbe necessaria l'iscrizione, così e come è disposto dall'art. 55 della Legge suddetta. Senonché deve osservarsi che questa disposizione, per lunga consuetudine, che in San Marino acquista valore anche se è contra legem, non è stata né viene osservata ed è stata, inoltre, esplicitamente abrogata dall'art. 14 della Legge 24 gennaio 1939 per i premi di assicurazione per gli infortuni sul lavoro. Infine, nel caso speciale dei dipendenti, i diritti dei quali sorgono nel momento in cui viene aperto il concorso tra i creditori, la insinuazione del loro credito entro i trenta giorni può tener luogo della iscrizione voluta dalla Legge Ipotecaria.

b) L'art. 23 della vigente Legge Ipotecaria concede il privilegio sopra la generalità dei mobili alla dote della moglie, legalmente costituita e versata nel patrimonio del marito o dell'avente potestà sopra il medesimo, ove concorrano le seguenti condizioni: 1°) che la costituzione della dote risulti da contratto autentico posto in essere avanti la dazione dell'anello; 2°) che, parimenti da contratto autentico di qualunque data, risulti la versazione della dote nel patrimonio del marito.

c) Godono del privilegio sopra alcuni mobili o sopra certi mobili soltanto i crediti seguenti elencati dall'art. 25 della Legge Ipotecaria:

1) Il credito pignoratizio sopra gli oggetti dati in pegno, purché questi si trovino nel possesso del creditore pignoratizio e purché il contratto di pegno risulti da documento in forma autentica;

2) gli « appuntamenti » o salari dell'annata decorsa e decorrente dei gerenti ed amministratori sopra i prodotti dell'ultima raccolta e sopra i frutti pendenti;

3) il credito dell'artigiano e dell'artefice per il prezzo della mano d'opera e

XLV) Confr. Cass. Ital. 5 gennaio 1963 n. 13.

delle spese da esso anticipate sopra gli oggetti mobili che ha restaurato o fabbricato, purchè l'oggetto si trovi sempre nel di lui possesso;

4) i crediti del locatore d'immobili tanto rustici che urbani sopra la mobilia, gli arnesi e gli strumenti di proprietà del conduttore che guarniscono e corredano gli immobili medesimi e sopra i frutti della raccolta dell'annata corrente per le pigioni e canoni scaduti di fronte alle pattuite anticipazioni e per le indennità di ragione, purchè la locazione o l'affitto risultino da documento in forma autentica. Per le locazioni ed affitti verbali, il privilegio deve essere riconosciuto e dichiarato dal Giudice con sentenza;

5) il credito del prezzo non soddisfatto sopra mobili venduti, finchè si trovano nel possesso del compratore, per i primi sei mesi decorsi dalla vendita, e purchè il contratto di compra e vendita risulti da documento in forma autentica;

6) il credito per gli onorari e spese del depositario e custode sopra l'oggetto conservato e le spese ed onorari del difensore di esso;

7) il credito di fornitura e mercedi dell'albergatore e del vettore sopra gli oggetti del viaggiatore trasportati nell'albergo e condotti dal vettore medesimo;

8) il credito rispettivo, dipendente dalla colonia, del padrone e contadino sulla parte colonica o dominicale, senza derogare con ciò alla prelazione di pagamento ed al diritto di rivalersi sui frutti raccolti e pendenti, nonchè sulle maggese, che lo Statuto Agrario concede ai padroni.

d) A norma dell'art. 26 della Legge Ipotecaria godono del privilegio speciale sopra alcuni immobili:

1) il venditore sopra gli immobili alienati, per il pagamento del prezzo restato in mano del compratore e per l'esecuzione di tutti gli altri patti risultanti dal contratto di alienazione. Nel caso di più alienazioni successive, per le quali il prezzo non sia stato soddisfatto, sia in tutto, sia in parte, il primo venditore è preferito al secondo, il secondo al terzo e così di seguito;

2) i coeredi, i condomini, gli associati e tutti gli altri condividenti fra di loro, sopra gli immobili che formano o hanno formato subietto della successione, della comunione, della società e della divisione, per i rispettivi conti di dare e avere dipendenti da assegni di parti, conguagli ed evizione;

3) coloro che hanno somministrato al compratore i denari per l'acquisto dell'immobile, purchè consti da relativo atto autentico che la somma somministrata aveva una tale destinazione e fu di fatto pagata al venditore;

4) gli architetti, cottimanti, muratori ed altri operai per i rispettivi onorari, opere, lavori e spese impiegate per restaurare, compire o migliorare l'immobile, purchè, avanti che sia posto mano a tali lavori, sia stata redatta, registrata e depositata in Tribunale una regolare perizia; e purchè dopo compiti i lavori, la liquidazione dei rispettivi conti si faccia dal Tribunale in contraddittorio tra il debitore e tutti i creditori iscritti per privilegi ed ipoteche sopra l'immobile di cui si tratta;

5) il privilegio di cui al numero precedente passa di diritto a favore di tutti coloro che hanno somministrato i denari ed i materiali per restaurare, compire o migliorare l'immobile, o per pagare gli architetti, cottimanti, muratori ed altri operai impiegati nei lavori medesimi, soltanto però per l'ammontare risultante dalla liquidazione giudiziale e purchè l'impiego dei denari e materiali risulti da atto autentico e dalla quietanza degli originari creditori;

6) il difensore per gli onorari e per le spese anticipate nel giudizio sostenuto

per la conservazione o per il recupero dell'immobile, sopra l'immobile recuperato o conservato, oppure sopra il prezzo dell'immobile medesimo.

X) Gli articoli 68 e seguenti della Legge Ipotecaria determinano l'ordine di preferenza tra i crediti forniti di privilegio, di ipoteca e crediti di natura chirografaria.

Stabilisce la legge che in primo luogo devono essere soddisfatti i crediti privilegiati; in secondo luogo, ove residui un attivo, i crediti ipotecari; in terzo luogo, sempre ove residui un attivo, i crediti chirografari.

I crediti privilegiati non sono trattati in modo eguale, ma devono essere soddisfatti nell'ordine indicato dall'art. 17 e cioè: 1) le spese giudiziali; 2) le spese funerarie; 3) le persone di servizio; 4) le somministrazioni alimentari; 5) il Pubblico Erario. Dal disposto della legge si evince che sono preferiti non già i privilegi più antichi, ma quelli che hanno una causa considerata dalla legge come prevalente: « privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa » (XLVI). In altre parole, un privilegio nato recentemente può vincere i più antichi, semprechè la sua causa sia dalla legge considerata più degna di favore dei privilegi che lo precedono per ordine di tempo.

Nel caso in cui, dopo aver soddisfatto i privilegi di ordine poziore, non vi sia più attivo sufficiente per soddisfare integralmente i privilegi di ordine inferiore, si procede per questi a distribuzione del residuo attivo con percentuale in proporzione del loro importo: « privilegia, si eiusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint » (XLVII). Quindi, se più privilegi, quantunque nati in tempi diversi, hanno una causa identica, i creditori che l'invocano, essendo tutti egualmente privilegiati, concorrono tra loro in proporzione dell'ammontare dei rispettivi crediti. Giusta la formula dei Dottori « res reducitur ad jus commune inter aequae privilegiatos »; quando si incontrano due titoli che hanno lo stesso favore « mutuo se impediunt et confunduntur ». Baldo scrive: « quando concurrunt duae virtutes paris potentiae, tantum juris habet una ad retinendum, quantum altera ad obtinendum » (XLVIII). Tale soluzione, stabilita dal diritto romano e dal diritto comune, è stata seguita dall'art. 13 della Legge Ipotecaria.

Anche in merito ai privilegi, sorge la dibattuta questione se, per i rapporti che si sono svolti all'estero, ed in particolare in Italia, debbano applicarsi le norme stabilite per i privilegi dalla legge straniera o dalla legge sammarinese, e cioè dalla lex fori.

In coerenza a quanto esposto nei principi generali, alla lettera B, si ritiene che sia necessario tener conto delle norme di diritto internazionale privato seguite nel luogo in cui avviene l'esecuzione.

Orbene, il diritto sammarinese segue la massima che gli immobili sono regolati dalla lex loci e pertanto il privilegio che li riguarda, sia ipoteca, sia privilegio generale o speciale su di essi, resta regolato dalla legge del luogo in cui sono situati. E ciò deve affermarsi anche per i mobili i quali, come giustamente osserva il Laurent, « hanno la loro situazione dove il debitore li possiede ed è la legge di

XLVI) PAOLO, leg. 32, Dig., Lib. XLII, tit. V.

XLVII) Leg. 32, cit.

XLVIII) Ad Leg. 38, Dig., communi dividundo.

questo luogo che li regge » (XLIX). Di conseguenza, immobili e mobili restano regolati, quanto ai privilegi, dalla legge del luogo in cui essi si trovino.

Di fronte a più ipoteche, invece, il tempo della data decide della preferenza: « hypothecae aestimantur ex tempore ». Cuiacio ne assegna la ragione con queste parole: « prioris temporis hypotheca firmior est, posterior infirmior, quia id tantum efficax est quod summa pignoris excedit summam prioris sortis » (L), e cioè, come stabilisce l'art. 59 della Legge Ipotecaria, secondo l'ordine cronologico indicato dalla loro iscrizione.

XI) Si è detto, genericamente, che gli atti compiuti dal debitore prima dell'apertura del concorso sono, in genere, validi ed efficaci di fronte alla massa. A tale regola costituisce eccezione l'ultima parte dell'art. 3 della Legge sui concorsi in quanto dispone: « Ogni alienazione, gratuita od onerosa, dei beni ceduti posteriore alla apertura del concorso è nulla di pieno diritto; e se anteriore di un anno è pure nulla l'alienazione gratuita: e se onerosa, è inefficace per frode presunta ove danneggi le ragioni dei creditori, a meno che il terzo non provi la sua buona fede e cioè di non avere sfruttato a proprio vantaggio il dissesto dell'altro contraente ».

In base al riferito disposto di legge, si distinguono tre periodi che rappresentano tre diverse situazioni giuridiche del fallito:

- 1) il periodo anteriore di un anno all'apertura del concorso;
- 2) il periodo anteriore di non oltre un anno all'apertura del concorso;
- 3) il periodo posteriore all'apertura del concorso.

Nel primo periodo, il debitore ha la piena e libera disponibilità dei suoi beni. Nessuna presunzione di insolvenza o di frode lo colpisce: cosicché i creditori e la massa concorsuale, per impugnare gli atti compiuti dal dissestato in tale epoca, devono ricorrere ai principi generali di diritto ed agli ordinari rimedi di legge ed in specie all'azione pauliana.

Nel terzo periodo, il provvedimento dichiarativo del concorso priva il decotto, dalla sua data e di diritto, dell'amministrazione dei suoi beni, la quale appartiene, d'ora innanzi, alla massa dei suoi creditori rappresentati dal curatore. Gli atti compiuti dal fallito in questo terzo periodo sono tutti indistintamente colpiti da nullità, la cui base giuridica non è tanto la frode dimostrata o presunta quanto la decadenza in cui è incorso il fallito rispetto all'amministrazione dei suoi beni.

Nel secondo periodo domina il sospetto. Lo sbilancio del dissestato suole antecedere la dichiarazione di concorso, che viene ritardata con studiosi ripieghi e collusioni: « decoctus omnes doli, fraudis et malitiae praesumptiones contra se habet: decocti enim... sicut sunt faciles ad mentiendum, ita in creditorum damnum et fraudem solent colludere, bona intricare et conturbare: uni dando, alteri auferendo, et mille alia mala et facinora perpetrare » (LI). In tale critico periodo il debitore, non essendo stato ancora dichiarato il concorso, conserva l'amministrazione dei suoi beni e la facoltà di disporne; di tale facoltà egli suole, sia pure nella speranza di poter impedire il disastro, abusarne, compiendo atti che o pregiudicano la massa o favoriscono uno o più creditori. La legge ha voluto provve-

dere a questi pericoli con lo stabilire, togliendo ogni incertezza o discussione al riguardo, che il periodo sospetto sia quello dell'anno anteriore al giorno della dichiarazione di concorso. Tale disposizione, cosiddetta « determinazione legale », è tassativa e non è consentito né di restringerla a termine minore, né di allargarla a termine maggiore.

Tutti gli atti compiuti dal dissestato durante l'anno sospetto sono dalla legge colpiti con la presunzione di frode. Tale presunzione è assoluta, *juris et de jure*, per gli atti gratuiti. È invece relativa, o *juris tantum*, per gli atti onerosi che arrecano danno alla massa, essendo riservato al terzo di provare la sua buona fede.

La dizione dell'art. 3, in quanto dispone che ogni alienazione, anteriore di un anno all'apertura del concorso, è presunta in frode, deve essere interpretata secondo il diritto comune e l'intero articolo deve essere coordinato ed integrato con tale diritto. In base al diritto comune, il vocabolo « alienazione » si riferisce non solo alla trasmissione della proprietà ma anche alla costituzione di pesi. Già il diritto giustiniano disponeva: « Sancimus, sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem... esse prohibendam, sed etiam usufructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi » (LII). Tale disposto fu costantemente seguito dal diritto comune. Afferma il Richeri che è alienazione non solo la « libera alienatio » o « voluntaria venditio » ma anche « donatio, datio in solutum, transactio, compromissum, permutatio, patientia usucapionis, voluntaria divisio, hypotheca, servitutis impositio aut jam constitutae remissio » (LIII). Nello stesso senso si esprime il De Luca (LIV). L'origine storica e gli scopi della retrodatazione, e quindi della Legge, impongono tale lata interpretazione ed a questo proposito bisogna avvertire che non è esatto che le leggi speciali, ove pure si dovesse ammettere che la Legge sui concorsi è una legge speciale, siano di stretta interpretazione. Scrive esattamente il Coviello di « stare in guardia contro quella massima falsa in sé, ed inesattamente formulata, e che pur corre sulle bocche di molti, dei pratici specialmente, cioè che le disposizioni eccezionali sono di stretta interpretazione. No: come talora potrà occorrere d'interpretare una parola indeterminata in senso stretto, anche quando si tratti di disposizione di diritto comune, così viceversa molte volte l'interprete ha il dovere di attribuire il senso lato ad una parola indeterminata che si trovi in una norma di legge eccezionale. Poiché, se il legislatore in siffatta disposizione adoperò parola che può avere in sé varii significati è da pensare, quando altra ragione in contrario non vi sia, che la norma eccezionale fu posta da lui per tutti i casi che la parola adoperata può comprendere nella sua ampiezza di significato... La volontà del legislatore deve essere rispettata nella sua integrità anche nelle norme eccezionali. Queste debbono spiegare la loro forza obbligatoria nei limiti in cui il legislatore la intese stabilire: se non si può oltrepassarli, non si deve nemmeno fermarsi al di qua. Ora l'interpretazione estensiva ha per iscopo non di oltrepassare, ma di raggiungere quei limiti: mentre chi la proibisce all'interprete, gli comanda di fermarsi al di qua e quindi di non rispettare la legge » (LV).

XLIX) Diritto Civile Internazionale, vol. 7°, n. 207.

L) Paratit. in Codice, qui potiores in pignore, vol. II, col. 1210 dell'edizione napoletana del 1758.

LI) CASAREGIS, Disc. 209, n. 46.

LII) Cod., Lib. IV, tit. LI, leg. 7.

LIII) Univ. Jurisp., Lib. I, tit. XXII, parag. 2093.

LIV) Il Dottor Volgare, Lib. VII, cap. V, n. 8.

LV) Manuale di diritto civile italiano, parag. 27, pag. 75.

Il diritto comune, inoltre, disponeva la nullità di tutti gli atti compiuti nello stato prossimo al fallimento: « inter decoctum et esse proximum decoctioni, in iure nulla adest differentia, nullaue intercedit inter eos distinctio » (LVI).

Anche l'ipoteca, pertanto, è compresa nelle alienazioni e negli atti considerati in frode alla massa dei creditori. Si discute se la presunzione di cui all'art. 3 comprenda solo le ipoteche convenzionali, nelle quali è possibile l'intervento della frode e la collusione tra le parti, od anche le ipoteche giudiziali, il titolo delle quali è pronunciato dall'autorità giudiziaria e che pertanto non può né deve essere considerato fraudolento. E' da osservare, in proposito, che occorre tenere ben distinto il titolo che accerta il credito dal fatto con cui il possessore del titolo assume l'ipoteca. Questa è sospettabile di frode non in riguardo alla condanna ed alla sentenza del magistrato (che, secondo i casi, dovrà essere rispettata dalla massa o potrà essere impugnata con gli ordinari rimedi) ma per il fatto del creditore e cioè per gli effetti che egli ha cercato di coglierne quando già il debitore era in istato di cessazione dei pagamenti e quindi nel periodo sospetto. Si obietta che l'ipoteca giudiziale viene assunta con atto unilaterale e non entra quindi nell'orbita tracciata dall'art. 3. Ma tale articolo parla di « alienazioni a titolo oneroso » e non di atti bilaterali ed essendo l'ipoteca compresa nel vocabolo « alienazione », essa, o sia convenzionale o sia giudiziale, rientra negli atti onerosi: è risaputo che se tutti gli atti bilaterali sono a titolo oneroso, non tutti gli atti a titolo oneroso sono bilaterali. Si obietta ancora che l'ipoteca giudiziale viene assunta senza il consenso del debitore e molte volte contro la sua volontà e che, di conseguenza, non può esistere il consilium fraudis. Ma — a parte che molte volte il dissestato col tenere un contegno passivo, lasciando cioè pronunciare la condanna e poi assumere ipoteca, può commettere frode — si osserva che la legge si riferisce anche alla frode unilaterale del creditore in quanto questi, consapevole dello stato di dissesto, compie atti per avvantaggiarsi a danno della massa. « Il terzo, in queste condizioni, doveva astenersi da qualunque atto giuridico il quale avesse per effetto di determinare alcuna mutazione nello stato patrimoniale del fallito » (LVII). Si obietta, infine, che il creditore il quale iscrive ipoteca usa di un suo diritto e che quindi non può commettere danno. Ma la massima « qui suo iure utitur neminem laedit » esclude la responsabilità (di massima quella extra contrattuale) solo nel caso che con l'esercizio del diritto si privi un altro di una semplice utilità o vantaggio, non già quando si opera a danno di lui l'effettiva diminuzione o distruzione di una attività patrimoniale (LVIII).

Infine, l'art. 67 della Legge fallimentare italiana dispone: « Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato di insolvenza del debitore... 4°) i pigni, le anticresi e le ipoteche giudiziali e volontarie costituite entro l'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento per debiti scaduti ». Le conclusioni a cui si è pervenuti nel diritto sammarinese corrispondono sostanzialmente a quelle in vigore in Italia.

Quale prova spetta al Curatore del concorso per sostenere la presunzione di legge e quale al creditore contestato per escluderla?

E' compito del Curatore provare: 1) che vi è stata una « alienazione »; 2)

LVI) CASAREGIS, Disc. 75, n. 2.

LVII) VIDARI, Corso di diritto commerciale, vol. VIII, n. 7649.

LVIII) Dig., Lib. XXXIX, Tit. II, de damno infecto, leg. 24 parag. 12.

che essa è avvenuta non oltre un anno dalla data di apertura del concorso; per quelle avvenute oltre l'anno occorre far richiamo, se del caso, all'azione pauliana; 3) che l'atto contestato arreca un danno effettivo alla massa dei creditori.

Fornita tale prova l'atto è, senz'altro, presunto in frode.

Il creditore, per escludere la presunzione, deve provare la sua buona fede e cioè deve dimostrare che egli non aveva conoscenza del dissesto economico del debitore e della cessazione dei pagamenti e che non aveva l'intento di crearsi una posizione privilegiata in pregiudizio degli altri creditori.

Il Prof. Leone Bolaffio, Autore della Legge Sammarinese sui concorsi, nella Relazione alla Legge stessa, dopo aver osservato che il periodo sospetto anteriore alla dichiarazione del fallimento imprime alla consapevolezza della cessazione dei pagamenti un carattere peculiare di « odiosità » (nel senso giuridico) conclude che « il contraente se ne libera dimostrando la propria ignoranza di quel fatto che determina il fallimento: la cessazione dei pagamenti » (LIX).

L'azione revocatoria chiamata concorsuale o fallimentare, da instaurarsi dal Curatore del Concorso, non deve assolutamente confondersi con l'azione revocatoria ordinaria, chiamata anche pauliana dal nome del Pretore Paolo che la introdusse nel diritto romano. Le due azioni partono bensì da una comune base ed hanno in sostanza gli stessi estremi, l'eventus damni ed il consilium fraudis, ma differiscono per varie particolarità.

In primo luogo, la revocatoria concorsuale esige che il dissesto del debitore sia stato dichiarato con l'apertura del concorso, mentre la revocatoria ordinaria non richiede tale dichiarazione. In secondo luogo, la revocatoria concorsuale può esercitarsi solo per le alienazioni compiute nell'anno anteriore all'apertura del concorso e cioè nel periodo sospetto, mentre quella ordinaria può esercitarsi, fino a quando non sia prescritta, per le alienazioni avvenute in qualsiasi momento; nel caso di concorso, in modo particolare, per le alienazioni compiute anteriormente all'anno e cioè al periodo sospetto. In terzo luogo, chi instaura la revocatoria ordinaria deve, anche se si tratta del Curatore del concorso, provare i due estremi necessari (eventus damni e consilium fraudis); invece, nella revocatoria concorsuale, il Curatore deve far risultare i presupposti dell'art. 3 sopra riportati: alienazione onerosa, contrattazione avvenuta nell'anno che precede l'apertura del concorso e, se occorre, o con prova o con controprova, il danno, ma è sempre esonerato dal provare la frode, la quale è presunta juris et de jure a carico del dissestato, poi caduto nel concorso, e juris tantum a carico del terzo contraente che può sempre sostenere la validità della alienazione dimostrando la sua buona fede.

E' opportuno tener presente che le disposizioni della legge sammarinese non corrispondono a quelle che erano state seguite, per gli atti onerosi, nel diritto comune e nel Codice di Commercio Italiano del 1882, e nemmeno a quelle poi stabilite nella Legge italiana del 16 marzo 1942 sul fallimento.

Nel diritto comune, e più precisamente nel diritto statutario dal quale trae origine il diritto commerciale, la presunzione di frode per gli atti compiuti dal commerciante fallito poco prima della dichiarazione di concorso (in genere dai quindici giorni ai tre mesi ed in qualche statuto fino ai sei mesi) era considerata juris et de jure: riservata sempre l'azione pauliana per gli atti compiuti in epoca anteriore.

LIX) Giur. Samm., anno 1964, vol. II, pag. 248.

Il Codice di Commercio Italiano del 1882, dopo aver stabilito, all'art. 708, che tutti gli atti, i pagamenti e le alienazioni fatte in frode ai creditori, in qualunque tempo avessero avuto luogo, dovevano essere annullati con l'azione pauliana, prevedeva, all'art. 709, la revocatoria fallimentare per gli atti compiuti posteriormente alla cessazione dei pagamenti, che poteva farsi risalire ai tre anni precedenti al giorno della dichiarazione del fallimento e stabiliva, per la presunzione di frode, due periodi: quello anteriore di dieci giorni alla dichiarazione di fallimento e quello precedente ai dieci giorni. Nel primo periodo la frode, senza necessità di prove, salvo quella della data dell'atto, era presunta (presunzione *juris tantum*). Nel secondo periodo, invece, dovevano distinguersi varie categorie di atti (pagamenti ed alienazioni a titolo oneroso — atti e contratti commutativi — pagamenti di debiti non effettuati con denaro od effetti di commercio, pegni, anticresi, ipoteche) per le quali erano posti requisiti e condizioni proprie per ogni categoria. E così, per le alienazioni onerose, il curatore doveva provare che « il terzo conosceva lo stato di cessazione dei pagamenti in cui si trovava il commerciante, benchè non ancora dichiarato fallito »; per i contratti commutativi, la conoscenza della cessazione dei pagamenti era presunta ma il Curatore doveva provare che « i valori dati e le obbligazioni assunte sorpassavano notevolmente ciò che al commerciante (poi fallito) era stato dato o promesso ».

In tutti i casi era riservata al terzo contraente « la prova contraria » (espressione usata, senza altra aggiunta, dall'art. 709) e, nella dottrina come nella giurisprudenza, si discuteva quale obiettivo dovesse avere detta prova contraria autorizzata dalla legge.

La Legge italiana 16 marzo 1942, dopo avere con l'art. 66 ammesso in ogni caso l'azione pauliana, ha adottato il sistema della determinazione legale dello stato di insolvenza, stabilendo, per le diverse categorie di atti ritenuti pregiudizievoli per i creditori, un termine legale aprioristicamente fissato e di natura variabile (un anno o due) nell'ambito del quale gli atti stessi costituiscono manifestazione di insolvenza, la cui conoscenza si ritiene nota al terzo, con presunzione assoluta o semplice a seconda dei casi, ovvero la insolvenza si presume esistente, salvo a provarne dal Curatore la conoscenza da parte del terzo. La prova contraria alla presunzione semplice consiste nel dimostrare che il terzo « non conosceva lo stato di insolvenza del debitore ».

La legge sammarinese, invece, come si è esposto, ha adottato un solo ed identico sistema per la revocatoria fallimentare stabilendo: 1) che essa può proporsi per le « alienazioni » avvenute nell'anno anteriore all'apertura del concorso; 2) che in tutte le « alienazioni » onerose, avvenute nel termine predetto, la frode è presunta; 3) che tale presunzione è *juris tantum* (solo per le alienazioni gratuite è *juris et de jure*) e che, per ciò, il terzo è sempre ammesso a provare la sua buona fede.

XII) Scaduto il termine di trenta giorni correnti concesso ai creditori per insinuare i loro crediti, viene assegnato dal Tribunale un ulteriore termine di trenta giorni per le opposizioni ai titoli di credito insinuati anche d'ufficio. Le cause di opposizione ai crediti si svolgono con la procedura ordinaria. Trascorso il termine e chiuse le cause relative, il Tribunale rimette, con Decreto, tutto l'incanto al Curatore del concorso per la graduatoria dei creditori, nella quale deve essere tenuto conto di tutte le eccezioni mosse in merito ai crediti insinuati. Il termine per la presentazione della graduatoria è fissato dal Tribunale. Il progetto di graduatoria

rimane depositato nella Cancelleria per trenta giorni, nel qual termine tanto i creditori insinuati quanto il debitore hanno diritto di dedurre per iscritto le proprie eccezioni contro il progetto. Trascorso il termine, l'incanto è trasmesso al Commisario per la Sentenza, la quale è appellabile nel termine perentorio di dieci giorni continui dalla sua pubblicazione.

La vendita dei beni immobili e mobili di proprietà del debitore, debitamente stimati con perizie giurate, avviene mediante pubblica asta, al prezzo di stima. Se l'asta vada deserta o se le offerte siano inferiori al prezzo di stima, la vendita non può effettuarsi per un prezzo inferiore alla metà del valore di stima; diversamente, i beni invenduti vengono aggiudicati proporzionalmente ai creditori concorrenti per non meno di due terzi del valore stimato.

L'art. 19 della Legge sui concorsi stabilisce che, se nel patrimonio del debitore non è disponibile il denaro occorrente alle spese della procedura concorsuale, tali somme devono essere anticipate dallo Stato, in base a decreto del Tribunale, con privilegio assoluto nella graduatoria dei creditori per il rimborso delle somme stesse.

RICORSO AL CONC.

XIII) L'art. 1 della Legge 15 novembre 1917 n. 17 stabilisce che il debitore che vuole fare la cessione dei propri beni ai creditori può, con ricorso al Tribunale, dichiarare che intende premettere la proposta ai medesimi di un concordato all'effetto di evitare, se i creditori vi aderiscano, la cessione.

Il ricorso deve essere accompagnato da un elenco nominativo di tutti i creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e domicili e da uno stato particolareggiato dei beni mobili, immobili e crediti del debitore, con l'indicazione approssimativa del valore di ciascuno di essi. Il Tribunale, con decreto da emanarsi entro le ventiquattro ore dalla presentazione del ricorso, anche se il giorno non è giuridico, incarica il Cancelliere di verificare, nel termine fissato dal decreto, le attività e le passività del debitore, nominando i custodi dei beni. Nel decreto stesso, da pubblicarsi mediante affissione ad valvas, in Città, Borgo e nelle parrocchie del territorio e con avvisi in pubblici periodici, ove sia ritenuto necessario, e sul Bollettino Ufficiale, da trascriversi inoltre nei registri ipotecari, si avvertono i creditori certi ed incerti, abbiano essi o no diritti di preferenza, di produrre nella Cancelleria le domande di insinuazione dei propri crediti nel termine perentorio di trenta giorni correnti dalla data del decreto. Col decreto stesso, viene determinato il giorno in cui dovrà aver luogo l'adunanza dei creditori per deliberare sulla proposta di concordato. Tale adunanza non può aver luogo prima che siano decorsi altri trenta giorni dalla scadenza del termine concesso per la presentazione dei crediti.

Il Tribunale nomina un procuratore per la procedura di concordato, il quale, in seguito alle più accurate indagini sulla condotta del debitore, sulla lealtà delle sue dichiarazioni in merito alle sue attività e passività e su ogni altra circostanza che crederà influente, redigerà una Relazione per esaminare ed accertare: 1) se le proposte del debitore siano accettabili; 2) se debbano invece migliorarsi; 3) se debba invece procedersi alla apertura del concorso tra i creditori. Tale Relazione deve essere depositata in Cancelleria almeno cinque giorni prima della riunione dei creditori.

Il debitore ha facoltà, per una sola volta soltanto, di chiedere il rinvio della adunanza dei creditori, al solo scopo di migliorare le condizioni del concordato, se ritiene che ciò possa facilitargli l'adesione dei creditori. La nuova convocazione non può aver luogo oltre venti giorni dalla data fissata per la prima riunione. Il

decreto che la fissa deve essere pubblicato e reso noto negli stessi modi del decreto di apertura del giudizio di concordato.

All'adunanza dei creditori, il debitore deve comparire personalmente; soltanto in caso di assoluto impedimento, accertato dal Commissario della Legge, potrà farsi rappresentare da un mandatario speciale. Ogni creditore, invece, può farsi rappresentare da un mandatario speciale, con procura che può essere contenuta, senza formalità, anche in una lettera autografa indirizzata al Cancelliere. Pure con semplice lettera autografa, indirizzata al Commissario od al Cancelliere, può essere espresso il voto del creditore sull'accettazione, o meno, del concordato. Dopo che il Procuratore ha letto la propria relazione, i creditori esprimono il loro voto.

Il concordato deve essere approvato almeno dalla maggioranza numerica dei creditori, che hanno insinuato i loro crediti, rappresentante almeno due terzi della somma complessiva dei crediti non privilegiati o non garantiti da ipoteca o da pegno ed ammessi dal Commissario della Legge alla votazione del concordato anche se contestati. Tale è la disposizione dell'art. 1 della Legge 23 ottobre 1957 n. 27 che ha così modificato il primo comma dell'art. 8 della Legge 15 novembre 1917 n. 17 che prescriveva l'approvazione del concordato da parte della maggioranza numerica dei creditori rappresentante almeno tre quarti della somma complessiva dei crediti non privilegiati o non garantiti da ipoteca o pegno ammessi alla votazione.

I creditori che hanno diritti di preferenza sono soddisfatti col ricavo dei beni sottoposti ai loro rispettivi diritti di priorità. Essi perdono il privilegio se partecipano alla votazione del concordato.

In caso di approvazione, il Commissario della Legge provvede affinché siano fissate le maggiori cautele e garanzie per l'esatta esecuzione dei patti del concordato. A tal fine, il debitore può presentare un fideiussore.

Mancando invece le maggioranze per numero e per somma, viene dichiarato aperto il giudiziale concorso tra i creditori. E' tuttavia concesso al debitore, in qualunque stadio della procedura di liquidazione, di fare ai creditori una proposta di concordato. In questo caso, si sospende la procedura esecutiva e si seguono le norme della procedura delineata per il concordato anteriore alla cessione dei beni, in quanto siano applicabili. Il concordato raggiunto ed eseguito viene omologato con Sentenza del Tribunale.

Sono inapplicabili al concordato: a) l'ultima parte dell'art. 3 della Legge sui concorsi relativa alle «alienazioni». Infatti, nel caso in cui si raggiunga il concordato, cessa lo stato di dissesto e viene a mancare la massa dei creditori a favore della quale sono sancite le nullità di cui al richiamato art. 3; svanisce, di conseguenza, la ragione delle disposizioni eccezionali della legge e pertanto la nullità non può essere invocata, nel loro esclusivo interesse, nè dai creditori singoli nè dal dissestato concordatario, i quali tutti rientrano sotto l'impero delle comuni norme di diritto; b) la decadenza di cui all'art. 11 della Legge per la mancata insinuazione dei crediti non opera nemmeno nei confronti dei crediti chirografari. (La decadenza è espressamente sancita, e per i soli crediti chirografari, dall'art. 11 per il caso di concorso in cui sia ordinata la liquidazione dei beni e non anche nel caso di proposta di concordato: in questa ultima ipotesi la mancata insinuazione nel termine stabilito impedisce unicamente al creditore chirografario di prendere parte alla adunanza dei creditori ed alla votazione sul concordato, ma il credito continua a sus-

sistere. In merito ai crediti ipotecari, si rammenta che questi vengono insinuati d'ufficio.)

Il concordato è obbligatorio per i creditori chirografari, sia insinuati sia non insinuati, ma non per gli ipotecari. Questi, a norma dell'art. 8, perdono il privilegio solo «se partecipano alla votazione del concordato». Non partecipandovi, in applicazione del capov. 2 dell'art. 8 «sono soddisfatti col ricavo dei beni sottoposti ai loro rispettivi diritti di priorità».

La sospensione degli interessi stabilita dall'art. 1 della Legge è prescritta nei riguardi della massa dei creditori e non nei confronti del dissestato, contro il quale i creditori ipotecari, ove sia intervenuto concordato con i creditori chirografari, conservano intatte tutte le loro ragioni in base al già richiamato art. 8 capov. 2 della Legge sul concordato.

Fondamentalmente diversi sono gli effetti del concorso tra i creditori e del concordato in relazione ai rapporti futuri tra dissestato e creditori: quando il concorso giudiziale si chiude con la distribuzione delle somme ricavate dalla vendita dei beni del dissestato ed i creditori non risultano pagati per l'intero loro avere, essi conservano sempre, naturalmente fino a che non intervenga la prescrizione estintiva, il diritto di procedere per il residuo loro avere alla esecuzione forzata sui nuovi beni sopraggiunti al dissestato e, ove ne concorrano gli estremi e le condizioni, di domandare l'apertura di un nuovo concorso. Tale diritto di agire per ottenere l'integrale pagamento del credito rimane fermo non solo di fronte al dissestato ma anche di fronte ai terzi direttamente od indirettamente coobbligati. Nel caso, invece, di concordato amichevole o giudiziale cessa ogni ulteriore azione contro il dissestato, ed eventualmente contro i terzi coobbligati, per il recupero del residuo avere non soddisfatto.

XIV) L'art. 20 della Legge 15 novembre 1917 n. 17 dispone: «Ogni ente di pubblica ragione il quale possa giustificare che, per avvenimenti straordinari, impreveduti od altrimenti scusabili, non è al momento in condizione di far fronte ai propri impegni e può dimostrare, con documenti o con prestazioni di idonee garanzie, che l'attivo del suo patrimonio supera il passivo, ha facoltà di chiedere al Tribunale Commissariale che sia sospeso ogni atto di cognizione e di esecuzione in suo confronto pel termine che il Tribunale riterrà di fissare secondo le circostanze e che potrà prorogarsi. Il provvedimento del Tribunale è senz'altro esecutivo ma è appellabile. Esso è pubblicato con affissione in Città e Borgo ed anche sui giornali che il Tribunale stabilirà, qualora, nel suo criterio prudente e discrezionale, lo ritenga necessario».

Il Prof. Leone Bolaffio, Autore della Legge sammarinese sui concorsi, così commenta l'articolo riportato nella Sua Relazione alla Legge stessa: «Dacchè la Legge disciplina il concordato preventivo, si è ristretta l'applicazione della moratoria agli enti di pubblica ragione: Stato, Comune, istituti di beneficenza e previdenza, società ed associazioni civilmente riconosciute. Il provvedimento dilatorio — la tregua cioè di ogni giudizio di cognizione ed esecuzione pel periodo che il giudice liberamente determina secondo le circostanze e può prorogare (art. 20) —

consentirà a quegli enti di riordinare le proprie finanze, liberarsi da momentanei imbarazzi ed organizzare la propria attività così da poterla proseguire nel pubblico interesse. A tale scopo, adotterà quelle misure richieste dal caso speciale, ma principalmente il concordato preventivo (art. 21), per riparare il passato, sistemare il presente ed avviarsi, in più tranquillante situazione, ad una benefica attività avvenire...

Era giuridico e logico e corrispondente alla divisione dei poteri, sottrarre ad ogni influenza politica la concessione della moratoria, affidandola legalmente al Tribunale Commissariale (art. 20). Per tal modo, la legge speciale, mentre mantiene in vita un istituto che nell'essere trova la sua ragione di essere, lo modifica e adatta alle nuove esigenze sociali e lo armonizza con la grande riforma costituzionale del 25 marzo 1906, acciò che la tradizione venerata di oltre sedici secoli di esistenza sia seme di più promettente ascesa, non sintomo di sterilità senile irreparabile ».

L'art. 44 della Legge 21 dicembre 1942 n. 45 regola la moratoria per le Società legalmente riconosciute. Esso dispone: « La liquidazione coattiva della Società viene pure disposta dal Tribunale a richiesta di un amministratore, di un Sindaco o di un creditore sociale od anche d'ufficio, quando essa versi manifestamente in istato di insolvenza.

Se la liquidazione coattiva è dichiarata a richiesta di un creditore o d'ufficio, la Società che sia regolarmente riconosciuta, pur essendo momentaneamente insolvente, può chiedere la moratoria a termini dell'art. 20 della legge 15 novembre 1917 sui concorsi ed il Tribunale può consentirla per un anno, prorogabile per non oltre un anno per giustificati motivi ».

Tale art. 44 modifica la Legge sui concorsi in quanto quest'ultima: 1) non ammette che la liquidazione coatta dei beni del debitore possa essere dichiarata di ufficio ma solo ad istanza di creditori o del debitore; 2) si applica a qualsiasi privato cittadino, sia oppur no commerciante, mentre il predetto art. 44 si applica solo alle Società « che hanno per oggetto una attività commerciale o industriale ». Inoltre, la liquidazione coatta, a richiesta di un creditore, in base alla Legge 15 novembre 1917, può ordinarsi quando concorrano i seguenti requisiti: a) vi siano esecuzioni individuali; b) esistano più creditori; c) esista la presunzione o la possibilità che i beni del debitore non siano sufficienti a soddisfare tutti i creditori. Lo scopo della liquidazione coatta dei beni del debitore è, in sostanza, quello di evitare che il creditore più sollecito riesca a soddisfare le sue ragioni integralmente a scapito degli altri creditori e quindi dar modo a questi ultimi di raggiungere la « par condicio creditorum », e cioè la divisione del patrimonio del debitore in parti eguali tra tutti gli aventi diritto. Gli stessi estremi sono necessari in base all'art. 44 della Legge 21 dicembre 1942 n. 45, il quale ammette che la società possa fare opposizione all'ordinanza di liquidazione coattiva dimostrando, come è detto nella Relazione alla Legge stessa al parag. 19, « un sufficiente grado di probabilità che la Società possa superare la crisi liberandosi da determinate passività o realizzando prossimi guadagni od economie nelle spese, reintegrando od aumentando il capitale od altrimenti... Per contro il termine della moratoria non è indefinito (come

nella Legge sui concorsi) ma di un anno al massimo, duplicabile quando, dentro il primo anno, siano manifesti segni di ripresa o di miglioramento tali da far prevedere che allo scadere del biennio l'assestamento della Società sia un fatto compiuto. Scaduto il termine originario o prorogato, si riprende il processo di liquidazione coattiva » (LX).

LX) Sentenze secondo grado: 25 febbraio 1961 nella causa n. 232, anno 1960; 30 luglio 1963 nella causa n. 163, anno 1961 (Giur. Samm., anno 1965, vol. I, pag. 42) - Sentenze primo grado: 22 aprile 1924 nella causa n. 153, anno 1922 (Giur. Samm., anno 1924, pag. 43); 28 aprile 1925 nella causa n. 77, anno 1924 (Giur. Samm., anno 1925, pag. 15); 18 luglio 1932 nella causa n. 380, anno 1931 (Giur. Samm., anni 1931 - 1932, pag. 71); 20 ottobre 1932 nella causa n. 264, anno 1932 (Giur. Samm., anni 1931 - 1932, pag. 99); 26 luglio 1934 nella causa n. 32, anno 1934 (Giur. Samm., anni 1933 - 1934, pag. 92); 25 ottobre 1935 nella causa n. 67, anno 1934 (Giur. Samm., anni 1935 - 1936, pag. 93); 22 gennaio 1938 nella causa n. 136, anno 1936 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 68); 10 giugno 1954 nella causa n. 115, anno 1954 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 323); 1 marzo 1955 nella causa n. 296, anno 1954 (Giur. Samm., anno 1963, vol. III, pag. 360); 15 novembre 1955 nella causa n. 136, anno 1954 (Giur. Samm., anno 1963, vol. III, pag. 365); 10 agosto 1957 nella causa n. 358, anno 1953 (Giur. Samm., anno 1964, vol. I, pag. 53); 29 agosto 1958 nella causa n. 110, anno 1955 (Giur. Samm., anno 1964, vol. II, pag. 150); 24 ottobre 1958 nella causa n. 89, anno 1955 (Giur. Samm., anno 1964, vol. II, pag. 163); 6 maggio 1961 nella causa n. 414, anno 1959 (Giur. Samm., anno 1964, vol. III, pag. 259); 16 giugno 1965 nella causa n. 11, anno 1965; 17 agosto 1965 nella causa n. 392, anno 1964.

LEZIONE TREDICESIMA

Sommario: 1. Dell'appello in generale e della sua ammissibilità.

1. - Una volta pronunciata e pubblicata la sentenza, o il decreto definitivo, non v'ha altro rimedio che il far ricorso ad un altro tribunale il quale abbia giurisdizione per riformarla. La così detta reposizione o revocazione dei decreti o delle sentenze, fatta dallo stesso giudice che le pronunciò, costituisce una pratica abusiva, poco decorosa per il giudicante, contraria ai canoni fondamentali del rito giudiziario (1). Il giudice, che ha emesso la sua decisione, cessa di essere tale per quella causa (2).

Il diritto comune e lo statuario conservano all'appello l'effetto duplice: sospendivo e devolutivo, in conformità del diritto romano giustiniano (3).

Dovrà dunque attendersi che con l'esito del giudizio di secondo grado la sentenza sia passata in cosa giudicata per procedere alla esecuzione della medesima. Frattanto, nulla può innovarsi, nè alterarsi dal giudice di primo grado. Il principio forma oggetto di una Rubrica che porta un titolo simile a quello del Digesto (4).

Si fa eccezione: 1°) quando l'appello sia assolutamente, o relativamente irricevibile. Questa è piuttosto una eccezione più apparente che reale, specie nella prima ipotesi, in cui è più esatto il dire che la sentenza passa immediatamente in giudicato; 2°) quando la legge stessa dice tassativamente che, nonostante l'appello, si deve procedere alla esecuzione, il che avviene in alcune procedure sommarie od in cause possessorie (di servitù, di alimenti, mercedi, ecc.) (5); 3°) quando la esecuzione provvisoria, invece di essere consentita dalla legge, come nel numero precedente, è autorizzata dal giudice.

Si riscontra, nella giurisprudenza sammarinese, la traccia di una tendenza a contrastare la legittimità di questa clausola (6), basandosi sul difetto di un testo che la autorizzi esplicitamente. Ma, per accoglierla, non mancano argomenti e cioè: la consuetudine universale (7) ed una disposizione esplicita contenuta nella Legge sul Conciliatore (8); oltre di che, la frase dello Statuto « natura similium » (9).

1) T. C. 2 febbraio 1881, Geri c. Berti - DE LUCA, Dottor Volgare, V, 156.

2) « Judex postquam semel sententiam dixit, postea Judex esse desinit ».

3) Cfr. BONJEAN cit., II, 526.

4) Rub. 13, Lib. IV: Quod appellatione pendente nihil debeat innovari - Dig., Lib. XLIX, tit. VII: Nihil innovari appellatione interposita.

5) Rub. XI, Lib. II, par. 174 - Rub. VI, Lib. II, par. 146 - Rub. LII, Lib. II, par. 382 - Ved. per gli alimenti la sentenza Ap. 11 giugno 1862, Susini c. Righi - GRATIANI, Disputationes brevis, cap. 665 e 726 n. 217.

6) T. C. 26 giugno 1865, Vincenti c. Tassini.

7) DOMAT., Leggi Civili, vol. IX, c. 7.

8) Art. 45: « Il giudice può autorizzare la esecuzione immediata delle sentenze quando vi sia timore di danno nel ritardo. L'autorizzazione è data in fine al titolo esecutivo ».

9) Rub. VI, Lib. II, par. 146.

lascia evidentemente margine al giudice di concedere l'esecuzione provvisoria in altri casi simili a quelli per cui è concessa dalla legge nel modo poc'anzi indicato, quando ricorra un giustificato timore di danno nel ritardo, come è detto nella citata Legge sul Conciliatore, salvo l'imporre, se opportuna, una cauzione (10).

Il fondamento etico dell'appello è ricordato nello Statuto: « quod iudicium unius jus potest laedere plurimorum et quod illud iudicium recta dicitur veritate fulciri quod plurimorum sententia comprobatur » (11).

Fra i contrari sistemi che avevano dominato la procedura romana e la canonica, vale a dire di appello ammesso in tutti i casi senza eccezione e di appello ristretto ad alcuni casi soltanto, il diritto sammarinese, come buona parte del diritto statutario di quell'epoca, ammette l'appello come regola, senza distinguere fra cause ordinarie e sommarie; lo vieta, in via di eccezione, in alcuni casi determinati. L'essere alcune cause decise sommariamente non vuol dire che non si possa promuovere appello contro le medesime; chè, anzi, appunto perchè si possa svolgere un giudizio di appello, si vuole che esse siano accompagnate da scritture (12). Soltanto, per conservare il carattere di speditezza, si procederà sommariamente anche nell'appello e, nonostante questo, si darà corso all'esecuzione della sentenza di primo grado.

Diciamo ora delle cause nelle quali l'appello è assolutamente irrecevibile.

E' regola generale che, in questa materia, bisogna essere piuttosto proclivi ad ammettere che a respingere la dichiarazione di appello, dovendosi la inappellabilità applicare restrittivamente, come tutte le istituzioni che limitano l'esercizio di un diritto.

La appellabilità è chiaramente esclusa:

1°) Quando la condanna è fondata sulla confessione della parte. Lo Statuto aggiunge: « et testibus superatus », talchè parrebbe che nemmeno in materia civile la confessione abbia forza di prova esauriente ed indistruttibile. Trattasi, a nostro avviso, di una interpolazione occorsa nel trascrivere il testo del Libro IV da quello di precedenti Statuti di altri paesi (13), dai quali fu copiato. In questi si parla di cause civili e di cause penali e, per queste ultime, anche di prova testimoniale, perchè — come è ben noto — la semplice confessione non basta a costituire da sola il fondamento di una condanna penale. Contro il confesso non si ammette l'appello perchè non solo si deve ammettere che la prova sia ampiamente raggiunta, poichè, se così non fosse, dovrebbe riprendere vigore il principio del diritto canonico che la verità deve andare innanzi ad ogni cosa (14), quanto perchè, secondo una opinione accreditata nel diritto comune, la confessione — s'intende la confessione esplicita, non la confessione presunta, in forza, ad esempio, del non essersi il convenuto presentato a rispondere alle posizioni — vincola il confitente (15), come se avesse stipulato un contratto, od una transazione, ed in modo ch'egli non è più ammesso nè a ritirare, nè a modificare la sua confessione, neanche in un giudizio posteriore. Venuto meno il fine, deve necessariamente vietarsi anche il mezzo, co-

10) Rub. VI, Lib. II, par. 148.

11) Rub. IV, Lib. IV, par. 682.

12) CONSTANTINI, cit., p. 165 - C. XII 3 dicembre 1863 (estens. G. B. CASSINIS) Simoncini c. Deputati della Chiesa di S. Antimo.

13) Urbino, Libro III, Lucca id.

14) CONCIOLO, Libro II, c. 6, n. 13.

15) SCACCIA, De iudiciis, II, 7, 545.

stituito, nel caso, dal giudizio di appello (16). Conforme era il principio del diritto romano (17).

2°) Quando si tratti meramente di esecuzione o, come dice lo Statuto, « ab aliqua mera executione ». Per l'intelligenza di questa frase bisogna ricorrere al diritto comune (18).

Le sentenze meramente esecutive debbono distinguersi da quelle pronunciate nelle cause di corsi d'acqua, servitù, confini, ecc., le quali sono eseguibili nonostante appello, ma però appellabili, come vedemmo, pur essendo, alla pari delle esecutive, pronunciate sommariamente.

Si comprendono sotto il nome di sentenze o decreti meramente esecutivi quelli che ordinano un atto esecutorio, come l'arresto del debitore, il pignoramento dei suoi beni, un sequestro conservativo e simili, e quelle che decidono questioni non di merito sorte durante la esecuzione forzata ed in occasione della medesima.

Non però si potrebbero dire esecutorie le sentenze che nel corso di un giudizio obbligano a fare od a non fare una cosa, a sospendere un lavoro, od eseguire una riparazione, in attesa del giudizio di merito (19), in quanto non decidono di una esecuzione, ma la ordinano per se stesse. Stante però l'urgenza di darvi corso che le accompagna, queste sentenze per natura loro sono provvisoriamente eseguibili non ostante l'appello, con o senza cauzione, ad arbitrio del giudice (20).

Invece, esecutivi ed inappellabili sono tutti i decreti autorizzativi emessi in corso di causa, ad esempio: il decreto autorizzativo della citazione, il decreto che apre i termini probatori, ecc., contenenti non una decisione, ma una licenza, o consenso del giudice. E' però ammissibile l'appello, in quanto la misura esecutoria fosse eccedente, quando — ad esempio — fosse ordinato ad un tempo e l'arresto personale del debitore ed il pignoramento dei suoi beni mobili ed immobili. In questi casi è ammesso il reclamo al giudice superiore per ridurre la esecuzione nei giusti confini (21).

3°) Nelle cause per tributi e tasse lo Statuto vieta l'appello (22); però questo divieto non troppo equo è da considerarsi abolito in forza del disposto dell'art. 8 della procedura di manoregia, dove l'appello appare implicitamente ammesso.

4°) Le sentenze con le quali si dichiara che una parte è, o no, legittimamente rappresentata in giudizio (23).

5°) Le sentenze contro i coloni inadempienti all'obbligo loro verso i proprietari del terreno (24). Tale disposizione statutaria deve ritenersi abrogata in quanto l'art. 15 della Legge 23 febbraio 1956 n. 6 dispone: « Tutte le controversie in materia di contratti agrari sono proposte alla Commissione Sindacale Conciliativa che esperimenta il tentativo di bonario componimento e, in caso di mancato accor-

16) Rub. VI, Lib. IV, par. 696.

17) BONJEAN, cit., II, p. 516, nota 4.

18) V. BONIFAZI e DE LUCA, loc. cit.

19) Rub. XXXIII, Lib. II, par. 274 e seg. - Rub. LXIII, Lib. II, par. 329.

20) Sentenza C. XII, cit. a nota 12.

21) Rub. VI, Lib. IV, par. 696 - Sentenze secondo grado: 30 luglio 1925 nella causa n. 6, anno 1922 (Giur. Samm., anno 1925, pag. 9); 27 aprile 1940 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 25).

22) Rub. VI, Lib. IV, par. 696 - Art. 8 Legge 30 agosto 1873: « L'appello od il ricorso contro le ordinanze del Magistrato sarà ammesso in devolutivo soltanto. Anche in secondo grado mantiene la sua origine di sommarissimo di mano regia ».

23) Rub. VI, Lib. II, par. 117.

24) Rub. XLVIII, Lib. II, par. 348.

do, sono di competenza della Commissione Arbitrale Agraria». Le due Commissioni sono state istituite rispettivamente dagli art. 3 e 5 della Legge 27 giugno 1945 n. 36 approvante il nuovo patto colonico. L'art. 3 dispone: «E' istituita una Commissione Sindacale Conciliativa per dirimere le vertenze che potessero insorgere tra le parti. Essa è composta di un rappresentante dei lavoratori della terra, di un rappresentante dell'organizzazione padronale e di un presidente delegato dalla Commissione Agraria». L'art. 5 dispone: «Le vertenze non risolte in sede sindacale conciliativa verranno deferite ad una Commissione Arbitrale presieduta dal Commissario della Legge e composta di due rappresentanti rispettivamente designati dalla Federazione dei Lavoratori della terra e dalla organizzazione padronale».

6°) I provvedimenti o decreti di exequatur dei giudicati esteri, contro i quali è ammesso però ricorso, nel termine di quindici giorni dalla notificazione del decreto stesso, al Giudice delle Appellazioni, a norma dell'art. 6 della Convenzione 31 marzo 1939 tra San Marino e Italia.

7°) Le sentenze del Giudice Conciliatore, suscettive parimenti del giudizio di revisione (25).

8°) Le sentenze in tema di suspicione di giudice, o di incompetenza, essendo queste pronunciate dal [Consiglio Sovrano, dimodochè non saprebbe quale maggiore autorità adirsi per la loro riforma, salva la revocazione] Consiglio dei XII (a).

9°) Le decisioni del giudice sul punto se una controversia formi o no materia di compromesso obbligatorio (26).

Nè qui potrebbe opporsi che il caso non è richiamato nella Rub. VI del Libro IV, perchè, oltre all'essere i casi di inappellabilità non tutti ivi menzionati, detta rubrica parla degli appelli in «causa» civile, non del caso speciale di un compromesso.

Le ingiunzioni di divenire al compromesso e di nominare o surrogare gli arbitri, nonchè quelle di pronunciare il lodo, sono sottratte all'appello, anche per il loro carattere esecutivo (27).

10°) E' inammissibile finalmente l'appello in caso di renuncia delle parti a valersene, tanto se essa sia posteriore, quanto se anteriore alla pronunzia della sentenza di primo grado.

Questo secondo caso forma oggetto di controversia nella dottrina (28), sostenendosi che le parti non possono modificare le regole di procedura reputate di ordine pubblico. Però la opinione prevalente è per l'affermativa ed è qui corroborata dalla facoltà che lo Statuto concede alle parti di prorogare o rinunciare ai termini della procedura di appello, i quali pure rivestono lo stesso carattere di pubblico interesse che la facoltà di appellare (29).

25) Art. 44, Legge sul Conciliatore: «Le sentenze sono inappellabili: sono eseguibili dopo tre giorni dalla notifica o dalla pubblicazione se la parte vi sia stata presente». - Art. 70: «La sentenza, non accettata dal soccombente, può essere impugnata con ricorso innanzi la Reggenza per la revisione».

a) Art. 2 n. 3, Legge 5 giugno 1923 n. 13. Potrebbe da esse ricorrersi al Consiglio Grande e Generale con le azioni di nullità e di restitutio in integrum.

26) Rub. LX, Lib. II, parag. 419 - Ap. 4 settembre 1882, Martelli c. Martelli.

27) Rub. LX, Lib. II, parag. 421 e 422.

28) V. BOITARD, II, p. 164 - MATTIROLO, vol. I, 298 - MORTARA, ivi cit. - Alcuni Statuti assegnano alla clausola un effetto limitato: Vedi Statuti Ferrara, L. II, r. 71.

29) V. Lezione seguente.

La legge non fa parola dei decreti di volontaria giurisdizione, ma non saprebbe dove fondare la inappellabilità. Resta a vedersi se l'appello debba portarsi, come noi pensiamo, davanti al giudice d'appello, o dinnanzi al Consiglio dei XII.

In altri casi, la sentenza o decreto è inappellabile relativamente: questo vale per tutte le sentenze interlocutorie, non aventi forza di definitiva, non pronunciate sopra eccezioni che mirano a dirimere sostanzialmente la controversia. Dall'interlocutoria mera non si appella, ma si può appellare contro il suo contenuto, congiuntamente all'appello contro la sentenza definitiva (30).

Non è certo facile il distinguere con sicurezza fra le interlocutorie mere, le aventi forza di definitiva e le miste.

Fu appunto per evitare le controversie, scaturenti dalla oscillanza del criterio, che alcune legislazioni moderne — quella del Regno ad esempio (31) — hanno ammesso l'appello contro qualunque sentenza, senza distinguere fra interlocutoria e definitiva, dischiudendo in pari tempo l'adito a prolungare infinitamente le liti. Il principio ora accennato è desunto dalla procedura romana giustiniana (32) e fu seguito da parecchie legislazioni statutarie (33). Per la sua attuazione, però, gli Statuti non porgono aiuto alla determinazione della natura della sentenza o decreto. Stando alla dottrina, interlocutoria mera non può giustamente definirsi che quella che non pregiudica la decisione del merito, come una qualunque ordinanza che ammetta o rigetti una prova proposta (34), o modifichi i capitoli di un interrogatorio, od in generale le modalità di un ammenicolo (35). Per giudicare rettamente il carattere di una sentenza, per distinguere le interlocutorie mere da quelle aventi forza di definitiva, bisogna risalire alla domanda, esaminare quale è la questione che si doveva risolvere e la natura di questa (36). Quando la questione proposta e risolta è tale che avrebbe di per sè potuto condurre al termine della lite, se, ad esempio, si tratta di una eccezione di incompetenza, di litispendenza, di prescrizione, di giuramento decisorio, ecc., la sentenza che si pronuncia non è mai interlocutoria mera, mentre sarebbe tale quella pronunciata, ad esempio, sulla ammissibilità o meno di una prova testimoniale. E poichè si deve aver riguardo alla natura della domanda e della questione, poco monta l'esito della domanda, nè rileva che la eccezione sia accolta o rigettata. Mentre, trattandosi di interlocutoria mera, la lite dovrebbe essere continuata, anche se fosse riformata in appello (37), trattandosi di domanda capace di far cessare la lite, deve ammettersi

30) Rub. VI, Lib. II, parag. 121: «Quod iudex tam primae instantiae quam secundae ex officio suo refrenare possit ac reicere capitula, positiones et interrogatoria impertinentia, quae etiam per processum ad ulteriora reiecta intelligantur absque alia interlocutoria, neque ab huiusmodi progressu liceat appellare. Verum secundus iudex errorem per se ipsum emendare possit, si quem factum e primo iudice compererit». - Parag. 140: «Quod appellari non possit a quavis interlocutoria mera, neque dici de nullitate ubi allegatum gravamen reparari posset in diffinitiva». - Parag. 141: «Nec admittatur appellatio ab interlocutoria frivola aut calumniosa, quod si fuerit admissa, temerarius appellans poena viginti quinque librarum puniatur, camerae nostrae libertatis applicandarum».

31) MATTIROLO, vol. IV, n. 503 e seg.

32) BONJEAN, vol. II, pag. 516-517.

33) DE LUCA, vol. V, 157 - CONCILOLO, p. 208 e seg.

34) Conforme: Ap. 20 giugno 1871, Fabbri c. Amati.

35) Rub. VI, Lib. II, parag. 121.

36) App. 12 settembre 1888, Rutini c. Scarponi.

37) Rub. IV, Lib. IV, parag. 690.

l'appello per non far luogo ad una lunga discussione sul merito, che diventerebbe inutile, qualora la sentenza interlocutoria in grado di appello potesse terminarla.

La tesi sostenuta dall'Autore può essere integrata e chiarita dall'analisi delle massime di alcuni importanti giudicati in materia tra i quali, in particolar modo, notiamo:

1) Sentenza di secondo grado 23 marzo 1918 (Giudice delle Appellazioni: Prof. Avv. Vittorio Scialoja) (b).

« Secondo il diritto sammarinese non è ammesso l'appello contro le mere interlocutorie (Statuti, Lib. II, Rub. VI, parag. 121, 140, 141).

La disposizione, apparentemente contraria, degli Statuti (Lib. IV, Rub. III, parag. 671) (c), deve riferirsi alle sentenze non meramente interlocutorie e cioè alle sentenze che non siano strettamente relative all'andamento del processo e che decidano su di una questione alla quale non possa portare rimedio l'eventuale appello contro la sentenza definitiva.

Il Decreto Commissariale che apre il termine ad allegare si riferisce meramente allo svolgimento degli atti processuali dinanzi al primo Giudice, sicchè lo eventuale appello contro l'ultima decisione di questo non troverebbe mai ostacolo nè impedimento alcuno nel decreto stesso.

Secondo il diritto sammarinese non è ammesso l'appello contro le mere interlocutorie, poichè tale regola, già stabilita da Giustiniano (Leg. 3 prin., Cod., De appell., 7, 62; Leg. 16, Cod., De iudiciis, 3, 1; Leg. 16, Cod., De sentent. et interloc., 7, 45; Leg. 2, Cod., De ep. aud., 2, 4) e riconosciuta da parecchie leggi statutarie, è ammessa anche dagli Statuti di San Marino (Lib. II, Rub. VI, parag. 121, 140, 141) e la disposizione apparentemente contraria del Libro IV, Rub. III, parag. 671 e seg., deve riferirsi alle sentenze non meramente interlocutorie, sebbene non abbiano forza di definitive, come quelle alle quali si riferisce la Rub. V dello stesso Libro IV, parag. 695 (d), perchè può ben darsi che una interlocutoria, anche non decidendo alcun punto della questione dedotta in giudizio, non sia strettamente relativa all'andamento del processo, sicchè non basti a porvi rimedio l'eventuale appello contro la sentenza definitiva ».

2) Sentenza di secondo grado 26 luglio 1919 (Giudice delle Appellazioni: Prof. Avv. Vittorio Scialoja) (e).

« V'è negli Statuti di San Marino un'apparente contraddizione tra i parag. 121, 140, 141 (Rub. VI, Lib. II) ed i parag. 671, 680, 681, 695 (Libro IV, Rub. III) che non si può risolvere se non distinguendo le sentenze mere interlocutorie dalle miste. Per le mere interlocutorie l'appello è escluso: per le altre è ammesso, ma sotto condizione di un deposito (parag. 680, 681) (f).

b) Nella causa n. 42, anno 1916 (Giur. Samm., anni 1911-1920, vol. I, pag. 30).

c) Parag. 671: « Quicumque senserit se gravatum ab aliqua interlocutoria, praecepto, vel gravamine, quod dicto, vel facto diceretur inferri, a tali gravamine, interlocutoria, vel praecepto possit et sibi liceat appellare, provocare et de nullitate dicere, et querelare, dummodo huiusmodi querela, vel appellatio, vel de nullitate dictio fiat infra duos dies a die sententiae numerandos, in illis non computata die illati gravaminis, alias non audiat ».

d) Parag. 695: « Statuimus et ordinamus, quod si contigerit appellari ab aliqua interlocutoria, quae vim habeat diffinitivae, idem modus, tempus et forma in omnibus, et per omnia quoad tempus appellandi, et appellationem introducendi, servetur, quae in appellando a diffinitiva servantur ».

e) Nella causa n. 57, anno 1917 (Giur. Samm., anni 1911-1920, vol. I, pag. 36).

f) Parag. 680: « Declarantes quod sic a quacumque sententia interlocutoria appellari non

In generale, la sentenza relativa all'ammissione di una prova (es.: interrogatorio) può considerarsi come mera interlocutoria, quando non pregiudichi in alcun modo l'apprezzamento definitivo del giudice. Ma se la questione dell'ammissibilità di una prova implica un giudizio sulla natura del rapporto giuridico o del titolo, che sono oggetto della lite, l'interlocutoria che la decide dovrebbe dirsi piuttosto mista che mera, e sarebbe appellabile ».

3) Sentenza di secondo grado 12 marzo 1962 (Giudice delle Appellazioni: Prof. Avv. Guido Astuti) (g).

« Deve altresì proporsi officio iudicis, ancorchè non sia stata sollevata dalle parti, la questione circa l'ammissibilità dell'appello contro una sentenza non definitiva, stante la generalità della disposizione statutaria « quod appellari non possit a quavis interlocutoria mera, neque dici de nullitate, ubi allegatum gravamen reparari possit in diffinitiva » (Leges Statutae, Lib. II, Rub. VI, cap. 140; cifr. cap. 121); disposizione conforme ad un noto principio del diritto romano giustiniano (Cod., 7, 62, 36) che la più autorevole dottrina e giurisprudenza del diritto comune tenne sempre fermo, nonostante la maggior larghezza con cui l'appellabilità delle sentenze interlocutorie venne invece ammessa dal diritto canonico. La disposizione statutaria, che esclude l'appello dalle interlocutorie « merae », semprechè il gravame che ne consegue sia riparabile con la sentenza definitiva, deve essere interpretata in modo rigoroso, evitando abusive estensioni della facoltà di appello, la quale deve ritenersi, di regola, consentita soltanto nei confronti delle interlocutorie « vim definitivae habentes », in conformità all'esigenza di impedire un inutile prolungamento delle liti e, soprattutto, una arbitraria deroga all'ordine delle competenze. Nel caso di specie, la sentenza impugnata non può certo qualificarsi come interlocutoria mera, perchè, pur sospendendo ogni altra pronuncia sul merito, dichiara la incompetenza del Giudice ordinario adito a stabilire l'entità del canone di affitto ed inoltre deferisce al convenuto il giuramento suppletivo, sopra una circostanza determinante ai fini dell'accoglimento d'una sua eccezione principale e della decisione sul merito. L'appello deve quindi dichiararsi ammissibile, proprio in ordine alle sopra indicate pronunzie, che sono state oggetto di specifico gravame ».

4) Sentenza di primo grado 25 aprile 1960 (Commissario della Legge: Avv. Giacomo Ramoino) (h).

« La sentenza interlocutoria mera non è appellabile ed ogni eventuale errore in essa contenuto può essere riparato con la sentenza definitiva ».

La sentenza interlocutoria mista è appellabile e le sue decisioni, passate in cosa giudicata, non possono essere più modificate.

Qualora la sentenza interlocutoria mista non sia passata in cosa giudicata, ogni sua statuizione può essere modificata o revocata dallo stesso giudice che ha pronunziato la interlocutoria (e gli autori richiamano in proposito la legge 14 Dig., de re iudicata « quod iussit vetuitque praetor contrario imperio tollere et repetere licet ») e, in particolare, dal Giudice di Appello con la definitiva ».

possit, nisi prius actualiter pars appellans deposuerit penes Notarium causae unum scutum aureum... » - Parag. 681: « Et appellationes praedictae ab interlocutoriis praedictis factae absque depositione praedicta sint et esse intelligantur nullae, et in ipsis procedi quoquomodo non possit sub dicta poena ».

g) Nella causa n. 359, anno 1957 (Giur. Samm., anno 1965, vol. I, pag. 11).

h) Nella causa n. 190, anno 1954 (Giur. Samm., anno 1964, vol. II, pag. 207).

LEZIONE QUATTORDICESIMA

Sommario: 1. Segue dell'appello - 2. Dell'appello dalla sentenza arbitrale.

1. - Diciamo ora del procedimento di appello. Questo consta di alcune fasi, o periodi bene distinti, denominati nello Statuto « ad interponendum, introducendum, justificandum, prosequendum appellationem » (1). In prima linea, viene la manifestazione della volontà di appellare: interposizione di appello. La quale può aver luogo a viva voce, o per iscritto. A voce, nel giorno stesso in cui la sentenza è pubblicata, anche dopo che il Giudice, il quale la lesse, sia uscito dall'aula pretoria, e fino a che gli uffici restino aperti (2).

Questa è la così detta forma di appello « ab irato », che doveva, secondo il diritto romano, dichiararsi alla contestuale presenza del giudice (3), e che i codici moderni hanno abolito. In iscritto, la dichiarazione di appello si fa in Cancelleria, dentro il termine di giorni dieci, chè a tanti fu portato nella procedura giustiniana il termine minore di due o tre giorni, osservato nell'antica procedura romana (4). Questi giorni sono correnti, sia perchè è regola generale che tali si intendano i termini, quando non sia espressamente stabilito il contrario, sia perchè così è ammesso dal diritto comune (5), sia — infine — perchè un Decreto del Consiglio Sovrano fu, poco dopo l'ultima riforma dello Statuto (6), emesso per dichiarare e ribadire che i termini per la interposizione e per la introduzione dell'appello, sono correnti.

Nella ignoranza di questo Decreto, che rimase avvolto nelle tenebre fino a che non fu posto mano ad una pubblicazione di tutte le leggi della Repubblica, fecesi della natura di questi termini l'oggetto di una disputa giudiziale, ed il tribunale d'appello concordò nel dichiarare che questi termini debbono intendersi correnti (7).

Interpretando la frase dello Statuto « a die latae sententiae » secondo la lettera ed il diritto comune (8), dovrebbe dirsi che il termine dei dieci giorni decorre dal giorno della pubblicazione della sentenza o, più esattamente, giusta la regola del dies a quo, dal giorno immediatamente successivo, vi assistano, o no, le parti,

1) Rub. VI, Lib. II, parag. 144.

2) Rub. IV, Lib. IV, parag. 682.

3) BONJEAN, cit., II, pag. 519.

4) BONJEAN, cit. a nota precedente.

5) BRUNEMANN, Sulla Legge 1, Cod., de feriis - Sentenza 17 febbraio 1846, Muzzarelli, in Giornale del Foro (Roma), 1846.

6) 4 ottobre 1611, n. 38.

7) Ap. 10 marzo 1885, Taddei c. Gori.

8) Rub. IV, Lib. IV, parag. 682 - V. Statuti Roma, I, 161, ecc.

tanto più che laddove si volle ammettere la decorrenza dalla notifica, fu usata una altra espressione (9).

Ma la consuetudine (10) è manifestamente contraria, e da uno spoglio delle cause d'appello si evince che i termini si fanno decorrere dal giorno della notifica. Resta però sempre dubbia la forza derogante della consuetudine in manifesta contraddizione al diritto positivo (11).

Rientra, invece, nella osservanza di un principio generale la regola intorno allo spirare di questi termini. Ed invero, essendo la interposizione di appello un atto da farsi in Cancelleria, poco importa se il giorno è feriato. Le ferie sono per il giudice non per la parte; il ritardo ad interporre appello fino al giorno giuridico immediatamente successivo alla decade, porterebbe alla perenzione o, meglio, alla decadenza del diritto di appello (12).

Può il procuratore appellare senza la parte? Lo Statuto ne tace. Il diritto comune insegna che occorre o speciale mandato al procuratore, vale a dire che l'atto di procura ad litem comprenda anche la facoltà di appellare, od un mandato generale ad lites (13). Però, il principio va coordinato con quanto si disse intorno

9) CONCIOLO, L. III, r. 1, n. 20.

10) V. le attestazioni prodotte nella causa Simoncini c. Simoncini, n. 1, anno 1900, relative al termine d'appello in moltissime cause civili.

11) V. sulla questione le Pandette del WINDSCHEID, I, par. 18 e le citazioni in nota ivi. La costante giurisprudenza sammarinese ha confermato che il termine per l'interposizione d'appello decorre dal giorno della notifica della sentenza (escludendo dal calcolo il dies a quo) quando la parte non fu presente alla pubblicazione della sentenza stessa; se, invece, tale ultima ipotesi si verifica, detto termine decorre « a die latae sententiae » a norma del par. 682 delle Leges Statutae; ved., in particolare, le Sentenze di secondo grado: 20 luglio 1917 nella causa n. 18, anno 1917 (Giur. Samm., anni 1911-1920, vol. I, pag. 27); 31 luglio 1918 nella causa n. 43, anno 1916 (Giur. Samm., anni 1911-1920, vol. I, pag. 32); 25 aprile 1925 nella causa n. 7, anno 1924 (Giur. Samm., anno 1925, pag. 8); 12 marzo 1962 nella causa n. 359, anno 1957 (Giur. Samm., anno 1965, vol. I, pag. 11).

12) Sentenza Simoncini c. Simoncini, 21 agosto 1899 e attestati nel processo ivi - SCACCIA, De Judiciis, II, 5, 4, e citaz. ivi. IN SENSO CONTRARIO si è espressa l'odierna giurisprudenza. I termini per la interposizione e l'introduzione dell'appello sono termini legati perentori, di ordine pubblico (Leges Statutae, Lib. IV, Rub. IV, par. 693), di dieci giorni correnti o continui, per cui, escluso dal calcolo il dies a quo, debbono computarsi anche i giorni feriali intermedi, secondo il principio di diritto comune, in base al quale tutti i giorni si hanno per giuridici (Leg. 1 e 6. Cod., de feriis, 3, 12); ma se il giorno di scadenza di detti termini è festivo, la scadenza stessa è prorogata al primo giorno giuridico successivo. Non si ignora l'esistenza, tra i teorici del diritto comune, di una dottrina più rigorosa, per cui non dovendosi l'appello interporre né introdurre « coram iudice », ed essendo le ferie per il giudice e non per le parti, l'interposizione e l'introduzione dell'appello dovrebbero sempre compiersi entro il decimo giorno, anche se feriato: ma questa dottrina fu sostenuta dagli interpreti sempre con riguardo ad ordinamenti speciali, in base ai quali l'atto poteva farsi « coram notario », ovvero era data la facoltà di compierlo anche in giorni ferati, cioè sussisteva per le parti quella « adeundi facultas », richiesta già dalla giurisprudenza e dalla legislazione imperiale (cfr. Ulpiano, Leg. 1 par. 7 e seg., Dig., 49, 4: « dies autem istos, quibus appellandum est, ad aliquod utiles esse oratio Divi Marci voluit... ait enim: is dies servabitur, quo primo adeundi facultas erit »). Per potere computare nel termine, ai fini della comminata decadenza, anche il giorno festivo di scadenza, occorrerebbe che in tal giorno vi fosse in San Marino un ufficio aperto per ricevere l'atto od altra possibilità di depositarlo, il che deve sicuramente escludersi. Conseguentemente, la scadenza del termine deve ritenersi prorogata al primo giorno giuridico successivo, in applicazione del principio enunciato, conforme alla costante prassi consuetudinaria, universalmente seguita per la sua ovvia razionalità. - Ved. Sentenza di secondo grado 27 dicembre 1962 nella causa n. 356, anno 1960 (Giur. Samm., anno 1965, vol. I, pag. 30).

13) GOLINUS, cit., pag. 105.

all'obbligo di esibire il mandato, e sul mandato presunto dei procuratori legali. Per la interposizione o dichiarazione di appello deve reputarsi bastante, a nostro avviso, il mandato, espresso o tacito, in forza del quale la parte fu rappresentata in primo grado, sia perchè questo atto ha luogo davanti allo stesso giudice di primo grado, sia perchè la parte, o in seguito comparendo dovrà ratificare l'appello (14), o non introducendolo tempestivamente lo farà cadere, senza incorrere per ciò in alcuna delle penalità che costituivano per i dottori uno degli argomenti più forti per contestare al procuratore la veste di rappresentare in appello il cliente (a).

Lo Statuto contiene la comminatoria di una pena per l'appello frivolo o calunnioso dalla interlocutoria; ma la pena è da reputarsi illusoria, poichè l'appello dalla interlocutoria è inammissibile. Lo Statuto sammarinese, nonchè riprodurre le severissime sanzioni del diritto romano contro gli appellanti che soccombevano (15), nemmeno esige il deposito anticipato o cauzione che alcuni Statuti esigono per l'accoglimento delle istanze di appello (16). Nello Statuto della Repubblica si fa menzione di un deposito obbligatorio solo per l'appello contro le sentenze interlocutorie, il quale però è inammissibile per disposizione abrogativa altrove contenuta, come si è detto più sopra, e per gli appelli contro le pene pecuniarie inflitte dal giudice a sanzione dell'inosservanza di un suo precetto (17), ciò che esorbita dalla materia delle cause civili.

Il deposito da farsi negli appelli da sentenze o da provvedimenti civili di qualsiasi natura è stato istituito con Legge 15 Aprile 1926 n. 17.

Caratteri del deposito e conseguenze della sua mancanza sono illustrati chiaramente dalla Sentenza di secondo grado 27 luglio 1928 (b), che qui si riporta nei suoi passi essenziali:

« Osserva innanzi tutto il Giudice delle Appellazioni che l'art. 1 della Legge 15 aprile 1926 n. 17 prescrive il deposito di lire venticinque negli appelli da sentenze o da provvedimenti civili di qualsiasi natura, sotto pena della irricevibilità dell'appello, e che si legge nello stesso articolo che la ricevuta di deposito dovrà allegarsi alla citazione che introduce l'appello. Non può quindi essere dubbio, nella specie, che, avendo l'appellante eseguito il deposito di lire venticinque molto tempo dopo l'introduzione dell'appello, l'appello medesimo deve essere dichiarato irricevibile.

Ad evitare questa dichiarazione, sostiene la difesa dell'appellante che la disposizione che prescrive il deposito di lire venticinque ha carattere esclusivamente fiscale, essendo stata dettata nell'interesse dell'amministrazione, e che quindi gli appellati non avrebbero alcun interesse ed alcuna facoltà di eccepire la irricevibilità dell'appello pel mancato deposito. E' da osservare però che, anche ammettendone il carattere fiscale, il deposito non effettuato porta all'irricevibilità dell'appello e non può perciò mettersi in dubbio l'interesse e la facoltà degli appellati

14) BONIFAZI, pag. 119, par. 15 e citaz. ivi.

a) In senso conforme: Sentenze di secondo grado: 10 agosto 1921 nella causa n. 52, anno 1920 (Giur. Samm., anno 1921, pag. 5); 12 luglio 1923 nella causa n. 65, anno 1921 (Giur. Samm., anno 1923, pag. 8); 20 dicembre 1962 nella causa n. 367, anno 1958 (Giur. Samm., anno 1965, vol. I, pag. 28).

15) BONJEAN, II, pag. 526.

16) LATTES, Il diritto consuetudinario, pag. 112 - V. Statuti Roma, L. I, r. 110, ecc.

17) Rub. XV, Lib. IV, par. 725.

b) Nella causa n. 89, anno 1925 (Giur. Samm., anno 1928, pag. 3).

a far applicare una disposizione di legge, che porta al passaggio in giudicato della sentenza del Giudice di primo grado, pronunciata in loro favore. Non è necessario quindi occuparsi della diversa natura che, secondo l'appellante, avrebbero il deposito prescritto dalla Legge del 1926 e quello prescritto dalla Rub. III, Lib. IV dello Statuto per le sentenze interlocutorie, che andava in parte a profitto degli appellati.

Sostiene, in secondo luogo, la difesa dell'appellante che, data la fiscalità della prescrizione del deposito di lire venticinque, ai fini della ricevibilità dell'appello, il Giudice delle Appellazioni deve soltanto verificare se il deposito stesso sia stato effettuato prima che la causa sia stata dichiarata in pro-servato e siano stati trasmessi gli atti al Giudice medesimo e che, avendo l'appellante eseguito in questo termine il deposito, l'eccezione di irricevibilità proposta dall'appellato deve essere respinta.

Osserva però il Giudice delle Appellazioni che, come si è ricordato prima, per l'art. 1 della Legge 15 aprile 1926, la ricevuta del deposito di lire venticinque deve essere allegata alla citazione che introduce l'appello e risulta invece dalla ricevuta in atti che l'appellante eseguì il deposito dopo l'introduzione dell'appello ed in seguito alla sollevata eccezione di irricevibilità.

Sostiene infine l'appellante che, avendo l'Ecc.ma Reggenza autorizzato l'introduzione di appello nonostante la inesistenza della ricevuta dell'avvenuto deposito, non abbia più diritto la parte appellata di eccepire la irricevibilità ed il Giudice delle Appellazioni di pronunciarla, essendo stata sanata ogni nullità.

E' da osservare però che spetta al Giudice delle Appellazioni il giudizio definitivo sulla ammissibilità dell'appello, e non vi può essere quindi alcun dubbio sulla facoltà del Giudice medesimo di dichiarare irricevibile un appello ammesso dalla Ecc.ma Reggenza. Occorre inoltre notare che, pur ammettendo la facoltà indiscussa della Ecc.ma Reggenza di non autorizzare un appello che, per difetto di forma od altro, si presenti ictu oculi infondato, ciò non significa che questa facoltà debba la Ecc.ma Reggenza usare in tutti i casi: ritiene anzi il Giudice delle Appellazioni che, per evitare possibili affrettate decisioni, sia conforme all'interesse delle parti in lite la pratica seguita dalla Ecc.ma Reggenza di rimettere quasi sempre al Giudice delle Appellazioni il giudizio sulla ammissibilità dell'appello. Nè può affermarsi che l'Ecc.ma Reggenza, autorizzando l'introduzione di un appello irricevibile, come nella specie, aggravi la condizione dell'appellante, costringendolo ad inutili spese ed impedendogli di riparare alla mancanza, rinnovando, se in termine, l'appello medesimo. Tutto il danno derivante dalla irricevibilità dell'appello viene infatti all'appellante dalla mancata osservanza di una norma di legge, che non può essere ignorata da alcuno » (c).

L'art. 5 della Legge 12 giugno 1953 n. 15 ha elevato a lire mille il deposito da farsi per l'appello da sentenze e provvedimenti civili.

Compiuta adunque tempestivamente la interposizione o dichiarazione di appello, si fa luogo alla introduzione del medesimo. Il termine è per ciò di dieci giorni, i quali sono correnti, per le ragioni medesime ed in forza dello stesso De-

c) In senso conforme: Sentenze secondo grado: 8 novembre 1940 nella causa n. 43, anno 1939 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 26); 28 luglio 1956 nella causa n. 197, anno 1955 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 48); 5 ottobre 1960 nella causa n. 181, anno 1957 (Giur. Samm., anno 1964, vol. II, pag. 25).

creto, di cui dicemmo a proposito del termine utile per interporre l'appello. Questi dieci giorni continui decorrono dalla interposizione o dichiarazione di appellare. La introduzione consiste in una citazione a comparire davanti al giudice di appello, più precisamente davanti la Reggenza, la quale dal tempo in cui il giudice di appello fu scelto fra i non residenti, funge da tribunale di appello per tutti gli atti da compiersi nel territorio dello Stato.

La citazione si fa e si notifica nei soliti modi, previa autorizzazione del giudice (d).

All'udienza stabilita l'appellante deve riprodurre la citazione, sotto pena di vedersi rigettato l'appello (e), e domandare l'assegnazione di tre termini successivi di otto, di cinque e quindi di altri otto giorni tutti utili: i quali tre termini sono consecutivi, salvo interruzione, e vengono assegnati tutti ad un tempo.

Il primo termine di otto giorni utili (« ad justificandum appellationem »), comune ad ambo le parti (18), conosciuto nella pratica anche sotto il nome di termine « ad non posita ponendum, ad non probata probandum » (19), è dato perchè le parti facciano le loro deduzioni contro la sentenza, e diano per testimoni, o con documenti, od altrimenti, le prove di queste.

Questo primo termine decorre dal dì della pronuncia, questo non compreso, se le parti sono presenti, ed altrimenti dalla notifica all'appellato, od al suo procuratore se quest'ultimo è assente (20). Insorgendo una questione incidentale di cui non debba riservarsi la decisione in una al merito, ma debba decidersi separatamente, stando alle norme già esposte per le eccezioni nel giudizio di primo grado, dovrà l'incidente essere discusso e risoluto nei termini stessi stabiliti per il primo giudizio, sospendendosi durante il decorso loro, il corso dei termini di appello ora accennati. Tra il primo ed il secondo termine si dovrebbe, giusta lo Statuto, pubblicare il processo; ma tale formalità non ha più ragione di essere, perchè le pro-

d) La giurisprudenza ha specificato che la citazione di appello deve essere notificata alla parte appellata entro i dieci giorni dalla interposizione dell'appello stesso, pena la deserzione dell'appello. Tale deserzione deve essere dichiarata anche d'ufficio; l'eccezione relativa può, quindi, essere sollevata dalla parte interessata in qualsiasi stadio della causa. La nullità può tuttavia ritenersi sanata nel concorso di speciali circostanze e cioè quando simultaneamente concorrano le seguenti: 1) che la interposizione di appello possa essere rinnovata perchè proposta prima della notificazione della sentenza impugnata; 2) che la rinnovazione sia superflua perchè le parti sono comparse in giudizio e si sono difese nel merito; 3) che la citazione di appello tardivamente notificata sia, in sostanza, adesiva ad altra validamente proposta - Ved. Sentenze secondo grado: 15 agosto 1924 nella causa n. 5, anno 1922 (Giur. Samm., anno 1924, pag. 21); 27 luglio 1926 nella causa n. 164, anno 1922 (Giur. Samm., anno 1926, pag. 4).

e) CONTRA: Sentenze secondo grado: 3 luglio 1921 nella causa n. 68, anno 1920 (Giur. Samm., anno 1921, pag. 3); 26 luglio 1954 nelle cause n. 277, anno 1949 e n. 47, anno 1954 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 43); 15 marzo 1963 nella causa n. 478, anno 1961 (Giur. Samm., anno 1965, vol. I, pag. 35), con le quali concordemente è stato affermato che negli Statuti non si legge norma la quale stabilisca che la parte che abbia regolarmente appellato decada dall'appello se non si presenti alla prima udienza stabilita dalla Reggenza, quando l'appellante comparisca in una successiva udienza e non tenga un comportamento da cui possa indursi presunzione di rinuncia all'appello. Anche nella dottrina e prassi del diritto comune, pur nella varietà delle pratiche procedurali delle diverse curie, non si trova mai ammessa la decadenza dell'appello, in difetto di norma espressa, se non come effetto di un comportamento da cui possa indursi la presunzione di rinuncia.

18) Rub. IV, Lib. IV, par. 694 - Sentenza 10 marzo 1885 cit.

19) BONIFAZI, pag. 123, par. 36.

20) Rub. IV, Lib. IV, par. 685.

ve non sono altrimenti segrete, e manca quindi lo scopo della pubblicazione.

Succede al primo il secondo periodo (« ad appellationem impugnandam ») di controprova contemporanea, comune ad ambo le parti, il quale periodo è di cinque giorni utili (21). Lasciandolo trascorrere inutilmente, si intende che le parti abbiano rinunciato a far valere, o non abbiano da sperimentare controprove.

Si entra quindi nel terzo periodo (« ad prosequendum appellationem ») di otto giorni utili e comuni ad ambo le parti per allegare in diritto (22). Le parti possono rinunciare validamente ai termini anzidetti e precedenti a questo ultimo, e di questo solo domandare l'apertura, come si vede talvolta praticato quando la controversia sia tutta giuridica e non verta su punti di fatto. Richiamiamo a questo punto le norme già esposte sull'allegazione di diritto in primo grado e sull'obbligo di registrare le allegazioni medesime.

E' pure in conformità della procedura di prima istanza che ha luogo, davanti la Reggenza, la irrotulazione. Gli atti si trasmettono integralmente al giudice di appello: l'uso antico di spedirne la copia era spiegato dall'essere, per lo addietro, tutte le cause e tutti gli atti, che si facevano in tribunale, distesi di seguito nei « bastardelli », i quali non potevano uscire dagli uffici della Cancelleria (23); mentre oggi se ne formano altrettanti fascicoli separati. Il Giudice di appello deve pronunciare la sua sentenza dentro due mesi utili dal giorno della interposizione dell'appello (24), vale a dire dentro sessanta udienze sotto la comminatoria di una multa, qualora egli protraesse la pronunzia (25) in modo da oltrepassare questi limiti e fare quindi perimere la causa. Ma la multa è andata in disuso, e più tardi nei Capitolati i giudici d'appello non residenti si riservarono speciali facoltà in merito ai termini di rigore per la pronunzia della sentenza.

La sentenza del giudice di appello viene pubblicata, con le medesime formalità delle sentenze di primo grado, avanti la Reggenza e nel Palazzo del Governo.

Il Giudice ha la facoltà di decidere la controversia anche in merito, eziandio quando sia investito soltanto dell'appello di una interlocutoria, purchè però trovi nella causa gli elementi per decidere in merito. A più forte ragione, può giudicare in merito quando il giudice di primo grado abbia creduto invece di soffermarsi ad una pregiudiziale. La sua è una pronunzia di secondo grado, poichè il grado, per universale consenso della giurisprudenza, si deduce non dal doppio esame e dalla relativa pronunzia, chè questo forma oggetto della « doppia conforme »; ma si deduce dalla discussione delle parti, dall'avere cioè le medesime avuto agio di proporre due volte le loro difese (26).

21) Rub. IV, Lib. IV, parag. 687.

22) Rub. IV, Lib. IV, parag. 689.

23) Rub. X, Lib. IV, parag. 713.

24) Rub. IV, Lib. IV, parag. 691.

25) Rub. VIII, Lib. IV, parag. 710.

26) V. CARRE', n. 1703 - MORTARA. Manuale di Procedura Civile, n. 602 - Confr. i codici ital. art. 492, franc. 472, ecc. - Vedi Nota 4 Lezione seguente - La sentenza di secondo grado 18 agosto 1966 nella causa n. 164, anno 1961, in senso conforme, ha affermato: « Riteniamo che la causa, così ampiamente ed esaurientemente istruita nel corso del giudizio di primo grado, e per la cui ulteriore eventuale istruzione « ad non posita ponendum » e « ad non probata probandum » furono concessi alle parti anche nel giudizio di appello tutti i termini statuari, con Decreto della Ecc.ma Reggenza, possa essere senz'altro decisa anche nel merito, ancorché il Tribunale si sia limitato all'esame della eccezione pregiudiziale di perenzione dell'istanza; e ciò per la facoltà che sicuramente ci compete in base all'effetto devolutivo

Il Giudice di appello, però, ha facoltà, quando sia investito della cognizione di una interlocutoria, di rimettere la causa al primo giudice, perchè esamini il merito. Ne ha facoltà; ma non obbligo (27).

Lo Statuto, dopo aver posta la massima della inappellabilità della sentenza meramente interlocutoria, ha una rubrica per regolare questo appello (28). Rubrica inutile di fronte alla inibitoria tassativa, altrove contenuta e non abrogata, rubrica infiltrata anch'essa in seguito all'avere, nel Libro IV, ricalcato troppo fedelmente le orme di altri Statuti che ammettevano l'appello dalla interlocutoria, e quindi non ci soffermeremo sopra queste regole; solo rileviamo che il procedimento da esse tracciato non è dissimile da quello di appello dalle sentenze definitive che per una maggiore brevità di termini.

In materia di appello, l'osservanza dei termini è rigorosa. Chi li trascura incorre nella decadenza dell'appello. Essi segnano una reazione contro il diritto canonico per cui i « fatali » si contavano ad anni, di guisa che le cause non avevano mai fine. I termini suesposti sono tutti perentori (29). Sono tali quelli per la interposizione e per la introduzione dell'appello, lo sono, nel loro complesso, i ventuno giorni utili assegnati per decreto alle parti.

Questi possono venire sospesi per la sollevazione di incidenti. Lo Statuto annovera anche altre cause (30), e cioè l'accordo delle parti, l'assenza od il giusto impedimento delle parti, o del giudice. L'accordo delle parti vale come renuncia a far valere la decadenza; la quale renuncia ha efficacia giuridica, in quanto la legge espressamente gliela riconosce. L'assenza, o impedimento del giudice, sono motivi che non hanno più occasione di venire invocati, perchè il giudice è sempre assente dal territorio e, quanto all'impedimento, è provveduto nel Capitolato. In ogni caso, se la proroga dipende da una procedura incidentale, o se non è concordata dalle parti (circostanza che dovrebbe risultare dagli atti) essa deve chiedersi al giudice prima che la decadenza venga incorsa. Il giudice deve, quando ne sia il caso, rimettere in « buon giorno », vale a dire in termini, le parti; e ciò, a nostro avviso, anche se nessuna gliene abbia fatta speciale istanza (31).

2. - L'appello dalla sentenza arbitrale si propone con procedura speciale. La parte che si crede lesa deve, nei cinque giorni correnti da che ebbe notizia del lodo, adire il giudice per domandare che si faccia un nuovo compromesso. Il giudice ha l'obbligo di costringere le parti, con gli stessi mezzi di cui dispone per il primo compromesso, a stipularne un secondo per il capo od i capi impugnati; e ciò nel termine di cinque giorni dalla ultima notifica della intimazione.

Il lodo sarà pronunciato da uno o tre arbitri, senza formalità di procedura,

dell'appello, incontestabile tanto per diritto comune quanto per diritto statuario sammarinese, ed il cui esercizio appare nella presente causa un preciso dovere del giudicante, dato il troppo tempo trascorso dall'inizio della lite ed avuto riguardo alle risultanze processuali che non danno luogo a dubbio o incertezza di sorta ».

27) Rub. XI, Lib. IV, parag. 714. - In senso conforme: Sentenze secondo grado: 7 agosto 1926 nelle cause n. 69, anno 1921 e n. 6 anno 1922 (Giur. Samm., anno 1926, pag. 7 e 10); 6 luglio 1935 nella causa n. 123, anno 1928 (Giur. Samm., anni 1935-1936, pag. 4).

28) Rub. III, Lib. IV, parag. 671.

29) Rub. IV, Lib. IV, parag. 693.

30) Rub. IV, Lib. IV, parag. 692 - Ap. 25 giugno 1887, Belluzzi c. Gozi.

31) Rub. XII, Lib. IV, parag. 720.

dentro il termine di un mese corrente dalla stipulazione del compromesso. Valgono, come si è visto, tutte le norme di procedimento stabilite per il compromesso dell'arbitrato in primo grado (32). Irricevibile è l'appello contro il lodo quando le parti, dopo la sua pronuncia, od anche prima e precisamente nello stipulare l'atto di compromesso, abbiano dichiarato di rinunciare all'appello.

Dubbia può presentarsi la validità della clausola relativa alla inappellabilità del giudicato del collegio arbitrale, in quanto le Leges Statutae stabiliscono bensì che il lodo sia (ad eccezione di casi speciali) messo in provvisoria esecuzione (« et sententia, arbitramenta, et lauda praedictorum arbitratorum et arbitrorum... valeant et teneant et executioni mandentur ad voluntatem ejus, in cuius favorem latae fuerint, realiter et personaliter ») ma concedono sempre il giudizio di appello e, ove del caso, quello di terzo grado. Tuttavia, la consuetudine ha ammesso, per gli stessi motivi per i quali è stata riconosciuta valida la clausola compromissoria, la possibilità della rinuncia ai rimedi ordinari: salvi, per altro, i rimedi straordinari di nullità o di restitutio in integrum (f).

32) Rub. LX, Lib. II, parag. 437-439.

f) *Sentenze primo grado*: 11 maggio 1951 nella causa n. 264, anno 1949 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 256); 13 agosto 1957 nella causa n. 170, anno 1955 (Giur. Samm., anno 1964, vol. I, pag. 60).

LEZIONE QUINDICESIMA

Sommario: 1. Della terza istanza. - 2. Della terza istanza nelle cause arbitrali. - 3. Della revisione - 4. Delle nullità - 5. Della querela di nullità - 6. Della restitutio in integrum - 7. Della querela di nullità e della restitutio in integrum nelle cause arbitrali.

1. - L'istituto della terza istanza, detto nello Statuto secondo appello, non va confuso con la Cassazione. Questa si limita a rivedere come furono risolte le questioni di diritto; il giudice di terza istanza deve riprendere in esame anche il merito ed il fatto, non essendo egli che un nuovo giudice d'appello. Inoltre, dove la terza istanza è fondata sul sistema della « doppia conforme », per il quale si vogliono acquietare i litiganti col porgere loro due decisioni concordi, secondo il sistema predominante nella legislazione statutaria, la terza istanza è ammissibile solo in quanto la sentenza di appello abbia riformato quella di primo grado. Quindi, il mandato del giudice di terza istanza, limitato nel diritto consuetudinario alla conferma dell'una delle due sentenze, non deve confondersi con quello dato o vagheggiato dalle legislazioni moderne di un tribunale che in terza sede conosce bensì del merito della controversia, ma con facoltà eziandio di annullare le due sentenze, o di emetterne una nuova e diversa: sistema incompatibile con l'intendimento della « doppia conforme » che è la base della terza istanza nella pratica statutaria. Tanto è ciò vero che se le sentenze sono conformi, la terza istanza non viene ammessa; e, se in parte sono conformi ed in parte disformi, la terza istanza, sempre per espressa disposizione dello Statuto, è ricevibile solo rispetto ai capi riformati, o non confermati (1), evidentemente acciocchè là dove non si hanno, si possano avere due pronuncie conformi. Di più, il giudizio di secondo appello si chiude con una sentenza del Consiglio dei XII che adotta il voto del consulente; essa è piuttosto un voto che una sentenza, in base al quale si rende esecutiva una delle due sentenze. Anche ciò esclude la possibilità di una sentenza che non acceda all'una od all'altra delle proferite.

Lo Statuto non definisce che cosa si debba intendere per sentenze disformi o conformi; ma il diritto comune insegna che si dicono conformi quando la sentenza di appello conferma la prima, quando il risultato, il tenore, l'effetto del dispo-

1) Rub. VII, Lib. IV, parag. 698: « Si vero sententia Judicum appellationis discordat a prima sententia, et aliqua partium ab ipsa sententia Judicum appellationis discordante a prima, ut supra, diceret se gravatam, possit petere ipsam sententiam Judicum, in partibus non conformibus tantum, revideri cum consilio sapientis infra octo dies a die latae sententiae numerandos » - Parag. 705: « Nec a dicto Consilio possit aliquo modo reclamari, vel appellari in partibus conformibus, ut supra » - Cons. XII, 24 marzo 1870, Filippi c. Casini.

sitivo è il medesimo, nè importa che sia basata su nuove prove, o su nuovi e diversi motivi, quando l'oggetto della ingiunzione o dichiarazione della sentenza di primo grado rimane immutato (2). Anzi, si disse conforme alla prima, la seconda sentenza che portasse una condanna continente in sè anche la prima, come se, ad esempio, la sentenza di appello condannasse a 100, l'appellata a 50 (3). Regola da seguirsi con molta circospezione, poichè per il 50 eccedente, stando all'esempio proposto, dovrebbe ammettersi la terza istanza, in quanto non esiste, rispetto ad esso, doppia conforme; ciò che condurrebbe verosimilmente ad una rinnovazione dell'intero dibattito.

Quindi, se il giudice avesse deciso, ammettendo una eccezione pregiudiziale, un fine di non ricevere, ad esempio, che precluda la via all'esame del merito, e se il magistrato di appello, eliminando la pregiudiziale, pronunciasse sul merito senza rinviare al giudice di primo grado — come è quasi suo obbligo quando trovi l'istruzione matura — e ciò facendo pervenisse ai medesimi risultati della sentenza di primo grado nel senso di accogliere o respingere le istanze dell'attore o del convenuto, si deve dire che sul merito esiste una sola sentenza? Certo che no. Poco rileva che il giudice di primo grado non sia disceso all'esame del merito, purchè le parti abbiano discusso e concluso rispetto al medesimo. Si vuole che le parti abbiano goduto di due gradi di giurisdizione (4) per esplicitarvi i loro argomenti; non occorre che il giudice di primo e di secondo grado li abbia tutti esaminati quando essi sono incompatibili e si escludono a vicenda. Non dunque alla motivazione ed al modo di risolvere; ma alla sostanza della risoluzione bisogna por mente (5), poichè, dato il sistema della terza istanza secondo lo Statuto vigente in San Marino, quando le due sentenze sono conformi nel dispositivo, la parte soccombente in ambo i giudizi non ha interesse che sia confermata l'una o l'altra di esse, giacchè resterebbe sempre soccombente, ed il suo tentativo si risolverebbe in una pratica meramente vessatoria.

Il termine per domandare la terza istanza è di otto giorni correnti dalla pubblicazione della sentenza. La istanza motivata, od accompagnata anche da una memoria, va diretta al Consiglio dei XII. Questo assegna alle parti due giorni correnti per dare i nomi dei « sospetti » e dei « fidati », cioè indicare quali giureconsulti si recusano per consulenti, e quali si gradirebbero; e ciò se pure non l'abbia la parte ricorrente fatto con la sua istanza. La parte avversaria potrà a sua volta, insieme ai nomi, presentare le memorie o difese che credesse opportune. Se le parti coincidono nella indicazione di almeno uno dei fidati, il Consiglio lo elegge; se nes-

- 2) CONCILOLO, p. 217 - DE LUCA, De Donat., disc. XVII, 7 - Rota Rom., Recent., XI, 196 - Tesoro Foro Toscano, XXII, p. 264, XXXV, p. 10, ecc. - V. Cons. XII, 24 marzo 1870, cit.
- 3) CONCILOLO, p. 218.
- 4) Conforme la Corte di Roma in sua sentenza 24 luglio 1900 (Corte Suprema, II, 97) la quale, riportando l'autorevole opinione del MORTARA, così risolve la questione importantissima: « Quando il primo giudice e il giudice di appello abbiano esaurito la rispettiva giurisdizione il principio del doppio grado deve essere riconosciuto effettuato. Il legislatore non si è gran fatto preoccupato di mantenere sempre il doppio grado di giurisdizione nel senso che debba corrispondervi seriamente un doppio giudizio sugli identici termini di diritto ». Altrettanto ha voluto il legislatore sammarinese ordinando che di regola le eccezioni anche pregiudiziali fossero riunite al merito e quindi suscettive di accoglimento per la prima volta in seconde cure.
- 5) V. Sentenza 30 giugno 1871, cit. Si pensi che al tempo della promulgazione degli Statuti, e per secoli ancora, le sentenze non furono motivate.

suno fu dalle due parti concordemente indicato come tale, od ambo le parti furono negligenti nel fare i nomi come sopra, il Consiglio, a maggioranza di due terzi, lo nomina, scegliendolo nella prima ipotesi all'infuori di coloro che furono in qualche modo indicati come sospetti, o come fidati, da una delle parti (6). Se infine una sola parte fu diligente, il consulente viene scelto tra i fidati esibiti dalla medesima. (7).

Il Consiglio dei XII, nominato il consulente, tassa anticipatamente l'onorario, ingiunge al ricorrente di deporre, dentro due giorni, nella Cassa governativa l'ammontare del medesimo e delle spese per il messo, cioè della posta, salvo rivalsa in caso di vittoria (8), e con la clausola di insanabile decadenza dal diritto nel caso di mancato deposito (9). Il Consiglio può anche, sulla istanza delle parti, concedere alle medesime un termine comune per produrre memorie o difese; non sono però ricevibili in alcun modo istanze di incompetenti, nè questioni nuove, nè produzioni di documenti nuovi (10), essendo compito del consulente l'esaminare le due sentenze e pronunciare rispetto alle medesime. Decorso il termine assegnato, il Consiglio trasmette l'incartamento al « Sapiente », il quale deve emettere il suo voto per l'una o per l'altra delle due sentenze disformi dentro quindici giorni da quello in cui riceve il processo. Se ritarda, senza avere ottenuto una proroga, si può domandare la nomina di un altro consultore in sua vece, e questa si compie pure con le formalità anzidette (11). La sentenza di terza istanza viene pronunciata dal Consiglio dei XII mercè l'accoglimento del voto, come dicemmo, e ciò viene d'ufficio notificato alle parti (a).

2. - Nel procedimento arbitrale è ammessa la terza istanza nella medesima misura in cui è ammessa nel contenzioso. Però mutano i termini: il ricorso si propone sotto forma di istanza al giudice, nel termine di tre giorni continui decorrenti dal giorno in cui la parte ebbe notizia del lodo dei secondi arbitri, in tutto od in parte disforme da quello dei primi. Il giudice assegnerà tre giorni correnti e comuni per stipulare il terzo compromesso, salvo procedere come negli altri casi, quando od in quanto le parti siano negligenti. L'arbitro o gli arbitri nominati debbono decidere dentro venti giorni correnti a datare dal compromesso (12).

3. - L'istituto della revisione fu ammesso contro i decreti di exequatur, per casi che non furono mai determinati, e si porta davanti al Consiglio dei XII, il quale nomina il Consulente, ed assegna a suo arbitrio un termine comune alle parti per dire, o dedurre contro il decreto impugnato (b).

- 6) Rub. VII, Lib. IV, parag. 699.
- 7) Rub. VII, Lib. IV, parag. 707.
- 8) Rub. VII, Lib. IV, parag. 704.
- 9) Rub. VII, Lib. IV, parag. 708.
- 10) V. causa n. 81 del 1895, Berti c. Serafini.
- 11) Rub. VII, Lib. IV, parag. 709.
- a) *Sentenze terzo grado: 31 marzo 1925 nella causa n. 1, anno 1922 (Giur. Samm., anno 1925, pag. 5); 31 aprile 1925 nella causa n. 2, anno 1922 (Giur. Samm., anno 1925, pag. 7).*
- 12) Rub. LX, Lib. II, parag. 441 e seg.
- b) *La materia è ora regolata dall'art. 6 della Convenzione 31 marzo 1939 tra San Marino e Italia, in base al quale « contro il decreto che pronuncia sulla domanda di dichiarazione di esecutorietà è ammesso ricorso, nel termine di quindici giorni dalla notificazione del decreto stesso » al giudice di appello. La decisione di quest'ultimo è soggetta alle impugnazioni consentite dalla legge contro le sentenze pronunciate in grado di appello (Accordo Aggiuntivo del 29 aprile 1953).*

E' ammesso contro le sentenze del Giudice Conciliatore, e si porta davanti la Reggenza, mediante ricorso. Esso è limitato ai casi seguenti: 1°) violazione, o falsa applicazione di legge; 2°) pronuncia extra od ultra petita; 3°) se documenti essenziali furono poi riconosciuti falsi; 4°) reperimento di documenti decisivi posteriore alla sentenza.

Il ricorso deve essere proposto con dichiarazione, nel termine perentorio di trenta giorni dall'atto di esecuzione della sentenza, al segretario del Giudice Conciliatore, il quale trasmette copia del ricorso e della sentenza alla Reggenza, e copia ne consegna alla parte che deve curarne la notifica all'avversario nel termine perentorio di tre giorni.

I ricorsi non hanno effetto sospensivo (13).

4. - Lo Statuto ammette implicitamente che la nullità di un atto possa costituire un gravame (14), il quale in origine fu distinto dall'appello e si è più tardi confuso con esso. Però non commina mai la nullità, cioè non accompagna con la sanzione di una nullità un dato precetto, fatta eccezione per l'appello dalla interlocutoria non seguito dal deposito (15).

Però la nullità è governata dai principi del diritto comune in quanto vi sia stata violazione dei canoni fondamentali del diritto giudiziario (16).

Quindi vi ha nullità di procedura e di sentenza se il giudice era incompetente per materia o per territorio, se era sprovvisto di giurisdizione per essere comunque spirato il tempo del suo ufficio (17), se il contraddittorio non fu sostanzialmente rispettato e quindi se ogni parte non fu posta nella possibilità di far sentire le proprie ragioni, se non fu legalmente rappresentata, perchè incapace o per mandato difettoso.

Vi è nullità della citazione quando questa appunto sia inetta a mettere la parte in grado di difendersi o perchè notificata indebitamente, o perchè insufficiente a precisare l'obbietto della domanda.

Non vi sono regole speciali; si deve quindi decidere per ogni caso in conformità dei principi. E' regola non meno essenziale che la inosservanza dei termini e delle forme da luogo a pene a carico del procuratore, del cancelliere ed eventualmente del giudice (18), non già a nullità, eccetto che non sia violato irreparabilmente il contraddittorio. Quando lo scopo principale è raggiunto, quando l'atto si può ripetere, o quando in qualunque altro modo si può riparare alla omissione, il giudice non deve dichiarare la nullità, ma provvedere secondo il suo prudente arbitrio.

In tal caso i termini cominciano a decorrere di bel nuovo.

Quindi se un teste fosse udito senza giuramento, si può nuovamente interrogarlo anche se i termini sono decorsi.

13) Art. 70-73, Legge sul Conciliatore (R. U. 356).

14) « Dicere de nullitate », Rub. VI, Lib. II, parag. 140, Rub. III, Lib. IV, parag. 671, ecc.

15) Rub. III, Lib. IV, parag. 681. Però, per l'interlocutoria, l'appello è dichiarato inammissibile. La norma è sostanzialmente ripetuta al parag. 728 per gli appelli contro le pene pecuniarie, ma l'espressione « nulla » non è usata che al parag. 681.

16) V. VANZI, De nullitatibus processorum, cit.

17) Quindi è nulla la pronuncia del giudice civile oltre i 25 giorni se non ottenne proroga (R.U. 73 e Dec. 30 dicembre 1897 ivi).

18) V. parag. 107, 262, 264, ecc.

Se una notifica non fu fatta, ma appare dagli atti che la parte a cui doveva significarsi l'atto ne ebbe in qualunque modo cognizione, non può trarsene motivo di nullità. Se una formalità fu adempiuta, ma non se ne fece menzione, se, ad esempio, non è fatta menzione del giuramento prestato dal perito che effettivamente lo prestò, la circostanza può stabilirsi e risultare regolarmente in qualunque momento. Non vi ha nullità se mancano sottoscrizioni dei procuratori, delle parti, del cancelliere e perfino del giudice, quando non siavi dubbio sulla emanazione dell'atto. La sottoscrizione può apporsi poi anche posteriormente. Quindi, ad esempio, le Allegazioni, benchè non firmate, ma esibite dal procuratore alla cancelleria, identificate dalla registrazione che ne fa il cancelliere, il verbale di risposte all'interrogatorio non sottoscritto dalla parte presente, ma disteso dall'ufficio, il decreto del giudice steso negli atti dal cancelliere ed eseguito col consenso del giudice, benchè firmato da lui posteriormente, sono tutti atti validi, perchè la sostanza non deve essere distrutta dalla forma. La sola conseguenza sarà che in certi casi dovrà regolarizzarsi, a spese della parte che vi diè origine, l'atto difettoso.

Questo sistema è preferibile, secondo noi, all'altro il quale — se pure può chiamarsi sistema — si vede adottato da alcuni Codici, quali, ad esempio, il francese e l'italiano. In essi, dopo aver posto la regola generale che non può essere dichiarata che la nullità sostanziale o quella comminata dalla legge (19), si vede anzi tutto fulminata immeritatamente la nullità per inosservanze di forma, alle quali si potrebbe il più delle volte, senza pregiudizio, provvedere, e si vede altresì con inesplicabile disarmonia sanzionata la nullità ora sì, ora no, per la stessa commissione od omissione di atti di natura consimile (20). Al che basti avere accennato, poichè l'esame di leggi di altro Paese non deve qui formare oggetto del nostro studio.

5. - Secondo il diritto comune, contro le sentenze definitive vengono, di regola, ammessi tre rimedi: la querela di nullità; l'appello; la restitutio in integrum. « Triplex remedium a jure datum est contra judicem inique pronunciantem: querela nempe nullitatis, appellatio et restitutio in integrum. Duo priora remedia ordinaria vocantur: tertium autem, ex eo quod regulariter non nisi deficientibus duobus prioribus concedatur, extraordinarium seu subsidiarium dici solet ». (c) In conformità dispongono le Leges Statutae alla Rub. II del Libro IV: « Statuimus et ordinamus quod Domini Judices Appellationum sint, et esse debeant, iudices appellationum et nullitatum et reclamationum, restitutionum in integrum principaliter etiam propositarum, et reductionum ad arbitrium boni viri (nei casi in cui ciò è obbligatorio a norma della Rub. LX del Libro IV) etiam ab arbitris et arbitratoribus (e per questa parte lo Statuto Sammarinese si allontana dalla maggioranza degli Statuti italiani), licet possint etiam partes super iis recurrere ad ordinarios in casibus in quibus iure communi permittitur ». La Rub. IX dello

19) Cod. proc. civ. del Regno, art. 56 - Cod. proc. civ. franc., art. 1030 - Art. 152 dell'abrogato Cod. parmense, ecc.

20) V. gli art. 145 e 147 Cod. proc. civ. del Regno dove la sottoscrizione è richiesta a « pena di nullità », mentre la sanzione per omessa sottoscrizione manca negli art. 227, 265, 304. La data è prescritta « a pena di nullità » nelle sentenze del tribunale (art. 361) e non si parla di essa né della sottoscrizione per le sentenze del pretore (art. 436). Viceversa per queste è prescritta « a pena di nullità » l'indicazione del nome delle parti e loro domicilio, ciò che è taciuto per le sentenze del Tribunale (art. cit.).

c) BONIX, De Judiciis, tomo III, parag. 405.

stesso Libro aggiunge: « Ut lites efficiantur breviores, statuimus et ordinamus quod in quibuscumque appellationibus, restitutionibus in integrum, reductionibus ad arbitrium boni viri et quibuscumque querelis possit simul et semel de iniquitate et nullitate deduci ».

La querela di nullità (che contiene il germe da cui si sono svolti i moderni ricorsi in Cassazione), quando esista una sentenza definitiva, può proporsi, nei casi di evidente pronunzia « contra jus vel sacras constitutiones », che offenda cioè la legge nella sua portata generale, od al giudice delle appellazioni (il che ha finito per diventare la regola se proposta assieme all'appello, il quale è dato ogni qualvolta si è pronunciato « contra jus litigatoris ») od al giudice ordinario che ha emesso la sentenza: « Nullitas post sententiam definitivam potest coram eodem iudice vel etiam coram superiore proponi principaliter et incidenter, quia potest etiam idem iudex ordinarius reformare suam sententiam definitivam nulliter prolatam, cum eius jurisdictio non expiret per prolationem sententiae nullae » (d) od anche nel procedimento di esecuzione: « Nullitas potest proponi etiam coram iudice executore » (e).

E' necessario, nel diritto comune, per quanto si riferisce alla querela di nullità, procedere con molta circospezione perchè o se ne tratta in genere, come nelle Leges Statutae, nel titolo delle Appellazioni, o se ne parla tra le nullità, senza che risulti sempre, a prima vista, la sostanziale differenza tra le diverse azioni di nullità. Vi è, come si è accennato, l'azione di nullità contro un giudicato appellabile ed appellato ed allora può o deve costituire uno dei motivi di appello (e segue le sorti del giudizio di appello). Vi è l'azione di nullità contro un atto giuridico (in relazione alla nullità del quale non è ancora intervenuta alcuna decisione) ed allora l'azione può essere proposta principaliter e cioè con azione diretta, entro i termini prescrizionali, od incidenter e cioè sotto forma di eccezione ad una azione da altri instaurata, nel qual caso è imprescrittibile. Vi è, infine, l'azione di nullità contro una decisione passata in cosa giudicata, in quanto la sentenza o non sia appellabile o non sia stata appellata, ed allora si ha quella querela di nullità che il diritto romano chiamava « revocatio in duplum ». In proposito, osserva il Sabelli: « Nullitas proponi et allegari potest etiam ab eo qui sit prohibitus appellare, cum simpliciter appellare prohibitus non censetur prohibitus dicere de nullitate, quia appellatio et nullitas sunt duo juris remedia penitus separata ac ex diversis causis orientata, ideoque remoto simpliciter uno, remanet aliud » (f).

Occorre ora portare l'esame su due altri punti e cioè: 1) se siano stabiliti termini per proporre la querela; 2) a quale autorità essa querela debba essere avanzata.

Sul primo punto non esiste, nel diritto comune, un'unica soluzione. Infatti, vi sono Statuti i quali seguono il sistema adottato dal diritto romano per la « revocatio in duplum » (per mezzo di questa azione il convenuto condannato, quando era perseguito con l'actio iudicati, poteva, rischiando il doppio e dando cauzione, sostenere che la decisione era nulla per vizio o di forma o di sostanza); essi dispongono cioè che la sentenza nulla non passi mai in giudicato, per cui la nullità

d) SABELLI, Summa, voc. nullitas.

e) SABELLI, l. c.

f) SABELLI, l. c., voc. nullitas, n. 6.

può opporsi, per tutto il tempo della prescrizione, ogni qualvolta venga domandata l'esecuzione della sentenza. Ma la maggioranza degli Statuti, allo scopo di evitare che una questione si prolunghi oltre misura, ed anche sulla considerazione che nei casi più gravi rimane pur sempre il rimedio della restitutio in integrum, stabiliscono che anche le decisioni nulle acquistino efficacia quando non siano impugnate nel termine accordato per l'appello od in altro maggiore o minore termine (per lo più un anno come nello Statuto di Roma).

Le Leges Statutae di San Marino accettano il termine dell'appello non solo in quanto trattano la querela di nullità assieme agli appelli ma, in particolare, in quanto dispongono: « si de nullitatis dictione... tractabitur principaliter, prout tractari posse decernimus, serventur statuta et ordinationes omnes quae in materia appellationum serventur » (g). Deve perciò affermarsi che la querela di nullità, contro le sentenze definitive, debba proporsi nei termini normali stabiliti per l'appello e cioè nei dieci giorni correnti da quello in cui la sentenza è stata comunicata o notificata.

Anche sul secondo punto non esiste, nel diritto comune, una concorde opinione. Per alcuni Statuti la querela di nullità deve proporsi alla stessa autorità giudiziaria che ha pronunciato la sentenza affetta da nullità; per altri al giudice superiore (secondo i casi o di appello o di terzo grado; per altri ancora indifferentemente all'uno od all'altro come, ad es., per lo Statuto di Bologna). Lo Statuto Sammarinese attribuisce, in base al passo sopra riportato, la competenza ai Giudici delle Appellazioni.

L'azione di nullità deve essere preceduta dal deposito prescritto dall'art. 2 della Legge 15 aprile 1926 n. 17, determinato attualmente in lire mille dall'art. 5 della Legge 12 giugno 1953 n. 15. Tale deposito è necessario in quanto la querela di nullità deve essere assimilata, per la procedura, all'appello, come prescrivono le Leges Statutae. La mancanza del deposito voluto dalla legge porta alla conseguenza specificata dalla Rub. XV del Libro IV (h) delle Leges Statutae, e cioè alla improcedibilità del giudizio (« ne audiatur ») (i).

6. - Se ci si riporta al diritto intermedio — di cui specchio vivente è ancora il codice di diritto canonico — può affermarsi che il rimedio della restitutio in integrum non poteva venire accordato che quando non erano esperibili i rimedi ordinari dell'appello o della querela di nullità.

La restitutio in integrum accordata dall'Editto (l), o per i motivi in esso indicati (età minore, timore e violenza, dolo, assenza, capitis deminutio) od in base alla clausola generale, contenuta nell'Editto stesso, « si alia iuxta causa videbitur, in integrum restituum », è stata estesa dal diritto comune, che in essa ha fatto rientrare i vari rimedi straordinari riservati al Principe (supplica, ricorso, revisione, retractatio), ad altri casi (scoperta di nuovi documenti, false attestazioni, ecc.)

g) Rub. II, Lib. IV, parag. 669.

h) Parag. 726 - 728.

i) Sentenze primo grado: 28 maggio 1948 nella causa n. 15, anno 1948 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 204); 10 luglio 1948 nella causa n. 12, anno 1948 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 209); 21 ottobre 1953 nella causa n. 281, anno 1952 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 311); 3 febbraio 1954 nella causa n. 311, anno 1951 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 319); 19 agosto 1961 nella causa n. 495, anno 1959 (Giur. Samm., anno 1964, vol. III, pag. 268).

l) Dig., Lib. IV, Tit. VI, leg. 1.

ed in genere ad ogni caso in cui l'equità lo richieda: « ubi aequitas evidens poscit » (m).

Tale azione normalmente si svolge in due giudizi: il primo, rescindens, in cui si esamina il motivo del reclamo e, nel caso in cui si ritenga fondato, si ordina la rescissione della sentenza e la restituzione delle parti in integro; il secondo, rescissorium, in cui si riprende in esame la causa, tenendo conto delle nuove risultanze, decidendo secondo giustizia. Il primo giudizio spetta od al Giudice delle Appellazioni o, come fu deciso con Sentenza in data 27 aprile 1905 emessa dal Consiglio Principe e Sovrano, allo stesso Consiglio Grande e Generale, il quale decide su parere di consulente appositamente nominato. Il secondo giudizio si svolge davanti alla stessa autorità giudiziaria che ha emesso la prima sentenza.

La riferita Sentenza dell'Ecc.mo Consiglio Principe e Sovrano della Repubblica venne emessa, nella causa Angeli-Ancaiani, su parere dato dal Prof. Avv. Vittorio Scialoja. Tale parere mirabilmente inquadra la « restituzione in integro contro la cosa giudicata secondo il diritto vigente in San Marino » e di esso riteniamo opportuno qui riportare integralmente i passi essenziali in diritto (n).

« La restitutio in integrum non è ignota alle Leges Statutae. Nel Libro IV, rub. II, si dispone:

Parag. 666: « Statuimus et ordinamus, quod domini iudices appellationum praedicti sint, et esse debeant, iudices appellationum, et nullitatum et reclamationum, restitutionum in integrum principaliter etiam propositarum, et reductionum ad arbitrium boni viri, etiam ab arbitris, et arbitratoribus, licet possint etiam partes super iis recurrere ad ordinarios in casibus in quibus iure communi permittitur ».

Parag. 667: « Et in appellationibus interponendis, et nullitatibus dicendis a dictis dominis iudicibus appellationum, vel gestis ab eis et ab aliis officialibus dictae terrae ad consilium duodecim ipsius terrae debeat appellari, et ipsi in illis sint et esse intelligantur iudices competentes ».

Parag. 668: « Qui possint dictam appellationis causam committere alicui probo viro partibus non suspecto in territorio vel extra ».

Parag. 669: « Possint autem iudices appellationis ferre sententias, et totum processum fabricare in quolibet loco, et non vitietur propterea sententia nec processus. Coram ipsis autem iudicibus, si de nullitatis dictione, restitutione in integrum, vel reductione ad arbitrium boni viri tractabitur principaliter, prout tractari posse decernimus, servantur statuta et ordinationes omnes, quae in materia appellationum servantur ».

Parag. 670: « Idem » statuendo si coram Consilio duodecim per appellationem agetur ».

E quindi sotto la Rub. IX, parag. 712: « Ut lites efficiantur breviores, statuimus et ordinamus quod in quibuscumque appellationibus, restitutionibus in integrum, reductionibus ad arbitrium boni viri et quibuscumque querelis possit simul et semel de iniquitate et nullitate deduci ».

m) Dig., Lib. IV, Tit. I, leg. 7.

n) Pubblicato in Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 174.

Apparisce da queste disposizioni che i giudici di appello sarebbero competenti a conoscere della restituzione in integro.

Ma conviene esaminare se tale competenza sia loro data in modo esclusivo per tutti i casi. Che la competenza non sia esclusiva, risulta già dalla fine del citato parag. 666, ove è ammesso che le parti possano ricorrere ai giudici ordinari nei casi nei quali è permesso dal diritto comune.

Ed è anche manifesto che, quando la sentenza passata in giudicato, contro la quale si domandava la restituzione, fosse stata quella del Consiglio dei XII giudicante in terza istanza, il giudice di appello non dovesse avere potestà di rescindere la decisione del magistrato superiore.

Ciò era vietato dalle norme del diritto comune (confr. leg. 16 parag. 5; leg. 17, leg. 18, leg. 42, Dig., de minor., 4, 4; leg. 1, Cod., ubi et ap. quem cogn. rest., 2, 46 (47); leg. 3, Cod., si adv. rem iud., 2, 26 (27) e fra gli autori, per esempio: Oddus, De restitut. in int., quaest. 32, art. 19; Brunnemann, In Cod., lib. 2°, tit. 27, I, 3, n. 4; Huberus, Praelect., Dig., IV, I, parag. 5; Lauterbach, Coll. Pand., lib. IV, tit. 1, n. 12; Richeri, Univ. Civ. et Crim. Jurisp., lib. 1, n. 3126; Burchari, Wiedereinsetzung, pag. 559; Savigny, Sistema del diritto romano attuale, vol. III, parag. 334) che lo Statuto non ha modificate.

Si può dunque ritenere che la restitutio in integrum è in genere ammissibile secondo le regole del diritto comune, e che l'Ancaiani avrebbe potuto rivolgere la sua domanda anche al giudice di appello, poiché la sentenza, contro la quale egli ricorre, era appunto di questo giudice. Forse egli avrebbe potuto adire anche il Consiglio dei XII, come magistrato superiore al giudice di appello, secondo la regola del diritto comune sopra menzionata; ma un dubbio circa la competenza di questo magistrato in tal caso potrebbe nascere dalla disposizione dello Statuto, che esclude il giudizio del Consiglio dei XII quando siano conformi le sentenze di primo e di secondo grado (Lib. IV, Rub. VII, parag. 697 e seg.).

A me pare tuttavia anche certo che l'Ancaiani abbia rettamente rivolta la sua domanda al Consiglio Principe e Sovrano.

Soprattutto nel caso di restituzione avverso la cosa giudicata, secondo il diritto comune, la competenza del Principe fu ammessa in molti Stati, o come esclusiva o come concorrente con quella delle altre magistrature (1).

Così, per esempio, in Francia le restituzioni dovevano essere domandate al re, il quale con le sue lettere rimetteva per l'ulteriore giudizio le parti al giudice competente (confr.: Rebuffus, Proem. constit. Galliae, glos. 5, n. 48, titolo de restit., n. 13-15; Duarenus, In Cod., si adv. rem iudic., Opp. vol. I, pag. 171; Oddus, op. cit., quaest. 32, art. 3, n. 28; Van Leeuwen, Censura forensis, vol. I, lib. 4, cap. 40, n. 3; Voët, Comm. in Pand., IV, I, n. 4; Brissaud, Cours d'histoire generale de droit français, II, pag. 1418 e seg.); similmente in Olanda, dove la suprema curia faceva per questa parte le funzioni del Principe (Van Leeuwen, loco cit.; Groenewegen, de leg. abrogatis, ad Cod., 2, 49, l. ult., Voët, loco cit.).

In Italia non dappertutto, né in tutti i tempi, si seguirono le stesse regole. Nell'opera principale sulla materia, Oddus, De restitutione in integrum, quaest. 32,

1) Una diversa tendenza si manifestò in Germania: cfr. LAUTERBACH, op. cit., IV, 1, n. 10-12; STRYK, De remediis contra rem iudicatam (Opp. vol. XII, disp. 24, cap. 3, n. 46); BURCHARDI, op. cit., pag. 550 e seg.; SAVIGNY, loco cit.; WETZELL, op. cit., pag. 693.

la competenza del Principe ci è presentata come concorrente con quella dei giudici ordinari e le stesse norme sostanzialmente ci sono ripetute dal Galesius, *De restitutionibus in integrum*, c. 1, n. 91, c. 9, n. 5, 75. Ma il Richeri, *Universa Civilis et Criminalis Jurisprudencia*, dopo avere nel libro 1°, parag. 3126, esposto che la restituzione può concedersi dal magistrato superiore od almeno eguale a quello che emanò la sentenza, nel libro 1°, parag. 3217 e nel libro IV, parag. 1240, soggiunge che pel diritto attuale la restituzione doveva concedersi dal Principe col rinvio al giudice competente. Che una tendenza ad adottare simili regole vi fosse anche nel diritto degli Stati Pontifici, si dovrebbe desumere da quanto si legge nel Rocchetti, *Delle Leggi romane abrogate nello Stato Pontificio* (Fano, 1845) vol. I, pag. 242 e seg., sul lib. IV, tit. I delle Pandette.

Il caso della restituzione domandata al Consiglio Principe contro una sentenza del Tribunale Commissariale, nel 1805, dalla vedova Maria Ricci ed ammessa dal Consiglio stesso, che deputò un giudice straordinario per la revisione della causa, dimostra che anche in San Marino la competenza del Sovrano fu riconosciuta, almeno come concorrente con quella delle altre magistrature. Né può validamente opporsi a tale competenza il silenzio dello Statuto relativamente ad essa, perché il diritto comune deve ammettersi in tutte quelle parti nelle quali non vi si è derogato dallo Statuto. In questo alcune attribuzioni del Consiglio Sovrano relative ai giudici sono menzionate, come quella relativa alla cognizione della incompetenza e della suspizione del giudice, ma piuttosto in forma di riconoscimenti e di esclusioni di ogni altra competenza concorrente; sicché non se ne può dedurre l'inesistenza di ogni altra attribuzione consimile ammessa dal diritto comune. Basta leggere il parag. 115 delle *Leges Statutae*: « *Quod cognitio incompetentiae aut suspicionis iudicis pertineat ad generale huius rei publicae consilium dumtaxat, et non ad alios* ».

Del resto, l'ulteriore svolgimento della legislazione sammarinese dimostra che funzioni di tal natura sono state sempre attribuite al Consiglio Sovrano.

Così per l'art. 19 del Codice di procedura penale ad esso viene deferito l'appello dalle sentenze penali del magistrato della sezione del giudice decidente del Tribunale commissariale, e per l'art. 201 il giudizio di revisione delle sentenze penali passate in giudicato non può aver luogo, se non in forza di uno speciale rescritto del Consiglio Sovrano, con la nomina di un giureconsulto per la pronuncia del giudizio. Specialmente quest'ultima disposizione è importante per la questione presente, considerata la grande affinità che intercede tra la revisione e la restituzione in intiero.

A me pare pertanto che il Consiglio Sovrano, valendosi della potestà riconosciuta nel citato parag. 115 dello Statuto, possa dichiarare la propria competenza relativamente alla domandata rescissione della sentenza.

Ma qui si affaccia un'altra questione. Entro quali limiti il Consiglio Sovrano riterrà a sé la causa presente?

Sono note le grandi discussioni che ebbero luogo circa la distinzione tra giudizio rescindente e giudizio rescissorio, in cui troppo spesso si confusero le norme dei diversi periodi storici del diritto romano e dei diversi ordinamenti degli Stati, ove era in vigore il diritto comune. Veggasi, in proposito, specialmente Oddus, *op. cit.*, quaest. 33 e seg., e tra i recenti Burchardi, *op. cit.*, pag. 428-498; Savigny, *op. cit.*, parag. 337. Senza addentrarci qui in ricerche, che sarebbero affatto inopportune, a me pare che si possa ragionevolmente ritenere che il Consiglio Sovrano

nella causa presente debba limitarsi a conoscere se abbia a pronunciarsi la rescissione della cosa giudicata, senza sostituire, in caso di ammessa in integrum restitutio, una propria sentenza a quella rescissa, ma rinviando la causa al giudice di appello pel nuovo giudizio di merito.

Potrebbe il Consiglio Sovrano seguire anche il procedimento, che si teneva in molti degli Stati retti dal diritto comune, rinviando tutta la causa al giudice di merito anche per quanto si riferisce alla condizione di ammissibilità della restituzione in intiero; ma poichè il Consiglio stesso ha ritenuto più opportuno nominare un consulente pel giudizio circa la restituzione, io credo che nulla si opponga a che su questa esso si pronunzi, tenuto conto delle regole di competenza ammesse dal diritto comune, che ho più sopra ricordate. Sarebbe invece contrario al rispetto del diritto delle parti il sostituire in questa sede alla sentenza eventuale rescissa una decisione in merito, perché contro di questa non vi sarebbe rimedio alcuno; laddove avverso la sentenza nuovamente pronunciata dal giudice di appello, in seguito al rinvio, sarebbe sempre riservato il rimedio della terza istanza, secondo lo Statuto, nel caso di decisione contraria a quella del giudice di primo grado.

La domanda di restituzione in intiero si prescrive in quattro anni: leg. 7, Cod., *de temp. in int.*, 2, 52 (53). Moltissime furono le questioni alle quali ha dato materia tale prescrizione; ma... si accoglie l'opinione più rigorosa nella soluzione di tutti i punti controversi.

Il ricorso diretto ad ottenere la restituzione in intiero avverso una sentenza produce di diritto l'effetto di sospendere l'esecuzione di questa. Il principio fu riconosciuto già nel diritto romano, leg. 1, Cod., *in integrum restitutione postulata ne quid novi fiat*, 2, 49, (50): « *Postulata in integrum restitutione omnia in suo statu esse debere, donec res finiatur, perspicui iuris est, idque curabit is, ad cuius partes ea res pertinet* ». In forza di questa legge e delle parole con cui principia la leg. 32, Cod., *de transact.*, 2, 4: « *Si causa cognita prolata sententia, sicut iure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis sollemnitate, suspensa non est* », la sospensione fu specialmente applicata alla esecuzione delle sentenze nel diritto comune, come attestano per es.: Lancellottus, *De attentatis*, part. II, cap. 18; Oddus, *De restitutione in integrum*, quaest. 43; Galesius, *De restitutionibus in integrum*, cap. 1, n. 8, cap. 9 n. 203, e le decisioni rotali da lui citate nel *catalogus* annesso al trattato sotto i numeri 329, 381, 419; Perez, *Praelect. in Cod.*, II, 50; Mejer, *Coll. Argentoratense*, lib. IV, tit. I, n. 36, 37; Brunnemann, *In Cod.*, II, 50, I, 1; Lauterbach, *Colleg. Pandect.*, IV, 1, parag. 21; Voët, *Comm. in Pand.*, IV, 1, n. 25; Arcasius, *Comm. iuris civ.*, lib. V, cap. I, parag. 24, pag. 70, e così anche in tempi più recenti: Wetzell, *System des ord. Civilprocesses*, 3ª ediz., 1878, parag. 52, n. 33. Alcune eccezioni, come soprattutto quella relativa a domanda temeraria fatta a scopo sospensivo, cui si riferiva dagli interpreti un importante testo delle decretali, C. 6, X, *de int. rest.*, 1, 41, ed altre più controverse, come quella per la impugnazione di sentenza del principio o di tre conformi, o quella di domanda che richiedesse troppo lunghe e profonde indagini, eccezioni per le quali furono anche ordinate speciali cauzioni, non sono certamente applicabili al caso presente.

Il principio del diritto romano è anche espressamente riconosciuto nelle *Leges*

Statutae di San Marino, poiché nel libro IV, rub. II, parag. 669 è stabilito che, nelle cause di restituzione in intero da trattarsi dinanzi ai giudici di appello « serventur statuta et ordinationes omnes, quae in materia appellationum servantur » e, tra le disposizioni relative all'appello, si trova ordinata la sospensione della sentenza appellata nella Rub. XIII del libro IV, « Quod appellatione pendente nihil debeat innovari », la quale ricorda la rubrica del Digesto, 49, 7 e quella, sopra riferita, del Codice, 2, 49 (50).

Noni sarebbe pertanto neppure necessario un particolare provvedimento dell'Ecc.mo Consiglio Sovrano; ma poiché... si nega la possibilità della sospensione il Consiglio potrebbe dichiararla anche con un suo provvedimento interlocutorio ».

L'introduzione dell'azione di restituzione in intero deve essere preceduta dal deposito di lire mille, pena la irricevibilità (o).

7. - È regola nota che contro le decisioni degli arbitri sono esperibili tutti i rimedi che l'ordinaria procedura consente contro i giudicati di primo grado (p). Alla regola può essere fatta eccezione o per volontà delle parti, disponendo che il lodo sia inappellabile, o, in alcuni casi particolari, per prescrizione di legge. Ma dal fatto che il lodo sia inappellabile non deriva la conseguenza che esso non possa, in modo alcuno, essere attaccato; contro di esso sono pure ammessi: la impugnativa per nullità avanti al giudice che avrebbe dovuto giudicare ove non si fosse fatto ricorso agli arbitri (q); il rimedio grazioso e straordinario della restitutio in integrum, da chiedersi, secondo la nostra consuetudine, al Consiglio Grande e Generale (r).

La impugnativa per nullità deve essere proposta entro i dieci giorni (termine stabilito per l'appello) dalla pronuncia del lodo. Il termine è confermato, in conformità del diritto comune, dal parag. 1782 del Codice Gregoriano, che tanta influenza ha esercitato sulla nostra consuetudinaria procedura.

Il termine per l'azione di restituzione in intero è quello usuale di quattro anni (s).

o) Sentenza secondo grado: 24 luglio 1950 nella causa n. 15, anno 1948 (Giur. Samm., anno 1963, vol. I, pag. 32) - Sentenze primo grado: 26 agosto 1953 nella causa n. 278, anno 1951 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 303); 3 febbraio 1954 nella causa n. 311, anno 1951 (Giur. Samm., anno 1963, vol. II, pag. 319); 19 agosto 1961 nella causa n. 495, anno 1959 (Giur. Samm., anno 1964, vol. III, pag. 269).

p) Leges Statutae, Rub. LX, Lib. II.

q) VOET, Comm., Lib. IV, tit. VIII, parag. XXVII e seg.

r) AB. ECCLESIA, p. 2, obs. XXV, 3.

s) Sentenze primo grado: 26 gennaio 1924 nella causa n. 92, anno 1922 (Giur. Samm., anno 1924, pag. 32); 3 agosto 1936 nella causa n. 17, anno 1936 (Giur. Samm., anni 1935-1936, pag. 121); 26 agosto 1936 nella causa n. 100, anno 1935 (Giur. Samm., anni 1935-1936, pag. 142); 13 agosto 1957 nella causa n. 170, anno 1955 (Giur. Samm., anno 1964, vol. I, pag. 60).

LEZIONE SEDICESIMA ED ULTIMA

Sommario: 1. Riepilogo e raffronti con la procedura civile del Regno.

1. - Giunti al termine di questa rapida esposizione del diritto procedurale sammarinese, non saranno inopportuni alcuni cenni di raffronto col diritto giudiziario vigente nel Regno. All'occhio del giurista, al quale si l'uno come l'altro diritto sieno famigliari, la tela del procedimento nell'uno e nell'altro appare meno disforme sostanzialmente di quanto un osservatore superficiale potrebbe credere. Però, accanto a qualche diversità di metodo, esistono molte e svariate differenze nei vari istituti, ad alcune delle quali accennammo nel breve corso delle precedenti lezioni, e che ora raggrupperemo qui, cercando di completarne il quadro. Noi distingueremo, a seconda che ci sembri la diversità tornare a vantaggio dell'uno o dell'altro procedimento.

Una differenza essenziale capace di dare la fisionomia a tutto un sistema consiste in ciò che, mentre il procedimento sammarinese è tutto scritto, il procedimento italiano contenzioso (e talvolta anche il volontario) è misto, il che è quanto dire che in esso la decisione è preceduta da una discussione orale della causa. Sarebbe come sfondare un uscio aperto il trattenerci a dimostrare i vantaggi della oralità. Dall'AYRAULT che sotto Carlo IX diceva « la difesa giudiziaria consiste nella parola, ragionamento e discorso » al BENTHAM che reputa la pubblicità nei tribunali valere quanto tutte le altre precauzioni riunite; dal BÉLIME, il quale osservava che « il giudice tratta lo scritto come vuole, e legge se gli piace, mentre deve ascoltare la parola che viene a cercarlo », al nostro SCLOPIS che insegna che « senza pubblicità non si ottiene fiducia, e senza fiducia non si produce mai quella persuasione di sicura giustizia che è pure grandissimo elemento di tranquillità pubblica », tutti, giureconsulti e pubblicisti, sono concordi nell'ammettere la superiorità, anzi la necessità dell'elemento orale nei dibattiti giudiziari, civili o penali, elemento del resto ormai accolto dalle procedure giudiziarie di tutti i paesi, ed anche là dove la tradizione ed altre considerazioni opponevano, come in Austria, una seria barriera. Però, malgrado la inferiorità di una procedura tutta scritta, non sarebbe il caso di vagheggiare un mutamento. La necessità di valersi per i giudizi di appello e di terza istanza, e forse per l'avvenire anche per quelli di primo grado (come ora si pratica per gli straordinari), di un giudice residente fuori di territorio, rende impossibile la discussione orale. D'altra parte, la discussione verbale e pubblica potrebbe in un ambiente così circoscritto aggravare certi attriti che devono invece essere leniti. La pubblicità viene poi in parte soddisfatta dalla pubblicazione della sentenza e dei suoi motivi, mentre la funzione di controllo della imparzialità del giudice viene sostituita dal sindacato, al quale il medesimo deve sottostare al termine del suo ufficio.

Il sistema della terza istanza ha il merito di essere tutto italiano, a differenza della Cassazione, creata dalla rivoluzione francese per iscopi piuttosto legislativi che giudiziari. Gli sforzi per introdurre la terza istanza nella procedura del Regno non ebbero resultamento. Tra le altre censure che si movevano alla terza istanza sul principio della doppia conforme, vi era questa che ne costituisce il vizio originale, che il giudice non può dire l'animo suo, quando dissenta dal primo e dal secondo, dovendosi limitare a scegliere fra le due sentenze, dovendo dire non quale sia la decisione da dettarsi, ma quale delle due sentenze gli sembri meno disforme dal giusto. E nemmeno può annullarla, di modo che talvolta è costretto a sancire ciò che gli sembra una ingiustizia. Tale considerazione è veramente grave e fondata; né potrebbe attenuarsi con l'ammettere la terza istanza libera, perché bisognerebbe, per essere logici, ammetterla anche quando le due sentenze fossero conformi, aprendosi così la via alla moltiplicazione, anziché alla diminuzione delle cause.

Fra i tre sistemi: della prova scritta per alcune convenzioni e della prova testimoniale limitata per valore rispetto alle altre (seguito dal Codice italiano); quello della prova non scritta limitata rispetto al valore, e quello finalmente della prova testimoniale libera, cioè ammessa in tutti i casi nei quali non si richiede ad substantiam l'atto scritto, questo terzo più liberale, seguito in Inghilterra, in Austria e in Germania, considerato dal BENTHAM come l'ottimo, è pure accolto nella Repubblica sammarinese. La determinazione dei casi in cui lo scritto è richiesto ad substantiam spetta, come dicemmo altrove, al diritto comune; effettivamente però il numero dei contratti che non si perfezionano senza scrittura è minimo. Quindi la prova testimoniale si esperimenta in un largo campo, a cui fa da argine l'arbitrio lasciato al giudice nella valutazione della prova.

Il sequestro non è un atto conservativo, o per lo meno non è sempre tale nella procedura consuetudinaria sammarinese. Il più delle volte è una esecuzione mobiliare anticipata — *quaedam veluti executio* — rappresenta, rispetto ai mobili del debitore, la ipoteca giudiziaria; per iscrivere la quale si veggono i creditori correre talvolta il palio per sopraffarsi a vicenda, istituti ambedue poco decorosi, e tanto più nocivi, quando e dove non esistano presunzioni legali di nullità di questi privilegi, per cui si reputino acquisiti, date certe condizioni, in frode agli altri creditori.

L'incanto di beni stabili è, secondo la procedura sammarinese, da ripetersi tre volte, anche se alla prima asta venne fatta un'offerta e nessun aumento della medesima si dimostrò probabile. Naturalmente, dato questo sistema, l'aggiudicazione al primo creditore vien fatta sotto condizione sospensiva, mentre nella procedura del Regno l'aggiudicazione si vuol fatta sotto condizione risolutiva. A prescindere dalle conseguenze giuridiche che derivano dalla diversa figura dell'aggiudicatario, è a rilevarsi, o meglio a deplorarsi, che con questo sistema del triplice incanto le probabilità di vendita non aumentano, perché gli offerenti si riserbano per l'ultimo incanto, e, pure non essendo maggiore la gara, aumentasi la spesa e la perdita di tempo.

Diciamo ora di un'altra classe di divergenze fra le due procedure. La prima è quella intorno al mandato tacito o presunto del procuratore legale. Il possesso degli atti, e più ancora la sanzione di pene disciplinari per il procuratore che falsamente si spaccia come mandatario di una parte, dovrebbero bastare, come bastarono per lungo tempo nelle provincie meridionali ed ex-pontificie, nelle parmensi ed altrove. Per tranquillità della parte avversaria si può richiedere il mandato per

iscritto: cade con ciò l'argomento dei sostenitori della necessità di un mandato autentico, quale è voluto dal codice italiano. Questo richiede l'intervento del notaio, importa una spesa che aumenta quando occorrono ulteriori formalità di legalizzazione, mentre dovrebbe bastare un mandato scritto e posseduto da un procuratore, noto al giudice, in conformità di quanto è ordinato nel regolamento austriaco (parag. 30). L'anzidetta comminatoria di sanzioni penali basta per dare affidamento della genuinità di un tale mandato. Che altro, se non la comminatoria delle pene al notaio, costituisce la base precipua della credibilità dei suoi rogiti? Infine, pecca d'inconsequenza la legge, che richiedendo il mandato autentico, si appaga del mandato semplice in calce alla citazione per gli affari commerciali, i quali certo non rappresentano la parte meno importante nella congerie delle contestazioni giudiziali. Laonde sembra più decoroso e preferibile il sistema usato ab antiquo, or non a guari rimesso felicemente in vigore nella pratica sammarinese.

Abbiamo già ricordato che il BELLOT considerava l'interrogatorio, quale era disciplinato nel codice ginevrino prima della sua riforma su questo punto, come un mezzo efficacissimo per non far conoscere la verità. Nondimeno, quella forma di interrogatorio, comunicato alla parte innanzi tempo, passò intatta di procedura in procedura fino al codice vigente nel Regno. Eppure i dottori e i magistrati non avevano cessato dal mettere in guardia i legislatori perché, come diceva il MICALORIO, i procuratori e gli avvocati imbeccano i clienti e mettono loro in bocca o la negazione, o risposte oscure, condizionali, ambigolistiche.

Gli interrogati — esclamava il Presidente LAMOIGNON, censurando la giurisprudenza del Parlamento francese in proposito — di regola consultano meno la loro coscienza che i loro avvocati prima di rispondere. Non ingiustamente dunque gli scrittori nostri invocano una riforma, il che equivarrebbe ad accogliere il sistema statuario conservatosi in questa Repubblica.

Lo Statuto inoltre offre modo di evitare la censura mossa nell'interrogatorio così detto fulmineo, che l'interrogato neghi, o risponda inesattamente perché non ebbe tempo di appurare i fatti, o di richiamarli alla memoria, cosicché l'interrogatorio sarebbe inutile, o ingiustamente dannoso. A questo pericolo, minore del resto di quanto si vorrebbe, poiché chi è in causa deve pensare alla sua causa, si ovvia con la dilazione di un giorno che lo Statuto consente al giudice di assegnare a suo arbitrio, quando l'interrogato, nulla tacendo di quanto non può non ricordare, appaia nel resto in una giusta impossibilità di dare piena risposta.

Il compromesso necessario presenta una notevole superiorità su quello volontario delle legislazioni moderne. Se noi prendiamo ad esaminare le statistiche giudiziarie, vi riscontriamo un numero esiguo di giudizi arbitrali, e ancora, la maggior parte di questi è dovuto a clausole inserite antecedentemente nelle convenzioni contrattuali. Si lamentò in Francia l'arbitramento forzato, quello cioè che poteva imporsi dal giudice contro la volontà delle parti; il che faceva sì che i giudici in quelle determinate controversie spendessero sempre questa facoltà, e mandassero le parti a costituire un collegio arbitrale. Richiesta invece, come negli Statuti sammarinesi, la necessità della istanza di almeno una delle parti, limitato l'uso del compromesso alle questioni fra parenti, o soci, o connesse, nelle quali presumibilmente devesi porre in moto anche l'equità, il compromesso, dentro una sfera obiettivamente limitata, viene ad essere concesso ed imposto nella giusta misura. Si evita che il giudice tenda a sollevarsi dall'obbligo di pronunziare; non si at-

tende, ciò che ben di rado avviene, che i due litiganti sieno, a litigio cominciato, in qualche parte concordi. Perciò, se bene in Francia fu abolito l'arbitramento forzato, è da conservarsi e praticarsi qui il compromesso necessario, ai cui vantaggi aggiungesi quello del breve termine assegnato perentoriamente agli arbitri per la pronuncia del lodo.

L'esecuzione strumentale è stata nel Regno d'Italia concessa, forse con troppa abbondanza, ma senza che ciò possa convincerne della opportunità di sopprimerla, ai titoli cambiari (art. 324 del Cod. di Commercio). In Austria, ma più cautamente, fu pure stabilita una speciale procedura cambiaria. In Svizzera l'art. 38 della nuova legge sul fallimento (1° gennaio 1892) formula il principio: l'esecuzione ha per scopo di ottenere il pagamento di danaro, o la prestazione di garanzie. Il messaggio 6 aprile 1889 alla Assemblea federale illustrava il principio con queste parole: « Ciò che vi ha di singolare nella legislazione svizzera sulla esecuzione forzata si è che questa si opera dietro semplice istanza del creditore, senza previo giudizio dei tribunali. Sistema che avendo fatte le sue prove nei vari Cantoni, si manifesta in genere come adatto a tagliar corto ad un cumulo di liti costose e ad eliminare prontamente le cavillose opposizioni ». Senonché, questo sistema è ben lunge dall'essere una caratteristica della legislazione svizzera, poiché fino dal secolo XIV, gli Statuti dei Comuni italiani garantivano la così detta « esecuzione parata » ai creditori, in virtù di un atto pubblico o privato riconosciuto, così civile come commerciale, tanto se la causa del debito fosse espressa quanto se fosse taciuta. L'accertamento del debito per iscritto esonerava fino da allora, come abbiamo dimostrato già nella nostra « Cambiale in giudizio » (pag. 7 e segg.) da un procedimento dichiarativo. Il sistema, passato più tardi nella procedura germanica (parag. 592), rimane, grazie allo Statuto, ancora in vigore in questo Paese.

Anche in Francia fu dibattuta una questione avente oggetto consimile riguardante la formula esecutiva negli atti notarili; e si oppose allora che il mutamento non sarebbe stato che apparente, e che invece di arricchire i procuratori, si sarebbero arricchiti i notai, davanti ai quali la procedura doveva esperirsi.

Il concetto che domina la procedura documentaria o strumentale è assai più largo: si vuole che chi ha una prova preconstituita, non impugnandosi il mezzo materiale che la contiene, possa valersene per ottenere la prestazione forzata promessa nello scritto, dietro semplice autorizzazione del giudice, senza bisogno di ottenere una nuova conferma di quel suo diritto. Bene osservava il professore MORTARA, commentando la citata legge svizzera sui fallimenti, che le statistiche giudiziarie del Regno d'Italia ci apprendono come un buon terzo dei procedimenti dichiarativi si svolga in contumacia del debitore, e che le domande degli attori sono accolte almeno per quattro quinti del loro numero; il che dimostra che molto spesso il debitore ha sufficiente coscienza dell'obbligo suo per rinunciare perfino al tentativo di schermirsene. Le regole debbono essere fatte per la generalità dei casi. Chi appare creditore in forza di una scrittura può, o non avere effettivamente alcun diritto perché la scrittura è difettosa, cancellata, stracciata, o perché l'obbligo è sfacciatamente immorale, o manifestamente impossibile, o vietato per legge; ed allora il giudice si recuserà di emettere l'ingiunzione o precetto di pagamento. Ed ecco l'importanza dell'intervento del magistrato, non come giudice, ma quasi come autorità tutoria. O il debito risultante dalla carta fu estinto per pagamento, per compensazione, per remissione e simili, ed allora il debitore dovrà provare il fatto estintivo dentro un termine relativamente breve, poiché la regola generale

è che colui che estingue il debito annulli, o ritiri il titolo del medesimo, o quanto meno si faccia rilasciare prova altrettanto liquida del fatto. Quindi, se manca la prova, porti il debitore la pena della sua trascuranza, incorrendo nell'obbligo di soddisfare novamente il debito, salvo poi il fare stabilire giudizialmente il diritto alla restituzione. L'obbligo di un giudizio di cognizione in ogni caso diventa vessatorio per il creditore legittimo, e d'altra parte porge al debitore di malafede un incitamento ad opporre cavillose e dilatorie eccezioni; al che fare il convenuto ha tutto l'interesse ed il destro, laddove così non sarebbe, qualora egli, in sede di opposizione, dovesse iniziare come attore il giudizio.

Sembra perciò palmare la eccellenza di questa esecuzione parata, di cui scrittori e Congressi giuridici hanno invocato più volte la restaurazione. L'esecuzione provvisoria concessa alle sentenze fondate sopra una scrittura non è sufficiente rimedio, poiché, oltre ad essere facoltativa, esige l'esaurimento di un intero giudizio.

Le ragioni per le quali dal Codice italiano fu esclusa l'aggiudicazione al creditore degli immobili espropriati, risultano dai Motivi essere le seguenti: il non uso — il pericolo che i creditori ipotecari, o il debitore, si riprendano il fondo. Tali argomenti hanno diversa e minore efficacia in questo Stato. L'aggiudicazione è nella pratica. Il creditore può essere privato del fondo dentro il termine di un anno concesso per ciò al debitore, ma in tal caso, quest'ultimo deve rifondere tutte le spese, oltre a pagare il capitale e gli interessi. Resta, è vero, incerta la posizione del creditore aggiudicatario rispetto ai creditori ipotecari che lo precedono. Qui sarebbe d'uopo d'una disposizione legislativa, la quale provvedesse congruamente al caso. La legge ipotecaria parla in generale di estinzione della ipoteca per decreto del giudice secondo la procedura di spropriazione (art. 94 n. 4), ma tale procedura non essendo disciplinata da alcun testo, è molto dubbio se il giudice potesse ingiungere la cancellazione delle ipoteche sul fondo aggiudicato, qualora, dentro l'anno assegnato al debitore nessun creditore ipotecario abbia fatto valere i suoi diritti, e sempre che il creditore a cui fu aggiudicato il fondo, abbia fatto giudiziale deposito della eventuale differenza tra il prezzo di stima ed il suo credito. Tanto potrebbe disporsi legislativamente.

Né questa disposizione sarebbe nuova, ché il principio « le décret nettoie » è antichissimo, e non esclude il rispetto al diritto dei terzi, poiché le pubblicità che accompagnano l'aggiudicazione, non meno che l'obbligo di rendere edotti i creditori ipotecari, conducono a credere che questi, non esercitando il diritto di prelazione per farsi alla loro volta aggiudicatari del fondo, preferiscano di far valere i loro diritti sul prezzo depositato a conguaglio, lasciando che si operi una compensazione fra una quota del prezzo e i diritti del creditore più attivo.

In ogni modo, il procedimento di esecuzione immobiliare secondo il Codice del Regno pecca di gravissimo vizio, quando impone gli incanti successivi col ribasso di un decimo, laonde, nonostante gli sforzi di una giurisprudenza audace e volonterosa, bisogna, per ottemperare al chiarissimo disposto del legislatore, riprodurre ex novo ad ogni ribasso tutto il procedimento pubblicitario dell'incanto, ciò che importa, come fu giustamente notato, un aggravio rilevante di spese e una perdita inutile di tempo.

Rileveremo da ultimo come uno dei rimedi per sollecitare il corso dei procedimenti fu quello escogitato in molti paesi per le cause penali, ed in alcuno (come l'Austria) anche per le civili, consistente nel ridurre a minori proporzioni il dibat-

tito in grado di appello, sia col dispensare da nuovo sperimento delle prove, sia coll'abbreviare i termini. Il secondo partito a cui più specialmente si appigliarono gli Statuti, è tuttora osservato nelle leggi sammarinesi.

Ancora, e finalmente, il sistema statuario della perenzione, così diverso da quello designato con lo stesso nome nella maggior parte dei Codici, è altamente commendevole, e ci fa domandare perché non venga in essi introdotto e a quello sostituito. Poiché, se è d'interesse privato che le parti deferiscano alla autorità giudiziaria la decisione delle loro dispute, o preferiscano di sopportare ciò che reputano un'ingiustizia, è invece d'interesse pubblico che le cause, una volta cominciate, non si prolunghino soverchiamente, « *supervacaneas dilationes amputare* ». A questo scopo sono improntate alcune regole raccomandate dallo Statuto al giudice, come quella di non attendere alle questioni manifestamente calunniose (parag. 191), o imposte al litigante, come quelle di dichiarare, presentandosi in giudizio, in che veste alcuno si presenta o detiene una cosa (parag. 203), o dove si trovino e quali sieno i suoi beni (parag. 188), a simiglianza del giuramento di manifestazione nell'odierna procedura germanica e allo scopo di impedire che il debitore assista silenziosamente agli sforzi del creditore, per soverchiarlo poi, a procedura inoltrata, con un giudizio di rivendicazione. Le procrastinazioni non fanno che aumentare le spese, inacerbire gli animi, intralciare il compito del giudice, il quale si può trovare ad avere accumulato soverchio lavoro in un momento, e — quello che è peggio — costretto a riandare a riprendere tante volte quante alle parti piaccia, l'esame di una medesima controversia, talvolta quando la impressione ricevuta dalle prove è già svanita. Come si stabilisce un termine per gli arbitri, come vi ha un termine per l'esecuzione di ogni contratto, così deve esservi un termine per il quasi-contratto giudiziale sorto dalla contestazione della lite, dalla quale appunto parte il decorso del termine stabilito negli Statuti.

La perenzione negli Statuti è disciplinata in due forme distinte: o si commina l'obbligo di ricominciare, pagando prima le spese, quando sia trascorso un termine (generalmente di pochi mesi) e la causa non sia condotta a fine, oppure si commina la decadenza dalla facoltà di stare in giudizio, se non intervenga una sanatoria del Principe, dal quale può darsi, o negarsi, e che deve in ogni caso essere seguita dal rifacimento delle spese. Tra i due sistemi, il secondo sembra il migliore, ma esso è attuabile soltanto date certe costituzioni politiche: ambedue però, sono di gran lunga preferibili al sistema della perenzione delle procedure latine, dove, a prescindere dalla poca rilevanza delle conseguenze, essa è subordinata alla inazione per anni, e suona piuttosto un invito ad andare a rilento, che non sollecito nel disbrigo delle cause.

Concludendo, noi non diremo certo che la procedura Sammarinese debba essere presa a modello. La legislazione di un piccolo Stato non sempre può servire per uno Stato grande; ma ciò non toglie che alcune buone istituzioni nel piccolo Stato italiano, conservate perché ivi non giunse la mania innovatrice o imitatrice di legislazioni straniere, non possono formare oggetto di studi e di considerazioni proficue. Quanto alla Repubblica, la conseguenza che dobbiamo trarre da questi raffronti è che non sia il caso di innovare; né volendolo, si troverebbe una traccia, calcando la quale, si potesse dire di avviarsi al meglio (1).

1) V. sul tema anche la nostra Lettura al Circolo Giuridico di Roma tenuta il 23 marzo 1901 e pubblicata in « *Filangieri* », 1901.

È poi vero della procedura civile ciò che Faustino Hélie diceva della procedura penale: « che la legislazione modifica, ma non crea; perfeziona non inventa; sviluppa, non distrugge, e se talvolta osa di inaugurare temerarie innovazioni, questi slanci non producono effetto durevole; essa deve bentosto rientrare negli argini costruiti dal tempo, e che ne costituiscono la sua principale possanza » (I, pag. 13).

Piuttosto, bisogna raccogliere e ordinare le varie disposizioni disseminate nello Statuto, interpolate nelle Rubriche, extravaganti nei libri dei Decreti o nelle leggi speciali.

Bisogna pure colmare taluni vuoti, sostituire ad alcune pratiche, improvvisate di fronte al bisogno di tempi e di costumanze nuove, un regolamento razionale ed armonico; in una parola, non procedere ad imitazioni servili, a lavori inutili, a costruzioni teoriche, ma solo ad un savio riordinamento formale ed intero.

Se a questo lavoro potrà essere di qualche contributo questa compendiosa esposizione del diritto rituale Sammarinese, ci sentiremo largamente compensati dalla fatica durata non tanto per compilarla, quanto per compulsare le fonti donde fu rigorosamente dedotta.

INDICE ALFABETICO (1)

Accesso: obbligatorio nelle azioni di denuncia di nuova opera, 83.

Actio ad exhibendum: estremi per promuoverla in diritto comune e sammarinese, 67 - se possa esercitarsi contro il Fisco e la Chiesa, 68.

Allegazioni: termine per produrle in appello, 174 - termine per produrle in primo grado, 84 - validità se prodotte non firmate dal procuratore, 181.

Appello: da sentenze contumaciali, 90 - da sentenze interlocutorie, 165 - dal lodo arbitrale, 117, 175 - del procuratore senza la parte, 170 - deposito da farsi, 171 - duplice effetto sospensivo e devolutivo, 161 - giudici, 20 - inammissibilità, 162 - interposizione, 169 - introduzione, 172 - irrotulazione, 174 - non ammesso contro il decreto che apre il concorso dei creditori, 137 - perenzione, 96 - prove, 173 - pubblicazione sentenza avanti la Reggenza, 174 - rinuncia, 164 - riproduzione citazione, 173 - termini, 173.

Arbitrato: appello dal lodo, 117, 175 - compromesso necessario, 115, 191 - impugnativa per nullità e restitutio in integrum, 188 - perenzione, 96 - recusazione e suspicione degli arbitri, 116 - termine per emettere il lodo, 116 - terza istanza, 179 - validità arbitrato libero o irrituale, 118.

Astensione del giudice: motivi, 22.

Attestati di pubblici ufficiali: invalidità, 75.

Atti di notorietà: invalidità, 74.

Atti pubblici o autentici: quale base per la procedura strumentale, 102.

Azione di spoglio: 99.

Bandi d'asta: per la vendita di beni immobili, 126 - per la vendita di beni mobili, 125 - per la vendita di beni mobili ed immobili nel concorso dei creditori, 155.

Beneficium competentiae: 128.

Benefizio d'inventario: 110.

Cambiamento di stato: di parte in causa, 75.

Capacità di stare in giudizio: dello straniero di nazionalità italiana, 53 - dello straniero non cittadino italiano, 50, 53 - età maggiore, 31, 49 - rappresentanza di assenti, donne, interdetti, minori, 49.

(1) Il numero indica la pagina.

Cause nundinali: da trattarsi con procedura sommaria, 98.

Cautio iudicatum solvi: da prestarsi dallo straniero non cittadino italiano, 50, 53 - non dovuta dagli stranieri di nazionalità italiana, 53.

Cessazione dall'ufficio: di parte in causa, 75.

Cessio bonorum: 128, 155.

Citazione: non richiede solennità di forma, 39 - notifica a mani proprie, ad valvas, domi, 42 - notifica a residenti in Italia, 43; in altri Stati, 43 - nullità, 44, 180 - riproduzione, 47, 173.

Commissario della Legge: quale Giudice di primo grado, 19 - quale Magistrato del Lavoro, 19, 99.

Comparsa in giudizio: delle parti, effetti, 47 - di parente del convenuto, 50.

Competenza: del Commissario della Legge, 19 - della Commissione Arbitrale Agraria, 99, 163 - della Commissione Permanente Conciliativa, 99 - della Commissione Sindacale Conciliativa, 99, 163 - del Consiglio dei XII, in materia amministrativa, 22; per la concessione del rescritto di sanatoria della perenzione, 94; per la suspicione dei giudici, 164; per la terza istanza, 178; per le eccezioni di incompetenza, 56 - del Consiglio Grande e Generale per l'azione di restitutio in integrum, 184 - dei Giudici di Appello per la querela di nullità, 183 - del Giudice Conciliatore, 19, 106 - del Magistrato del Lavoro, 19, 99 - della Reggenza, per la revisione delle sentenze del Giudice Conciliatore, 164; quale Preside del Tribunale d'Appello, 173 - diretta e prorogata, 27.

Compromesso necessario: 115, 191.

Concordato: 155.

Concorso creditori: azione revocatoria di atti compiuti in frode ai creditori, 150 - cessazione della decorrenza degli interessi sui crediti, 141 - differenze tra concorso sammarinese e fallimento italiano, 130 - efficacia del provvedimento sammarinese dichiarativo del concorso nel territorio italiano, 131 - estensione della procedura di concorso dal primo debitore apparente ai suoi soci, 138 - gravami proponibili contro il decreto dichiarativo od estensivo del concorso, 137 - incapacità del debitore decotto, 135 - integrazione ed interpretazione della Legge secondo le norme del diritto comune, 129 - legge applicabile ove esistano attività e passività in Stati diversi, 132 - legge regolatrice dei privilegi, 144 - ordine di preferenza tra crediti forniti di privilegio, di ipoteca, chirografari, 149 - perdita del beneficio del termine, 140 - presunzione di frode, 151 - privilegi estesi sulla generalità dei beni mobili, 147 - privilegi estesi sulla generalità dei beni mobili ed immobili, 144 - privilegi sopra alcuni immobili, 148 - privilegi sopra alcuni mobili o sopra certi mobili soltanto, 147 - rapporti tra coobbligati caduti tutti in concorso, 134 - spese, 142 - termine per l'insinuazione e documentazione dei crediti, 141 - termine per opposizione ai crediti insinuati, 154 - universalità ed indivisibilità del giudizio concorsuale, 132.

Confessione: giudiziale spontanea, 58 - provocata, 61 - qualificata, 59 - stragiudiziale, 60 - procedimento contro i confessi, 101.

Connessione di lite: quale caso di giurisdizione prorogata, 35.

Consiglio dei XII: competenza, in materia amministrativa, 22 - per la concessione del rescritto di sanatoria della perenzione, 94 - per la suspicione dei giudici, 164 - per la terza istanza, 178 - per le eccezioni di incompetenza, 56.

Consiglio Grande e Generale: competenza per l'azione di restitutio in integrum, 184.

Contestazione della lite: 91.

Contraddittorio: 61.

Controprova: termine, 74.

Contumacia: dell'attore, 48 - del convenuto, 89.

Copia di documenti: 66.

Crediti: pignoramento, 127.

Declinatoria: della giurisdizione, 20.

Decreti di giurisdizione volontaria: 113, 165.

Denuncia di nuova opera: 100.

Depositario pubblico di pegno: 126.

Desertio vadimonii: 56.

Dilazione: 55.

Documenti: assoggettamento al bollo, 65; termine per produrli, 65.

Domanda riconvenzionale: quando debba decidersi unitamente alla domanda principale, 77 - termine per proporla, 76.

Eccezioni: declinatorie (del foro e del giudice), 56 - dilatorie (richiesta di cauzione dallo straniero, difetto di mandato, litispendenza) 57 - perentorie (lite finita, transazione) 57 - di incompetenza, per materia e valore, 36; per territorio (mancata competenza giudiziaria internazionale) 36, 56.

Elezione di domicilio: quale caso di giurisdizione prorogata, 35.

Eredi: dell'apparente debitore in base a scrittura privata, 106 - di parte in causa, 75.

Eredità giacente: 109. u

Esecuzione: del giudicato, 99 - del lodo arbitrale, 118 - immobiliare, 126 - mobiliare, 124 - parata (ved. procedura strumentale), 102, 192 - provvisoria, 161 - sui crediti, 127.

Exequatur: a decisioni civili emanate da autorità giurisdizionali non italiane, 118 - a giudicati civili italiani, 119 - ricorso contro il decreto che dichiara l'esecutorietà, 120, 164.

Fascicolo di causa: 41.

Fonti del diritto giudiziario sammarinese: diritto comune e consuetudinario, 33, 129 - Leges Statutae, 17, 33.

Forensi (ved. Stranieri).

Giorni: correnti o continui, utili o giuridici, 44.

Giudice Conciliatore: competenza, 19 - inappellabilità della sentenza, 164 - procedura speciale, 106 - revisione della sentenza avanti la Reggenza, 164, 180.

Giudici di Appello: 20.

Giudizio di delibazione (ved. exequatur).

Giuramento: da prestarsi dai periti, 83 - da prestarsi dai testimoni, 73 - decisorio, 79 - di calunnia, 90 - estimatorio, 82 - impugnativa di falsità, 82 - necessario, nelle forme: suppletivo o suppletorio (da deferirsi all'attore) e purgativo o purgatorio, da deferirsi al convenuto), 80.

Giurisdizione volontaria: 19.

Giustizia ordinaria ed amministrativa: rapporti, 22.

Graduatoria creditori (ved. concorso creditori).

Gratuito patrocinio: 52.

Incanto: di beni immobili, 126 - di beni mobili, 125 - di beni mobili ed immobili nel concorso dei creditori, 155.

Incompetenza (o mancanza di giurisdizione): per materia e valore, 36 - per territorio (mancata competenza giudiziaria internazionale), 36, 56.

Instantia (ved. contestazione della lite).

Interlocutorie mere: non appellabili semprechè il gravame che ne consegue sia riparabile con la sentenza definitiva, 165.

Interlocutorie miste: appellabili oppure modificabili e revocabili dallo stesso giudice che le ha pronunciate, 167.

Interlocutorie vim definitivae habentes: appellabilità, 165, 167.

Interposizione di appello: 169.

Interrogatorio: 61, 191.

Intervento di terzo in causa: 84.

Introduzione d'appello: 172.

Ipoteca: ordine di preferenza nel concorso dei creditori, 149 - preambola, 121 - rientra nella categoria degli atti considerati compiuti dal fallito in frode ai creditori, 151.

Irrotulazione: in primo grado, 84 - nel giudizio di appello, 174.

Libri e registri contabili: efficacia probatoria pro e contra scribentem di quelli di amministrazione non propria, 70; di amministrazione pubblica, 70; dei commercianti e degli artieri, 69; domestici, 69.

Lite finita: eccezione perentoria, 57.

Litispendenza: eccezione dilatoria, 57 - improponibilità della eccezione quando uno dei giudizi penda dinanzi a tribunali stranieri, 27.

Lodo arbitrale: appello, 117, 175 - impugnativa per nullità e restitutio in integrum, 188 - termine per emissione, 116 - terza istanza, 179.

Magistratura del Lavoro: competenza, 19 - perenzione, 97.

Mandato ad litem: eccezione dilatoria da proporsi in limine litis, 50, 53, 57 - presunto o tacito al procuratore, 52, 190.

Manoregia: procedimento, 107 - validità del principio « solve et repete », 108.

Matrimonio: azione di dichiarazione di nullità, 32.

Minore: decreti autorizzativi, 113 - rappresentanza in giudizio, 49.

Moratoria: 157.

Morte: di parte in causa, 75.

Notifica della citazione: a mani proprie, ad valvas, domi, 42 - a residenti in Italia, 43; in altri Stati, 43.

Nullità: della citazione, 44, 180 - di atti, 180 - querela di nullità, 181.

Nuova opera (denuncia di): 100.

Opposizione: ai precetti esecutivi, 124 - alle sentenze contumaciali, 90.

Ordinamento giudiziario: 18.

Ore giuridiche: 47.

Patto di quota lite: tra clienti e procuratore, nullità, 88.

Perenzione: cause di interruzione e sospensione, 97 - del precetto di pagamento, 96 - effetti, 94, 194 - nei giudizi avanti la Magistratura del Lavoro, 97 - nei giudizi di appello, 96 - nell'arbitrato, 96 - sanatoria, 94, 97, - termine, 92.

Perizia: di stima di beni immobili pignorati, 126 - di stima di beni mobili pignorati, 125 - di stima di beni mobili ed immobili nel concorso dei creditori, 155 - nomina periti, 83 - obbligatoria in alcune procedure speciali, 83 - recusazione periti, 83.

Pignoramento: di beni immobili, 126 - di beni mobili, 125 - di crediti, 127 - di stipendi dei dipendenti governativi, 128.

Posizioni: 61.

Poveri: gratuito patrocinio, 52.

Precetto esecutivo: notifica, 123 - opposizione, 124 - perenzione, 96.

Procedura: avanti al Giudice Conciliatore, 106 - di concorso dei creditori, 128 - di manoregia, 107 - documentale o strumentale, 102 - sommaria, 98.

Procuratore del Fisco: intervento nei giudizi di interdizione, 19.

Procuratore legale: eccezione di mandato, 50, 53, 57, - iscrizione nell'Albo dei Difensori, 51 - mandato tacito o presunto, 52, 190 - pagamento onorari, 87 - patto di quota lite, nullità, 88.

Produzione in manica: di documenti, 65.

Prova: mediante giuramento, 79 - mediante perizia, 83 - per documenti, 65 - per testimoni, 70 - termini probatori, 57.

Pubblicazione della sentenza: di appello, 174 - di primo grado, 86.
 Querela di nullità: 181.
 Recusazione del giudice: motivi, 21, 56, 164.
 Reggenza: competenza per la revisione delle sentenze del Giudice Conciliatore, 164.
 Restitutio in integrum: 183.
 Revisione: delle sentenze del Giudice Conciliatore avanti la Reggenza, 164, 180.
 Rinuncia all'appello: 164.
 Riproduzione della citazione: in appello, 173 - in primo grado, 47.
 Scrittura privata: base per la procedura strumentale purchè sia riconosciuta, 105 - verifica, 105.
 Scrittura pubblica: base per la procedura strumentale, 102.
 Sentenze: arbitrali o compromissoriali, 117 - conformi, 177 - contumaciali, 90 - di appello, 174 - di primo grado, 85 - straniero, 118.
 Sequestro: azione di rivendicazione di beni sequestrati, 122 - estremi necessari per concessione, 120, 190 - giudizio di conferma, 121.
 Silenzio del convenuto: presunzione semplice, 55.
 Sindacato giurisdizionale: nei confronti dell'attività legislativa, 25.
 Sindaci di Governo: hanno la esclusiva rappresentanza in giudizio, attiva e passiva, dello Stato e degli Uffici Governativi, 40.
 Spese di causa: 86.
 Stato (questioni di): 31.
 Stradotali (beni): 113.
 Stranieri: se attori e non cittadini italiani devono prestare la cautio judicatum solvi, 50, 53.
 Suspicion e recusazione: degli arbitri, 116 - del giudice, 21, 56, 164 - dei periti, 83.
 Tassazione delle spese: 87.
 Tenuta (ved. Pignoramento).
 Termini: calcolo, 44 - di appello, 173 - per allegare in diritto, 84 - per comparire in giudizio, 43 - per la querela di nullità, 183 - per la restitutio in integrum, 187 - per la terza istanza, 178 - per rispondere ed eccepire, 55 - probatori, 57 - reprobatorio, 74.
 Terza istanza: 177.
 Testimoni: 65.
 Transazione: eccezione perentoria, 57.
 Trascrizione del pignoramento immobiliare: 126.
 Udienza: 47.
 Venia: istituto non più in vigore, 40.
 Verifica di scrittura: 105.

INDICE DELLE MATERIE

Abbreviazioni	Pag. 5
Proemio (<i>alla prima edizione</i>)	» 7
Prefazioni (<i>alla seconda edizione</i>)	» 9
LEZ. I - 1. Fonti del Diritto Giudiziario Civile sammarinese - 2. Ordinamento giudiziario della Repubblica - 3. Recusazione dei giudici - 4. <i>Giustizia ordinaria ed amministrativa</i> - 5. <i>Sindacato giurisdizionale nei confronti dell'attività legislativa</i>	» 17
LEZ. II - 1. Della competenza diretta e prorogata - 2. Delle eccezioni di incompetenza	» 27
LEZ. III - 1. Della citazione - 2. Della notifica della citazione e dei termini - 3. Del computo dei termini e dei giorni giuridici e correnti	» 39
LEZ. IV - 1. Della comparsa in giudizio - 2. Dei procuratori legali - 3. Dello straniero in giudizio	» 47
LEZ. V - 1. Delle eccezioni preliminari - 2. Del periodo probatorio - 3. Della confessione spontanea e provocata - 4. Del contraddittorio e delle posizioni	» 55
LEZ. VI - 1. Prova per documenti - 2. Prova per testimoni - 3. Della riprova o prova contraria - 4. <i>Degli effetti e conseguenze della morte o cambiamento di stato delle parti in causa</i> - 5. <i>Dell'azione riconvenzionale</i>	» 65
LEZ. VII - 1. Del giuramento - 2. Della perizia e dell'accesso - 3. Delle allegazioni in diritto e della irrotulazione - 4. Della pubblicazione della sentenza e delle spese - 5. Degli onorari dei procuratori	» 79
LEZ. VIII - 1. Del procedimento in contumacia - 2. Della perenzione	» 89
LEZ. IX - 1. Delle procedure sommarie - 2. Della procedura strumentale	» 98
LEZ. X - 1. Seguito della procedura strumentale e della verifica della scrittura privata - 2. Procedura davanti al Giudice Conciliatore - 3. Procedura di manoregia - 4. Procedimenti non contenziosi: A) Eredità giacente; B) Beneficio d'inventario; C) Autorizzazioni dei minori e delle donne	» 105
LEZ. XI - 1. Del compromesso necessario - 2. Dell'exequatur delle	

sentenze straniere - 3. Del sequestro	Pag. 115
LEZ. XII - 1. Della esecuzione forzata in generale - 2. Della esecuzione mobiliare - 3. Della esecuzione immobiliare - 4. Della esecuzione sui crediti - 5. <i>Del concorso dei creditori</i>	» 123
LEZ. XIII - 1. Dell'appello in generale e della sua ammissibilità	» 161
LEZ. XIV - 1. Segue dell'appello - 2. Dell'appello dalla sentenza arbitrale	» 169
LEZ. XV - 1. Della terza istanza - 2. Della terza istanza nelle cause arbitrali - 3. Della revisione - 4. Delle nullità - 5. <i>Della querela di nullità</i> - 6. <i>Della restitutio in integrum</i> - 7. <i>Della querela di nullità e della restitutio in integrum nelle cause arbitrali</i>	» 177
LEZ. XVI ED ULTIMA - 1. Riepilogo e raffronti con la procedura civile del Regno	» 189
INDICE ALFABETICO	» I
INDICE DELLE MATERIE	» VII



AZIENDA TIPOGRAFICA EDITORIALE

SAN MARINO

Gennaio 1981

