

DIP. DI DIRITTO ROMANO
STORIA E TEORIA DEL DIRITTO

S.M.II

VII

1 (2)

UNIVERSITA' DI BARI

DE NOTARISTEFANI

GIANNELLI

CAMPOLONGO

VOL. II

CA

FACOLTA' GIURISPRUDENZA

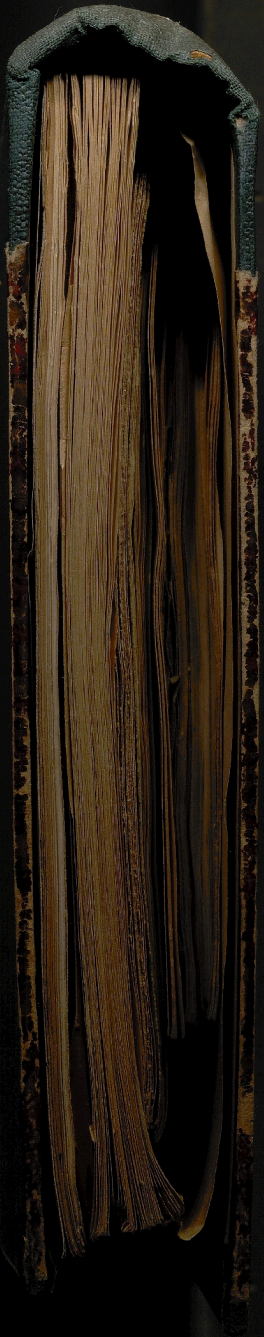
779

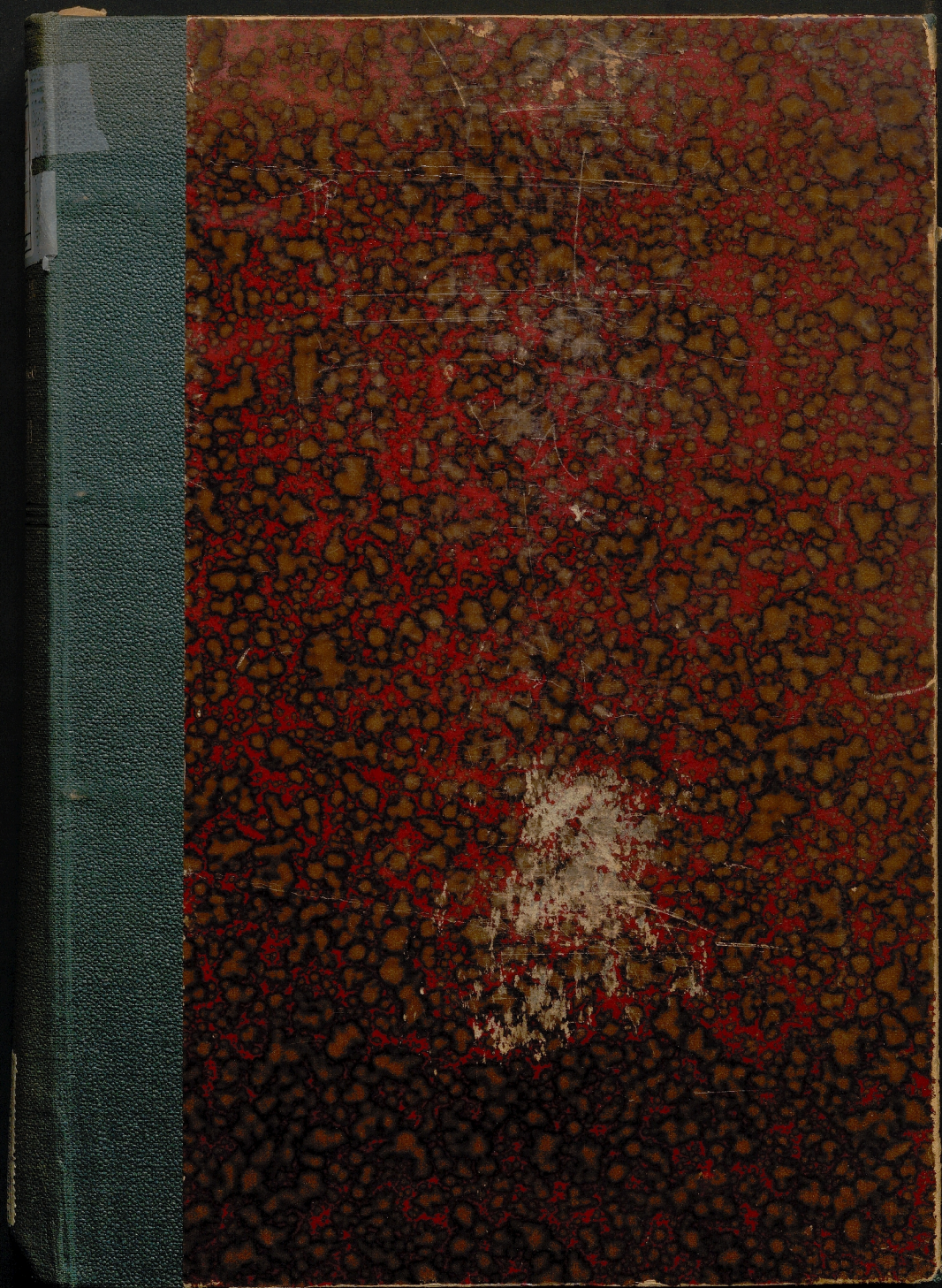
118

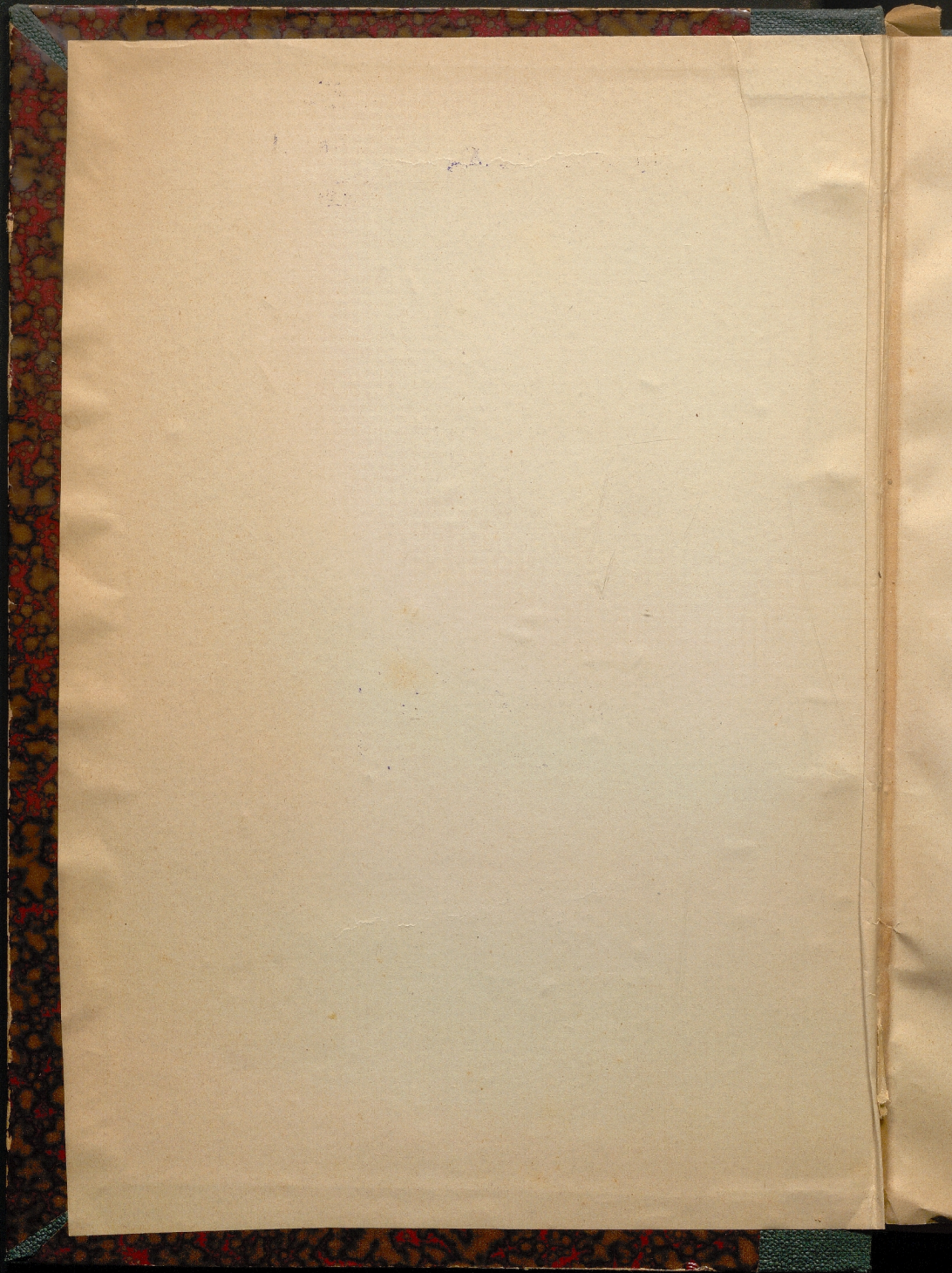
GIURIDICO











IL DIRITTO *La rivista dei danni*

RIVISTA MENSILE SICILIANA

DI

nei giudizi penali regi. 165
DOTTRINA, GIURISPRUDENZA, LEGISLAZIONE, E SCIENZE SOCIALI

In Materia Civile,

Commerciale, Penale, Amministrativa, Tributaria, Ecclesiastica.

Monografie, Leggi, Regolamenti, Decreti.

DIRETTORE

AVV. ANTON GIUSEPPE BATTAGLIA

Via Principe Belmonte, 76

REDATTORI

Alessi Avv. F.—Arena Avv. A.—Armò Avv. C.—Barba Avv. L.—
Battaglia Avv. I.—Camerata Avv. S.—Caputo Avv. L.—Cardillo
Avv. E.—Carducci Avv. G.—Castagnetta Avv. F.—Coffari Avv. I.—
Cusmano Avv. G.—De Luca Avv. F.—Dominici Longo Avv. F.—Enea
Avv. F.—Falcone Avv. G.—Gaglio La Mantia Avv. N.—Gestivo Avv. A.—
Gestivo Avv. G.—La Manna Avv. R.—Lanza di Scalea Cav. L.—Lau-
ria Avv. A.—Mulè Prof. F. P.—Orestano Avv. P.—Orlando Avv. C.—
Purpura Avv. F.—Purpura Avv. G.—Restivo Avv. Prof. E.—Rienzi
Avv. S.—Rusitano Avv. P.—Salemi Pace Avv. G.—Sanfrancesco Avv.
N.—Savagnone Avv. E.—Scialabba Avv. G.—Vassallo Avv. G.—Vella
Avv. M.—Gagliani-Caputo avv. Marcello.—Viola Boscaino Avv. G.—
Noto Avv. G.

COLLABORATORI

Abrignani Avv. B., Con. alla Corte d'App. di Palermo.—Adamo Avv.
D., Cons. alla Corte d'App. di Palermo.—Alaggia Avv. C., P. P. alla Corte
d'ap. di Genova.—Alimena Avv. B., prof. all'Univ. di Modena.—Angioni
Contini Avv. F., prof. all'Univ. di Cagliari.—Astengo C., Sen., Pres. al
Cons. di Stato.—Baviera Avv. G., prof. all'Univ. di Palermo.—Bentivegna
S., Avv. alla Cass. di Roma.—Binda, prof. C., Dir. dell'Istit. di Med. leg.
di Milano.—Binso Greco Avv. S., sost. Proc. Gen., Corte d'App. di Paler-
mo.—Boriciani Avv. A., prof. all'Univ. di Modena.—Brusa Avv. E.; prof.
all'Univ. di Torino.—Bruschettini Avv. A., prof. Univ. di Messina.—
Busemi Avv. S., prof. all'Univ. di Messina.—Cannada Bartoli Avv. G.,
prof. all'Univ. di Napoli. Calisse Avv. C., Prof. all'Univ. di Pisa.
—Cogliolo Avv. P., Prof. all'Univ. di Genova.—Carcani Avv. A., Cons.
alla Corte d'App. di Roma.—Castori Avv. C., prof. all'Univ. di Padova.
—Casalini Avv. D., dir. de «La Ronda Giudiziaria» Verona.—Cisotti

Uffici di Direzione e Amministrazione: PALERMO, Via Principe Belmonte 76

Avv. G. B., Proc. Gen. del Re a Milano.—Civoli Avv. C., prof. all'Univ. di Pavia.—Consolo Avv. C., prof. Univ. Messina.—Cosenza V., P. P. della Corte di App. di Catanzaro.—Cusimano Avv. Vito, Prof. Univ. di Palermo.—Cuturi Avv. T. Prof. al R. I. Sup. di Scienz. Soc. Firenze.—De Benedetti Avv. C., Dir. de «La Cassazione Unica» Roma.—De Grossi Avv. F., Messina.—De Luca Avv. I. O., Dep.—De Murtas Zichina Avv. P., Prof. all'Univ. di Genova.—Faranda Avv. F., Prof. all'Univ. di Messina.—Fazzari Avv. G., Cons. alla Corte d'App. di Messina.—Fedozzi Avv. P., Prof. all'Univ. di Palermo.—Figlia Avv. P., Palermo.—Fiore Avv. P., Prof. all'Università di Napoli.—Floridan Prof. E. Venezia.—Fleres D., Consigliere alla Corte d'Appello, di Palermo.—Forzano Barone Avv. S., Messina.—Fulci On. L., prof. all'Univ. di Messina.—Fois Avv. E., Proc. Gen. alla Corte d'App. di Palermo.—Gabbia Avv. F. P. Prof. all'Univ. di Pisa.—Gianturco Avv. E., Prof. all'Univ. di Napoli.—Guarino Avv. B., Palermo.—Guidi Avv. G., sost., Proc. del Re, alla Proc. Gen. di Aquila.—Impallomeni Avv. G. B., prof. all'Univ. di Roma.—La Loggia Avv. Prof. E., Girgenti.—La Manna Avv. B., Palermo.—Landucci Avv. L., Prof. All'Univ. di Padova, Dep.—Lanza Avv. P., Prof. all'Univ. di Innsbruck.—Lessona Avv. C., prof. all'Univ. di Pisa.—Lilla Avv. V., prof. all'Univ. di Messina.—Lombardi Avv. F. S., Sost. proc. gen. alla Corte di App. di Roma.—Lombardo Pellegrini Avv. E., prof. all'Univ. di Palermo.—Lombardo Avv. E., dir. dell' «Indice di Giurisprudenza» Modica.—Macrì Avv. G., prof. all'Univ. di Messina.—Majorana avv. A., Prof. all'Univ. di Catania, Ministro delle Finanze.—Marinuzzi Avv. A., Dep.—Marsili Avv. S., prof. all'Univ. di Camerino.—Masi Avv., S., Dep. Palermo.—Mazzella Avv. P., P. P. alla Corte d'App. di Palermo.—Melucci P., prof. all'Univ. di Napoli.—Mendaia Avv. V., Cons. alla Corte d'Appello di Napoli.—Mirelli Avv. F., Presidente del Tribunale di Benevento.—Mondino Dott. C., Dir. della Clinica di malattie mentali all'Università di Pisa.—Mori Avv. V., prof. all'Univers. di Roma.—Napoli Avv. F., Palermo.—Nieseforo Avv. N., Consigliere alla Corte d'App. di Palermo.—Napodano Avv. G., prof. all'Università di Pisa.—Nitti Avv. F. S., Dep. Prof. all'Univ. di Napoli.—Oliva Avv. G., prf. all'Univ. di Messina.—Orestano Avv. L., Cons. alla Corte d'App. di Palermo.—Pacelli Avv. A., Roma.—Pagano Guarnaschelli Avv. G. B., P. Presid. della Cass. di Roma, Senat. del Regno.—Palomba Avv. C., Roma.—Pantaleone Avv. R., Sost. proc. Gen. alla C. d'App. di Palermo.—Papa D'Amico Avv. L., prof. all'Univ. di Palermo.—Parlavecchio Avv. F., Palermo.—Perrotta Avv. L., Dir. del «Foro Catanese» Catania.—Petrella G. U., Pres. alla Cass. Roma.—Piccolo Lipari Avv. G., Consigl. alla C. d'App. di Palermo.—Pozzolini Avv. A., prof. all'Università di Pisa.—Puglia Avv. F., Prof. all'Univ. di Messina.—Quarta Avv. O., Proc. Gen. alla C. di Cass. di Roma, Senat.—Randanini Avv. G., Roma.—Restivo Gallo A., Sost. proc. gen. alla Cass. di Palermo.—Riccobono Avv. S., prof. all'Univ. di Palermo.—Rocco Avv. A., Prof. all'Univ. di Roma.—Ruggeri Avv. P., Messina.—Ruiz D., Sost. proc. gener. alla Corte d'App. di Roma.—Pagnacco Avv. S. Sost.

LA RIVALSA DEI DANNI NEI GIUDIZII PENALI

La discussione su questo argomento ritorna a galla, perocchè la nostra Corte Suprema con due pronunziati emessi a poca distanza, cioè nel 6 e nel 28 settembre dello scorso anno, si è spinta ancor più innanzi di quello che non aveva fatto precedentemente, ed ha affermato che il giudice penale deve omettere dal pronunziare detta rivalsa in favore della parte civile costituita nel giudizio penale, perdendone del tutto la competenza, sempre quando pronunzia in riguardo all'imputato l'assoluzione o il non farsi luogo a procedimento penale, qualunque ne sia il motivo di dritto o di fatto, non escluso quello della mancanza del discernimento. E questa affermazione è stata fatta con la Sentenza del 28 settembre anche nei riguardi del responsabile civile, chiamato regolarmente nel giudizio penale, di modo che, non applicata la pena all'imputato per difetto di discernimento, e questi e il responsabile civile devono andare esenti anche dalla condanna alla riparazione dei danni, salvo al danneggiato di provvedersi se e come viene consentito per legge dinanzi al giudice civile. Il che diventa molto significativo, poichè altra cosa è pronunziare l'assoluzione per una ragione legale, che impedisce esaminare il fatto nella sua esistenza obbiettiva, e altra cosa è la ipotesi del discernimento, per ravvisare il quale il giudice

penale deve prima ammettere, come compiuto, il fatto nocivo, per opera della persona imputata, e poi riconoscere che questa nell'agire non ebbe il necessario discernimento. Affermato il fatto, e quindi l'accusa del danno, ci è poco per attribuire questo a chi di dritto, alla parte lesa cioè presente in giudizio: potrà rimanere sospesa la liquidazione, quando nel processo penale non se ne riscontrano gli elementi sufficienti, donde il rinvio per essa al giudice civile, ma è breve il passo dall'una affermazione all'altra pel riconoscimento del dritto ai danni. Così ritenevasi per lo innanzi, ma la Corte Suprema ora nè vuole di più.

Codesta materia si riannoda alle disposizioni messe nel nostro Codice procedurale sotto il *titolo* « Dei danni e delle spese », che tiene dietro immediatamente al *titolo* riguardante « Le persone civilmente responsabili »: e più direttamente si riannoda agli art. 569, 570 e 571. Ma, oltre queste disposizioni, altre se ne trovano nel Codice di procedura, riguardanti la materia. Or se si dovessero tener presenti queste ultime, e ometterle per un momento i cennati art. 569, 570 e 571, si dovrebbe venire ad una conclusione diametralmente opposta a quella affermata dalla C. S. L'art. 4 faculta esercitare dinanzi allo stesso giudice penale, investito della procedura per la repressione del reato, l'azione civile per i danni; e in tutto il Codice stesso vedonsi disseminate le norme che, secondo le occasioni, disciplinano quest'*actio civilis ex delicto* nel giudizio penale, per la presentazione della domanda giudiziale, per l'isibizione delle prove testimoniali o scritte, per l'accertamento, anche con l'intervento del giudice penale, della natura e dell'ammontare dei danni, e per l'esercizio di tutti i mezzi difensivi nel periodo dell'istruzione e in quello del pubblico dibattimento. Dal che è facile dedurre che, se è dato portare l'*actio civilis*, nel tempo dello svolgimento dell'azione penale, innanzi al giudice di repressione, questi ne diventa a pieno competente, e ne resta investito del giudizio, del quale non può svestirsi che a sentenza definitiva. La quale potrà riuscire negativa, cioè essere di rigetto, solo quando, e sotto le condizioni medesime, in cui tale sarebbe ugualmente pronunziata dal giudice civile, cioè quando non venga dimostrata la domanda, o per la inesistenza del voluto fatto nocivo, o per la mancanza della relativa prova, sia oggettiva, che soggettiva.

E non sarebbe punto decisivo il ragionamento che suolsi fare, che cioè, venendo meno nel giudice penale la materia sua

propria, egli perde anche la competenza a provvedere sull'altra azione, che, per essere accessoria alla prima, ne deve seguire la sorte. Innanzi tutto questo ragionamento dice troppo, perchè, ammesso nella sua interezza, significherebbe che, come viene a perdersi l'azione penale per mancanza di penalità da applicare, così dovrebbe essere perduta anche l'azione civile, la quale invece solo subisce una declinatoria di foro, in quanto deve essere portata innanzi al giudice civile. Non è poi niente esatto, in presenza del dritto scritto che, cessato il giudizio nel penale, debba cessare anche nel civile, e non sia dato al giudice di repressione occuparsi esclusivamente dell'*actio civilis*, poecchè gli art. 370 e 421 p. p. espressamente facoltano l'appello nel solo interesse civile, appello che fa portare la causa innanzi al giudice penale di seconde cure, e questi devesi occupare esclusivamente dei danni domandati. L'art. 675 della stessa P. P. poi dispone che, allorchando la sentenza venga annullata perchè il fatto, che ha dato luogo alla condanna, non è qualificato delitto o contravvenzione dalla legge, o avrà cessato di essere punibile, la Corte di Cassazione... se vi è parte civile nel giudizio, rimanderà la causa per *fore statuire sugli interessi civili*. » E lo stesso art. soggiunge: « Questa disposizione si osserverà pure se la sentenza e l'istruttoria sono annullate nei capi soltanto, che *riguardano gl'interessi civili* ». In diverse occasioni, quindi, il giudice penale trovasi per la nostra legge in vigore a dover pronunziare sulla domanda dei danni, senza avere dinanzi a sè anche la materia penale.

Il ragionamento deve cangiare quando invece si tengono presenti gli art. 569, 570 e 571. I due primi, in verità, sono espliciti, e non fanno luogo a dubbi. Il 569 dice espressamente che, con la medesima sentenza condannatoria in penale, deve essere emessa condanna per la rivalsa dei danni in favore della parte lesa a carico dello stesso imputato o accusato, e anche a carico del responsabile civile, chiamato in giudicio; il 570 prevede la ipotesi opposta, cioè quella di assoluzione nel penale, e dice pure chiaramente che con la medesima sentenza il giudice di repressione condannerà, ove occorra, la parte civile a risarcire i danni all'imputato proscioltto. È dall'art. 571 che sorgono incertezze, d'onde l'addentellato alle opinioni diverse, finora sostenute.

In questo art. 571 sono messe insieme ambedue le ipotesi,

dell'assoluzione e della condanna in penale, per disporsi non più dell'attribuzione dei danni, ma della liquidazione dei medesimi, liquidazione che può essere fatta dallo stesso magistrato penale. Ma la disposizione, almeno nella prima parte dell'art., è fatta in maniera tale da poter ritenere possibile la condanna ai danni in favore della parte civile, (quando il fatto nocivo venga ammesso esistente) anche nell'ipotesi dell'assoluzione nel penale. E poichè questa affermazione trovasi conforme a tutte le altre norme sparse nel Codice di procedura, dinanzi sommariamente rilevate, e al principio direttivo, che *ubi semel acceptum est judicium, ibi et finem accipere debet*, ne è derivato che nella dottrina e nella giurisprudenza fino ad ora si è venuto spesso sostenendo, che il giudice penale, anche quando proscioglie l'imputato dall'azione penale, debba costui condannare alla rivalsa dei danni, semprechè gli è dato di esaminare il fatto nocivo, e di affermare d'essere stato compiuto dall'imputato proscioltto.

Ma, per vero dire, benchè fossimo amanti di questo assunto, il quale vorremmo che trionfasse, e sopra tutto pel motivo di rendere meno penosa la *via crucis* alle vittime dei reati per la riparazione di quanto loro viene tolto o distrutto, guardando spassionatamente la prima parte dell'art. 571, riconosciamo che si vuol fare della confusione là dove non esiste. In essa sono riprodotte le due ipotesi della condanna e dell'assoluzione, prevedute nei due art. precedenti, ma in essa, come in questi, tali due ipotesi devonò essere mantenute distinte. Cosicchè, tanto l'attribuzione del dritto di rivalsa, come la liquidazione, deve aver luogo in favore della parte civile, allorchè v'è una sentenza di *condanna* in penale. E quindi, se per un motivo qualunque di fatto o di dritto (*ubi lex non distinguit, nec iudex distinguere debet*), non si fa luogo a *condanna*, non deve il giudice penale nemmeno pronunziare in ordine alla rivalsa. Per questa non si presta nè l'art. 571, nè il 569, da cui il primo dipende.

E ciò, in sostanza, è venuto dichiarando la Corte Suprema con le due sentenze del 6 e 28 settembre ultimo, le quali sono dure nella loro conclusione, ma conviene riconoscere che promanano dalla *dura lex*. Si possono avere opinioni e principii anche ottimi di contro alle affermazioni di un magistrato, ma questi va sempre encomiato quando coi suoi pronunziati rispetta il disposto della legge, perchè *non de legibus ipse judicare debet*. Ma con ciò

viene anche messo in rilievo un altro lato debole del nostro Codice procedurale: quando ne sarà fatta la riforma? E fino a quando ci toccherà ripetere che la nostra *est vox clavans in deserto*?

Prof. Pasquale Tuozi

dell'Univ. di Padova

IL SISTEMA A FALSARIAGA NELLA PRATICA DELLA PROCEDURA PENALE

Se è vero, come fu detto, che il codice penale è il codice per i birbanti e quello di procedura penale il codice per gli onesti, non v'ha dubbio che quest'ultimo ha un valore immensamente più grande del primo, perchè in esso il galantuomo, erroneamente o calunniosamente accusato, deve o dovrebbe trovare, durante la inevitabile e aspra lotta del processo, tutte le garanzie della propria innocenza e della propria libertà.

Ma tale branca di legislazione, così importante e vasta, è, pur troppo, in confronto del diritto penale propriamente detto, non solo poco studiata, ma, nella pratica, addirittura maltrattata da quanti avrebbero il dovere di conoscerla, coltivarla e applicarla.

La ragione è complessa: una causa la troviamo nei difetti del codice stesso, le cui disposizioni, prive quasi sempre di sanzione, costituiscono, per l'avvocato e per il giudice, materia *tailleable et corréable à merci*, e un'altra causa, forse la principale, consiste, senza dubbio, in quel sistema d'applicazione delle norme processuali, che io chiamerei *a falsariaga*.

Oggi l'atto processuale, nella maggior parte dei casi, non si concepisce, non si studia: si copia. Il pensiero resta così cristallizzato nel formulario e ne deriva che tutti gli errori e tutti i difetti dell'originale si ripetono inconsapevolmente e giungono, per forza di consuetudine, ad essere tollerati, quando non arrivano anche ad acquistare un vero diritto di cittadinanza.

Le conseguenze di ciò possono essere gravi, sia perchè si viene così, a poco a poco, snaturando l'indole degli istituti del diritto formale, sia perchè, se tante volte l'inavvertenza o l'aquiescenza, per non dire l'ignoranza, dei patrocinatori e dei giudici, danno l'impunità al vizio, qualche volta avviene che l'eccezione, sollevata a tempo, ferisca in pieno e inaspettatamente l'atto viziato, con pregiudizio non solo delle parti, ma dei supremi interessi della giustizia.

Questo sistema a *falsariga*, che, se è comodo, è tuttavia pericoloso, oltre che indecoroso, ha portato nella pratica, fra gli altri usi, che esamineremo in altri articoli, quello di fondere nel ricorso al presidente del tribunale, la querela della parte lesa che intende procedere, per citazione diretta, nei casi in cui la legge gliene dà facoltà e talvolta querela e ricorso costituiscono perfino un tutt'uno con l'atto di citazione.

Questo pasticcio ibrido, che si imita costantemente, come si faceva dai medicastri d'un tempo con le ricette, fu tollerato anche da qualche sentenza pietosa, il che conferma quanto dicevamo prima, che cioè tale ramo del diritto penale è, pur troppo, nell'applicazione pratica, trascurato oltre ogni credere.

A chi bene osserva, in fatti, non può sfuggire la illegalità rituale di questa forma di procedimento, contraria ai nostri ordinamenti processuali.

Si guardi all'azione penale.

Questa, anche nei casi in cui dipende dall'istanza privata, come da condizione preliminare, non s'intende promossa per il solo fatto della querela, finchè il pubblico ministero, al quale soltanto spetta d'esercitarla, essendone arbitro assoluto, non l'abbia posta in movimento.

Da ciò si rileva il carattere essenzialmente pubblico dell'azione penale, carattere che la legge di procedura s'affretta a proclamare fin dalle sue prime definizioni; e, se più tardi, il legislatore distingue tra reati *d'azione pubblica* e reati *d'azione privata*, ciò fa soltanto per comodità di linguaggio e con espressione impropria, involvente però un errore di concetto e una contraddizione in termini.

La querela non costituisce l'atto iniziale dell'azione penale; essa costituisce la condizione eccezionale del movimento dell'azione stessa, appunto perchè la legge, alla regola generale che proclama necessaria l'azione penale, come conseguenza immediata del delitto, per ragioni diverse, che pur movendo spesso dall'interesse privato, si riferiscono sempre all'interesse sociale, ha contrapposto l'eccezione che, dinanzi a taluni reati, il P. M. rimanga inerte, finchè l'offeso non venga ad eccitare la sua attività.

Ne consegue che, mentre l'azione del P. M. conserva strettamente il suo carattere di pubblicità, anche per i reati non perseguibili *ex officio*, segnatamente in questi casi la querela assume una importanza giuridica di gran lunga maggiore che negli altri, nei quali, quand'anche non sia ritualmente proposta, può sempre valere come semplice denuncia, bastevole per eccitare la persecuzione del pubblico ministero.

Per la qual cosa l'atto giuridico della querela, perchè possa produrre tutti i suoi effetti, nei casi in cui è necessario il privato intervento, dev'essere d'una impeccabile legalità.

Ora, se ogni atto giuridico è legale quando possiede non solo tutti i suoi requisiti di forma e di sostanza, ma pur anche la capacità delle persone che concorrono a dargli vita, s'ha a vedere quali sono, nel caso in esame, le persone capaci a produrre la querela e quali sono le persone capaci a riceverla.

Sulla prima forma di capacità ogni discussione è oziosa, perchè gli articoli 104 e 105, che disciplinano la materia, non possono lasciar adito al dubbio e, sulla seconda forma, ogni dubbio, a nostro avviso, dovrebbe essere bandito dall'ermeneutica degli articoli 98, 104 e 117.

L'articolo 104 indica le autorità ayanti alle quali può portarsi la querela e tali autorità sono precedentemente designate dall'art. 98 nelle persone del procuratore del re e degli ufficiali di polizia giudiziaria.

Queste e non altre sono dunque le persone dalla legge autorizzate a ricevere tanto la querela, quanto la remissione (art. 117) e, come non sarebbe valida quest'ultima se fatta dinanzi a un ufficiale non autorizzato a riceverla, così deve ritenersi irrita e nulla una querela se ricevuta da ufficiali diversi da quelli tassativamente designati dalla legge, nello stesso modo che non potrebbe considerarsi legalmente valido qualsiasi provvedimento che fosse emesso da una autorità incompetente.

Orbene: fra gli ufficiali dei quali parla l'art. 98, non può essere compreso il presidente del tribunale, perchè ad esso il codice di procedura non conferisce mai funzioni di polizia giudiziaria, come invece le conferisce, talvolta, in via eccezionale, al presidente della corte d'assise e alla sezione d'accusa ed è risaputo che... *qui dicit de uno, negat de altero*.

Nè si dica che l'art. 372 risolve la questione in senso contrario al nostro assunto. Anzi tutto, per sostenere ciò, converrebbe dare all'articolo in parola una interpretazione oltremodo estensiva, non essendo in esso detto espressamente, nè implicitamente e neanche risultando per analogico riferimento all'art. 104, che la facoltà di ricevere la querela sia estesa al presidente del tribunale (tanto è vero che di querela ivi non si fa parola); in secondo luogo bisognerebbe confondere insieme due momenti del processo nella legge ben distinti, riferendosi le disposizioni dell'articolo, non già al momento iniziale dell'azione penale, ma a quello, ben diverso, in cui il giudice è chiamato a conoscere della causa, perocchè è fuori di dubbio che anche il decreto di cita-

zione dell'imputato, nel processo italiano, è un vero atto di giurisdizione, al pari dell'atto d'accusa, del dibattimento e del giudizio.

L'art. 372, completando le disposizioni dell'articolo precedente, nel quale sono tracciate le vie, onde le cause son portate alla conoscenza dei tribunali, non fa che prescrivere le regole, secondo le quali la parte lesa può chiedere la citazione diretta dell'imputato e nulla più; e se prescrive che il ricorso deve contenere l'esposizione sommaria dei fatti, si è perchè il presidente ha pur a vedere se il caso rientri nell'orbita di quelli che ammettono l'istanza a termini dell'articolo stesso, ma non già perchè tale esposizione di fatti debba e possa tener luogo della querela.

Nell'ubicazione poi sta la riprova che ci troviamo in un campo distinto, in un momento processuale diverso da quello, in cui si determina l'avviamento dell'azione penale, essendo l'articolo posto nel libro secondo, che si riferisce *al giudizio* e sotto la rubrica del capo primo del titolo secondo, che tratta *dei modi di portare le cause avanti i tribunali e della citazione dell'imputato*.

Dunque non è possibile amalgamare e confondere insieme i due momenti, così distinti per natura e per contingenze giuridiche e che si riferiscono a due istituti essenzialmente diversi, quali la querela e il giudizio. Fra l'uno e l'altro può esservi un intervallo più o meno breve, questo non importa: basta che l'intervallo sia.

Nei procedimenti che richiedono il privato intervento, la produzione della querela al procuratore del re o ad un ufficiale di polizia giudiziaria, segna il punto di partenza. In questo punto o, meglio, in questo momento sta la genesi di due forme di procedimento: quella dell'istruzione formale, che finisce al giudice di cognizione, in seguito al rinvio che ne è fatto per ordinanza e sopra richiesta del pubblico ministero, e quella per citazione diretta, la quale, con o senza preliminari indagini del pubblico ministero o del pretore, che non abbia veste d'istruttore, (perchè la legge volle tenere ben distinte anche le funzioni dell'azione da quelle dell'istruzione) va a finire più o meno immediatamente al giudizio, previo decreto del presidente del tribunale, su ricorso della parte lesa, a termini dell'art. 372.

Promana da tutto ciò, che il ricorso al presidente del tribunale non può tener posto di querela, perchè destinato unicamente a provocare il decreto di citazione e, se pure redatto in forma

di querela, non può questa ritenersi giuridicamente valida, perchè prodotta ad un ufficiale dalla legge non designato a riceverla.

Di conseguenza, ove non si voglia dare alla legge penale una interpretazione estensiva e arbitraria, deve ritenersi nullo il giudizio, che abbia per sola base il ricorso al presidente del tribunale, senza la querela presentata alle autorità indicate dall'art. 104 c. p. p.

Esamineremo in appresso altri usi irrituali introdotti col l'invalse sistema *a falsariga*.

Verona, 15 marzo 1905.

Avv. Dante Casalini

Direttore de "La Ronda Giudiziaria".

LA LEGGE REGOLATRICE DELLE SUCCESSIONI

XVI — La teorica del rinvio, accolta dalla giurisprudenza straniera, caldeggiata da scrittori indiscutibilmente autorevoli, legiferata in qualche legislazione europea, (Svizzera, Ungherese, Germanica), non può dirsi prevalsa ancora decisamente nella dottrina, nè accolta dai nostri Tribunali, mentre è stata combattuta con argomenti che ci sembrano inoppugnabili.

Questa teorica è stata trattata dal Fiore, con la sua nota competenza, in un suo pregevole studio sui conflitti tra le disposizioni legislative di diritto internazionale privato (1).

Argomenta l'illustre scrittore: Le norme di diritto internazionale privato sancite secondo il diritto positivo di ciascuno Stato non possono riguardarsi giuridicamente come vere e proprie regole internazionali, giacchè, per ammetterlo, bisognerebbe supporre che il sovrano, che le abbia sancite, potesse arrogarsi la potestà di dettare la legge al mondo, lo che non si potrebbe ammettere senza conculcare l'indipendenza legislativa delle altre sovranità. (2)

(1) *Giurisprudenza Italiana* 1900, IV, 129-158.

(2) *Ibidem* c. 136

Le regole di diritto internazionale privato sancite da ciascuno Stato formano quindi parte del diritto interno e la loro forza giuridica non può consistere, che nel dare al giudice territoriale le norme sancite dal legislatore circa la legge regolatrice dei rapporti controversi sommessi alla giurisdizione del giudice. (1)

Secondo il Fiore la quistione si deve riassumere attenendosi ai principi circa la competenza legislativa: « Il giudice, al quale appartenga di decidere circa il rapporto in controversia, non può sottrarsi al certo all'imperio del diritto territoriale; val quanto dire ch'egli non può disconoscere la forza obbligatoria delle disposizioni legislative sancite dal legislatore dello Stato. Però quando sia il caso di decidere circa un rapporto giuridico e venga a verificarsi la concorrenza di regole non uniformi, di quella cioè sancita dal legislatore dello Stato del giudice e di quelle sancite da sovrani diversi indipendenti, il giudice non può in massima fare altrimenti che applicare la norma, alla quale appartenga l'autorità di regolare il rapporto in controversia.

Egli non può sottrarsi al certo alla forza imperativa del diritto locale, non pertanto nell'applicarlo deve intenderlo come stabilito in base alla competenza del patrio legislatore e dentro i limiti della competenza stessa. Il giudice non potrebbe infatti ammettere che il patrio legislatore avesse potuto intendere di regolare un rapporto giuridico oltre i limiti della prima competenza legislativa. È per questo che noi dicevamo che, quando vengono in concorrenza regole non uniformi sancite da sovrani diversi indipendenti, la questione dell'autorità della legge e della portata della sua forza obbligatoria deve essere risolta dal giudice fondandosi sul principio della competenza legislativa » (2).

« A che si riduce quindi, li dice, la tanto disputata questione del così detto *rinvio*? A me pare che non sia il caso nè di rinviare nè di non rinviare, ma di riconoscere che la condizione civile di ciascuno ed i diritti privati che ne conseguono, compresi quelli che si riferiscono alla continuazione della personalità mediante la successione, devono essere determinati e regolati a norma della legge che lo Stato a cui egli appartiene ha dato a sè stesso, e che conseguentemente anche quando il legi-

(1) Ibidem c. 136.

(2) C. 136, 137.

slatore di tale Stato abbia designato la legge regolatrice della condizione civile e dei diritti privati dei propri cittadini, quando risiedono in paese straniero, tali norme devono essere reputate come elemento integrante dello statuto personale e devono essere applicate dal giudice investito della causa secondo abbia disposto il legislatore della patria dello straniero, salvo il caso che dal riconoscere l'autorità di tali norme o dal farne l'applicazione nel paese estero derivi offesa all'ordine pubblico o al diritto sociale ».

Dichiariamo di non potere accettare la teorica del Fiore, perchè, come osservò l'illustre Fedozzi, gli si può rispondere facilmente col Buzzati, che le norme di diritto internazionale che un legislatore adotta, hanno funzione, carattere e scopo del tutto differenti da quelli di diritto privato interno, e che il legislatore deve considerare l'individuo come tale e per questo stabilire la norma di diritto internazionale privato e non limitare la competenza propria ai sudditi o ai domiciliati nel suo territorio (1).

Respingiamo pertanto la teorica del rinvio, come quella che viene a sconvolgere la naturale distribuzione di competenza delle varie leggi imperanti in Stati diversi, e ad imporre una competenza straniera che il nostro legislatore non può riconoscere, e che l'interprete ed il magistrato non possono accogliere senza violazione della legge patria. Onde ne viene, anche per ciò, che l'interpretazione che vuolsi da taluni scrittori e da talune Corti dare alla clausola finale dell'articolo 8 delle disposizioni preliminari, va respinta, comechè difforme alla intenzione del legislatore, e contrastante all'armonica compagine delle disposizioni di diritto internazionale privato sancite nel nostro Codice.

XVII — Non tutti i civilisti italiani si sono intrattenuti su questa grave ed importante quistione; alcuni non hanno creduto di imporre qualsiasi limitazione al principio generale sancito nell'articolo 8, oltre quella che scaturisce dall'armonica coesistenza degli articoli 7 e 12, e taluno, come il Borsari, ha osservato: « in realtà il potere dello Stato non si riserva, relativamente agli immobili, eccettochè le funzioni di un cert'ordine che garantiscono la generalità dell'interesse economico, e queste medesime facoltà ritiene anche nelle evenienze dell'articolo 8. Se ne toglie

(1) Fedozzi, *Successioni. Diritto internazionale* n. 37.

siffatte limitazioni, che in verità non sono molte, la trasmissione della proprietà immobiliare è libera quanto ogni altra, e la civiltà progrediente ha fatto rinunciare a quello che si chiamò per tanto tempo *diritto eminente dello Stato sul proprio territorio* in ciò che spetta alla privata proprietà; ora deposto l'orgoglio di questo principio, lo Stato non pone alla libertà altre restrizioni fuor quelle che sono richieste dal bene pubblico (1) »

Mentre il Galdi, (2) senza un argomento proprio, si appiglia all'opinione della Cassazione di Torino, caldeggiata nella ricordata sentenza, il Mattei (3), il Vignali (4) ed il Pacifici Mazzoni (5) ritengono doversi preferire una interpretazione letterale, la quale nella specie non è difforme, ma consona allo spirito della legge. Pertanto, secondo il Vignali, « l'articolo ottavo contiene un precetto legislativo preciso, regolatore delle materie in esso indicate; non contiene nè un esempio, nè un incentivo. Il legislatore quando promulga una legge, non dà nè un esempio, nè incentivo, dà precetti, ne comanda l'esecuzione. Esso non *docet, sed jubet*, e la legge, per quanto possa esser dura, la si deve eseguire. *Per quam durum est, sed ita lex scripta est*, diceva il giureconsulto Ulpiano nella L. 12 Dig. *Qui et a quibus*. Le parole dell'articolo suddetto — le successioni ecc. *sono regolate* importano un precetto (6) »

Parimenti il Pacifici Mazzoni, criticando la nota sentenza della Corte di Cassazione di Torino, riconosce che con la disposizione dell'articolo 8 il legislatore ha voluto disporre una regola da applicarsi obbligatoriamente dalla nostra magistratura e non esprimere un voto o dare l'esempio di un'ardita innovazione (7).

« È appena credibile — scrive l'illustre giureconsulto — e, diceva quasi, è doloroso che in una sentenza di una nostra Corte si debba leggere che il legislatore, sanzionando l'articolo 8 delle disposizioni preliminari, abbia voluto dare un *esempio e forse un*

(1) Borsari, *Comm. del Cod. civ. it.*, vol. I, 63, p. 105.

(2) *Comm. del Cod. civ.*, vol. I, n. 140

(3) *Il Cod. civ. it.*, vol. I, p. 29

(4) *Comm. del C. civ. it.*, vol. I, § 105

(5) *Ist. di diritto civ. it.*, vol. I, part. general. p. 248

(6) Vignali, *Comm. del cod. civ. it.*, vol. I, § 105

(7) Pacifici-Mazzoni, *Ist. di diritto civ. it.*, vol. I, part. gen. p. 248.

incentivo, ma nulla più. No: il nostro legislatore nell'articolo 8 ha voluto dare, ha dato a noi una legge reclamata già dai principi del diritto, una legge che era un *desideratum* della scienza. I Codici sono destinati a racchiuder leggi pel popolo pel quale sono fatti, non a contenere *esempj*, *incentivi* per popoli stranieri. Sì, l'oratore della Commissione disse che il legislatore, adottando per il primo un così liberale e generoso principio, dava un mirabile esempio e forse un incitamento a seguirlo alle altre nazioni. Ma tale riflessione, (chi nol vede?) costituiva uno dei tanti motivi per cui doveva tradursi in legge quel liberale e generoso principio, costituiva quel motivo d'interesse universale, umanitario, che ormai dominar dovrebbe l'intero diritto internazionale: e non mai determinava e fissava il contenuto dell'articolo 8; non mai era intesa a dire che l'articolo 8 non era una legge, sebbene *un esempio, un incentivo* (1) ».

Da canto suo conviene il Bianchi che l'articolo 8 dà una disposizione di carattere generale, senza che s'intendano esclusi gl'*immobili*: «È indifferente che i beni facenti parte dell'eredità siano *mobili* o *immobili*, e che siano posti nel territorio dello Stato o in paese straniero; perchè se sotto questo aspetto possono considerarsi come minori, rispetto agli *immobili*, gl'inconvenienti di seguire le leggi del luogo di situazione dei beni, e più grande l'interesse dello Stato ad applicare queste leggi a preferenza delle straniere, tuttavia si è stimato dover prevalere sopra qualunque altra considerazione l'essere in ogni caso perfettamente conforme a ragione ed alla presumibile volontà della persona di applicare la legge nazionale di essa, e l'essere un tal principio assoluto quello che più liberamente e generosamente favorisce i rapporti internazionali... Nemmanco vi è distinzione a fare tra il caso che la persona della cui eredità si tratta sia cittadina o straniera, nè se sia nel regno o fuori il luogo in cui la successione si è aperta, cioè quello dell'ultimo domicilio del defunto (2) ».

XVIII.—Dopo quanto brevemente si è detto, crediamo potersi affermare:

Che la teoria di Burgundio, d'Argentraé, Rodenburg, Voet,

(1) Pacifici-Mazzoni, *Nota alla sentenza della Cassazione di Torino del 22 dicembre 1870*, Legge 1871, I, 28.

(2) Bianchi, *Corso Elem. di Cod. Civ. it.*, vol. I, 1867, p. 166, p. 267.

Ubero, Erzio, Vattel ed altri valorosi scrittori di diritto internazionale: *quot sut bona diversis territoria obnoxia, totidem patrimonio intelliguntur*, ha fatto il suo tempo ed è respinta dalla dottrina più autorevole e prevalente: (1)

Che, invece, scrittori più recenti ed autorevolissimi si accordano nel ricondurre la teorica agli insegnamenti romani, cioè alla universalità del patrimonio ereditario (2), poichè, come bellamente scrive il Brocher: « Quand une personne meurt, les droits et les obligations, dont l'ensemble formait son état de fortune, lui survivent à peu d'exceptions près. Ce vêtement juridique qu'elle laisse après elle ne perd pas le caractère d'unité qu'elle lui avait communiqué. Bien plus, ce n'est pas là une masse inerte destinée à se dissoudre immédiatement pour se laisser absorber par d'autres principes de vie: une personne abstraite, continuation fictive et partielle du défunt, a revêtu sa dépouille; et, pour ne pas frapper les regards, pour être souvent voilée sous des apparences de pluralité, elle n'en existe pas moins dans son unité originelle sous le nom de succession héréditaire (3) ».

(1) Pradier-Fodère *Traité de droit international public* III, 1776.

(2) Fr. 61, D. *de adq. verum dominio*; XLI, 1; Fr. 1 § 29, D. *depositi vel contra*, XVI, 3, Const. 9. C. *depositi vel contra*, IV, 34; Fr. 31, D. *de hereditib. insist.*, XXVIII, 5; Fr. 13, § 2, D. *ad legem aquilianam*, IX, 2; Fr. 13 § 5, D. *quod vi aut clam*, XLIII, 24; Fr. 6 § 2, D. *pro emptore*, XLI, 4; Fr. 37, D. *de adq. vel amitt. heredit.*, XIX, 2; Fr. 22, D. *de usurp. et usucap.*, XLI, 3; Fr. 30, D. *ex quib. caus. major*, IV, 6; Fr. 34, D. *de judic.*, V, 1; Fr. 2 e 3 *de duob. reis const.*, XLV, 2; Const. 5, *de duob. reis stipul.*, VIII, 40.

(3) Brocher, *Théorie du droit international privé*. Revue du droit international et de législation comparée, 1871.—Sull'unicità della legge regolatrice della successione si accordano infatti i più eminenti giuristi, tra i quali basta tener memoria dei seguenti: Antoine, *Succ. en dr. int.*, p. 65 et ss.; Durand, *Ess. de dr. int.*, p. 137; Arntz, *Cours de dr. civ.*, I, 72; Rougeot de Lioncourt, *Conf. des lois*, p. 290; Asser et Rivier, p. 132 e 136; De Martens, *Traité de droit int.* II, p. 453 et s. Scrive quest'ultimo: « Si l'on s'en tient à la définition donnée par le droit romain, savoir que *haereditas est successio in universum jus, quod defunctus habuit*, il faut considérer chaque succession comme un tout régi par une seule loi. Cet loi doit être celle du pays auquel appartenait le défunt, car les successions font partie du droit concernant la famille, et, par

Che il nostro legislatore, con ardita e lodevolissima iniziativa (1), volle sancire il principio prevalente nella dottrina più opinata, e disporre, in modo positivo, che, in ogni caso, unica deve essere la legge regolatrice del rapporto giuridico delle successioni, e che questa legge deve essere la legge nazionale del *de cuius*:

Che la clausola finale dell'articolo 8 non è affatto da riguardarsi come un *lapsus mentis* del legislatore, ma invece come l'espressione fedele del suo pensiero ed il completamento delle norme di diritto internazionale privato genericamente sancite nel Codice:

Che questa clausola ha tutta l'efficacia di una legge positiva, ed il non volerla applicare è un violare la legge imperante.

Che violò la legge la Cassazione di Torino decidendo che: « *La successione di un cittadino è regolata in ordine ai beni immobili ereditari, non dalla legge nazionale di lui, sibbene da quella del paese in cui si trovano* (2) »; e che: *la successione intestata di italiani ad italiani, ove comprenda beni immobili situati in paese estero, è regolata dalla legge che per avventura rige nel paese estero intorno a tale successione e rispetto a tali beni, e non già dalla legge italiana, cioè dall'art. 8 delle disposizioni preliminari al Codice civile italiano* (3) »: Che a torto la limitò la Cassazione di Palermo, quando disse che: « *La regola dell'art. 8 delle disposizioni preliminari al codice civile si riferisce soltanto al caso di successioni di stranieri delle quali si contenta dinanzi ai tribunali italiani.* (4)

conséquent, elles sont régies par la loi de la famille. Donc quel que soit le lieu où il possédait des biens mobiliers ou immobiliers, sa succession doit être régie, en ce qui concerne l'une e l'autre espèce de biens, par la loi nationale de son pays ». Vedi pure: Wäcter, *Archiv. für civil. Praxis*, XXV, p. 188 et segg.; Bar, *Int. Privatum Straßchult* p. 376 e segg. Foote, *Private Int. Jurisprudence*, p. 155.

(1) Asser, *Revue de droit int. et de législation comparée*, I, 1869, p. 462 — Rocher, *Théorie de droit int. privé*, *Revue de droit int. et de légist. comp.* 1873 — Pradier-Fodéré, *Traité de droit int. public*, III, 1776. Quest'ultimo scrive « Il faut louer l'Italie d'avoir, sans s'inquiéter de la réciprocité, inscrit hardiment le principe progressif, et d'avoir ainsi fourni un exemple aux Etats que se vantent de ne pas rester en arrière sur la route du progrès ».

(2) Legge, 1871, I, 28

(3) *Cass. Torino 17 giugno 1874* - *Giurisp.* 1874, I, 584,

(4) *Cass. Palermo 25 agosto 1894*, *Giurisp.* 1894, I, 901

Concludiamo pertanto col Fedozzi: « Così è che i nostri magistrati devono interpretare l'articolo 8 disposizioni preliminari nel senso di applicare sempre la legge nazionale del defunto, essendo questa secondo le esigenze dei rapporti internazionali sovranamente concepite dal legislatore italiano, l'unica competente fra le varie leggi territoriali a regolare i rapporti di successione; l'applicazione di qualunque altra legge per qualunque motivo renderebbe i nostri magistrati esecutori di concetti giuridici che il legislatore respinse come contrari al diritto internazionale, li renderebbe complici di una violazione a tale diritto così come lo intese e lo volle il nostro legislatore ».

A questo principio di ordine generale, non può apportarsi che una sola limitazione, la quale non va ristretta soltanto al diritto successorio, ma va applicata a tutta la compagine del diritto personale; limitazione sancita dall'articolo 12 delle disposizioni preliminari del Codice civile, che riguarda l'ordine pubblico ed il buon costume.

Avv. A. G. Battaglia

