

ANNO VII. N. 1-2 — MARZO - GIUGNO - 1933. XI.

STVDI VRBINATI

RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE

DIRETTA DA

GIACINTO BOSCO

prof. di diritto internazionale
preside della facoltà di giurisprudenza

CANZIO RICCI

prof. di medicina legale
rettore dell'Università

LUIGI RENZETTI

presid. della R. Accademia Raffaello



S. T. E. U. - VRBINO

IN VRBINO: PRESSO L'VNIVERSITÀ DEGLI STVDI

SOMMARIO

NICOLA JAEGER, <i>Il rifiuto del pignoramento - Contributo allo studio della posizione e dei poteri dell'uscieri come esecutore giudiziario</i>	Pag. 1
RAFFAELE RESTA, <i>Osservazioni su la revoca degli atti amministrativi (continua)</i>	„ 62
LINO SALIS, <i>Sul progetto di un codice italo francese delle obbligazioni e contratti</i>	„ 77

COMITATO DI REDAZIONE

I professori dell'Università di Urbino: Giacinto Bosco, Canzio Ricci, Giuseppe Bettiol, Ugo Brasiello, Mario Casanova, Camillo Giardina, Nicola Jäger, Ugo Mancinelli, Raffaele Resta, Lino Salis, Ugo Tombesi.

COLLABORATORI

Gli ex-professori dell'Università di Urbino: Luigi Abello, Ageo Arcangeli, Alberto Asquini, Guido M. Baldi, Giulio Battaglini, Arnaldo Bertola, Walter Bigiavi, Gian Piero Bognetti, Guido Bonolis, Biagio Brugi, Antonio Butera, Francesco Calasso, Giovanni Cristofolini, Francesco D'Alessio, Menotti De Francesco, Arnaldo De Valles, Agostino Diana, Guido Donatuti, Francesco Ercole, Giuseppe Ermini, Carlo Ferraj, Eugenio Florian, Giuseppe Forchielli, Andrea Guarneri Citati, Carlo Girola, Isidoro La Lumia, Lando Landucci Ruggiero, Luzzatto, Teodosio Marchi, Francesco Messineo, Roberto Montessori, Gaetano Morelli, Umberto Navarrini, Oreste Nigro, Ferruccio Pergolesi, Mario Ricca Barberis, Alfredo Rocco, Arturo Rocco, Lanciotto Rossi, Mario Rotondi, Giovanni Salemi, Francesco Santoro-Passarelli, Guglielmo Sabatini, Roberto Scheggi, Antonio Scialoja, Manfredi Siotto Pintor, Arnaldo Volpicelli, Adolfo Zerboglio.

CONDIZIONI D'ABBONAMENTO

Abbonamento annuo: per il Regno L. 20; per l'Estero L. 25; un numero separato L. 5. Doppio L. 10.

Redazione e Amministrazione: presso l'Università degli Studi di Urbino.

STVDI VRBINATI

ANNO VII .

S.T.E.U. - URBINO

1933 . XI

STVDI VRBINATI

ANNO VII (1933)

SOMMARIO

ARTICOLI:

Num. 1-2.

NICOLA JAEGER, <i>Il rifiuto del pignoramento</i> - Contributo allo studio della posizione e dei poteri dell'usciera come esecutore giudiziario	Pag. 1
RAFFAELE RESTA, <i>Osservazioni su la revoca degli atti amministrativi (continua)</i>	„ 62
LINO SALIS - <i>Sul progetto di un codice italo francese delle obbligazioni e contratti</i>	„ 77

Num. 3-4.

UGO BRASIELLO - <i>Sull'assenza dal giudizio nel processo penale romano</i> „	1
RAFFAELE RESTA - <i>Osservazioni sulla revoca degli atti amministrativi (continuazione)</i>	„ 58
WALTER BIGIAMI - <i>Appunti sul diritto giudiziario (continua)</i> . . .	„ 88
GIUSEPPE BETTIOL - <i>Connessione di reati e procedibilità di ufficio (Nota)</i> „	117

IL RIFIUTO DEL PIGNORAMENTO

CONTRIBUTO ALLO STUDIO DELLA POSIZIONE E DEI POTERI DELL'USCIERE COME ESECUTORE GIUDIZIARIO

SOMMARIO: 1. Premessa. Importanza del tema per la sistemazione e la riforma del processo esecutivo e per lo studio della posizione e dei poteri dell'esecutore giudiziario. — 2. Concetto di pignoramento; rilevanza della sua funzione assicurativa. Programma dell'indagine. — 3. La figura dell'esecutore. Cenni storici. Sistemi legislativi e loro apparente diversità rispetto al principio della c. d. autonomia dell'usciere. Il rapporto fra l'usciere e la parte. — 4. Il controllo dell'usciere sui presupposti del pignoramento. Ammissibilità. Estensione, in rapporto a ciascun requisito (capacità, competenza, volontà, causa e forma) del pignoramento e della domanda del creditore ed alla natura del titolo esecutivo. — 5. Carattere della cognizione dell'usciere e del suo risultato: provvedimento esecutivo ordinatorio, distinto dal provvedimento materiale (pignoramento). Dimostrazione. Categoria dei provvedimenti esecutivi ordinatori e loro caratteri. Il diniego del pignoramento come provvedimento esecutivo ordinatorio (negativo); figure simili. Forma intrinseca, tempo e luogo. Ammissibilità di più provvedimenti successivi. — 6. L'obbligo dell'usciere. Possibile sua condotta in seguito alla domanda del creditore: inerzia, diniego semplice, diniego motivato, esecuzione del pignoramento, astensione dal pignoramento ordinato. Sanzioni penali, disciplinari, civili e limiti della loro efficacia. Obbligo di provvedere sulla domanda e di motivare l'eventuale diniego. Prime osservazioni sulla c. d. autonomia dell'usciere. — 7. Ricerca dei rimedi contro il diniego del pignoramento. Opinioni del Chiovenda e del Carnelutti; critica. Limitato campo di applicazione delle sanzioni e loro irrilevanza per il problema. Necessità di costruire gli eventuali rimedi come gravami esecutivi. Disciplina dei gravami nelle legislazioni straniere. — 8. Ancora sul concetto dell'autonomia dell'usciere. Ripartizione di mansioni fra l'usciere e il pretore rispetto al pignoramento; principio regolatore. Distinzione da altre concezioni sul rapporto fra l'usciere e il giudice. Carattere della funzione dell'ufficiale giudiziario. — 9. Ammissibilità del gravame contro i provvedimenti dell'usciere e competenza del pretore come organo di gravame. Argomenti per la costruzione del principio generale: le difficoltà

di esecuzione, il provvedimento in caso di desistenza dal pignoramento e la sua impugnabilità dinanzi al pretore. Carattere di opposizione esecutiva del gravame. — 10. Struttura del processo di gravame. Forma libera. Onere del gravame. Non necessità del contraddittorio. Inesistenza di ulteriori gravami. Efficacia del provvedimento di gravame. — 11. Conclusioni sulla disciplina del pignoramento e sui poteri degli organi di esecuzione nel diritto vigente. — 12. Proposte di riforma; critiche e rilievi.

1. — Avendo posto mano da tempo a delle ricerche sul pignoramento, delle quali spero di poter fra non molto rendere conto completo (1), ho dovuto soffermarmi su di un argomento che, rimasto quasi inosservato da parte della dottrina (2), è tuttavia indubbia-

(1) Alcuni dei risultati cui sono pervenuto si trovano già esposti in una nota a sentenza: *Difficoltà di esecuzione e provvedimenti esecutivi ordinatori*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, II, 59-83, che rappresenta il primo saggio di tali indagini e contiene alcuni spunti destinati ad avere più ampio svolgimento nel presente lavoro; l'esame della portata della norma dell'art. 572 cod. proc. civ. e la difficoltà - avvertita dai più acuti studiosi, ma non pienamente superata - di inquadrare il processo ivi previsto nel sistema del processo di esecuzione mi hanno condotto a vedervi la espressione di un principio generale, che mi pare fondamentale per la costruzione del nostro processo esecutivo, e di cui le pagine seguenti vorrebbero presentare alcune significative applicazioni.

(2) Questo silenzio della maggior parte degli autori, non senza peraltro che i migliori fra questi abbiano sentito il problema e suggerito soluzioni che avremo occasione di esaminare, può spiegarsi agevolmente constatando come la legge non abbia regolato espressamente l'argomento. Ne tacciono di conseguenza gli esegeti del codice; mentre gli studiosi sistematici ne hanno avvertita l'importanza, ma hanno potuto considerare il problema solo incidentalmente e quindi di sfuggita.

In pratica il problema si presenta, se non frequentemente, per lo meno assai più spesso di quel che non si supponga. Anche a me ne è occorso qualche caso, che riferirò al momento opportuno, nella mia pratica professionale, sia come legale del creditore sia del debitore. Ad ogni modo, prima di stendere queste riflessioni ho voluto interrogare diversi ufficiali giudiziari sulle loro esperienze in argomento; ed ho potuto così avere notizia di un numero e di una varietà di casi veramente insospettati da chi credesse che la vita del diritto si trovi tutta documentata nelle raccolte di giurisprudenza. Il vero è che assai spesso le parti che si trovano di fronte a qualche questione che credono nuova si accontentano di una soluzione alla buona purchessia; nè agli avvocati salta in mente che le vie possibili per risolvere un caso dubbio si possano trovare altrove che nei commentari e nei massimari. E non hanno nemmeno tutti i torti, perchè qualche volta anche i giudici pensano nello stesso modo.

mente uno dei più interessanti della teoria del processo di esecuzione: l'argomento del potere dell'ufficio esecutivo di rifiutare il pignoramento e dei possibili rimedi contro tale rifiuto. Ritengo opportuno esporre quei risultati delle mie indagini che si prestano ad essere resi noti indipendentemente dalle altre ricerche, confidando che essi possano riuscire non inutili ai fini della sistemazione del processo esecutivo (3) e, nello stesso tempo, anche ai fini della riforma di esso (4).

Mi occupo qui esclusivamente del rifiuto del pignoramento nella esecuzione per espropriazione su beni mobili, particolarmente presso il debitore: ma ho creduto talvolta necessario fare richiamo alle situazioni analoghe che si possono presentare nel processo di espropriazione di immobili e perfino nel processo esecutivo concorsuale, avendo dovuto convincermi che, l'identità di natura e di funzione (5) esi-

(3) Un lato assai interessante di questa sistemazione riflette i rapporti che corrono tra i diversi organi del processo esecutivo e l'estensione rispettiva dei loro poteri. L'argomento qui studiato ci costringerà ad affrontare diversi problemi, sinora poco o punto trattati (v. oltre nel testo), sulla *posizione* e sui *poteri* dell'usciera come *esecutore giudiziario*, la cui importanza fu da tempo rilevata, p. es. dal DIANA, *Le funzioni del presidente nel processo civile*, Milano 1910, pag. 11.

(4) Molte sono le critiche rivolte al nostro legislatore per l'ordinamento adottato per il processo civile e specialmente per il processo di esecuzione. Si è rilevato e censurato soprattutto il difetto di un sistema, a cui si deve se ogni istituto è regolato quasi fosse completamente indipendente dagli altri. D'altra parte, però, non era giusto criticare l'assenza di un sistema ancor prima di averlo cercato; ed ognuno sa per quanto tempo il processo esecutivo italiano ha atteso chi lo studiasse compiutamente. Le ottime monografie che vanta la nostra letteratura sul processo esecutivo, da quelle del MENESTRINA e del DE PALO a quelle dello ZANZUCCHI e, più recentemente, del LIEBMAN, pur contenendo frequenti richiami alla teoria generale dell'esecuzione, non intendevano e non potevano intendere, a trovare e a descrivere un sistema generale del processo di esecuzione informatore del nostro diritto *positivo*. Anche i contributi finissimi del CHIOVENDA non esauriscono certamente il quadro generale. La trattazione del CARNELUTTI è stata la prima completa; quella che, come tale, consente ed esige insieme ulteriori ricerche particolari, sui singoli punti più significativi, a sviluppo ed a controllo di essa. Per la migliore applicazione del diritto vigente e per la più cosciente preparazione di quello futuro lo studio accurato dei diversi istituti, che tenga conto delle esigenze della pratica senza omettere peraltro il costante riferimento alle teorie generali, sembra rappresentare ora il contributo più urgente.

(5) Mi pare superfluo estendermi a chiarire le ragioni per cui considero anch'io il fallimento come un procedimento (prevalentemente) esecutivo, aderendo

gendo un regolamento strutturale fondamentalmente analogo, una indagine per qualche riflesso unitaria sarebbe stata più proficua. Del resto, quello che più mi premeva di raggiungere era di inquadrare l'argomento studiato nella teoria dell'esecuzione, colmando, se possibile, quello che a me e ad altri era sembrato uno spazio vuoto di essa; a questo risultato non avrei potuto nemmeno aspirare se avessi omesso quei richiami.

L'indole di questi studi, il loro fine, che vorrebbe essere essenzialmente critico e ricostruttivo e non espositivo, la cerchia ristretta e scelta dei lettori a cui sono dedicati, varranno, spero, a giustificare la forma schematica e un po' arida, la sobrietà dei cenni su argomenti già noti e la preferenza riservata ai lati meno osservati finora del problema.

2. — Premessa necessaria delle ricerche qui esposte potrebbe sembrare a taluno un'ampia disamina della natura e degli effetti del pignoramento. Pur pensando che vi sia ancora qualche osservazione da fare in argomento, nonostante le discussioni cui esso ha dato luogo, io non credo indispensabile, anzi nemmeno utile, diffondermici qui. Ai fini del mio problema posso accontentarmi della nozione più comune del pignoramento, riservandone la revisione ad altro momento.

Mi preme peraltro affermare la innegabile, seppur non esclusiva,

all'opinione oggi largamente diffusa. Cfr. WACH, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, Leipzig 1885, p. 16 e 49-50, nota 1; MENESTRINA, *L'accessione nell'esecuzione*, Vienna 1901, p. 207; SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2^a ediz., Leipzig 1910, p. 167, 919; HELLMANN, *Lehrbuch des deutschen Konkursrechts*, 1907, p. 383-384; SEUFFERT, *Deutsches Konkursprozessrecht*, Leipzig, 1899, p. 3; JAEGER E., *Komm.*, II, al § 71, p. 2; CHIOVENDA, *Principi di dir. proc. civ.*, p. 246; DIANA, *L'apertura del fallimento sulla dichiarazione del commerciante*, in *Studi Senesi*, XXX, 1915, p. 202; CARNELUTTI, *Lezioni di dir. proc. civ.*, V, n. 409; LIEBMAN, *La contestazione dei crediti nel fallimento*, in *Studi per Vivante* e in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, I, 210, e *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, Roma 1931, n. 112, p. 190-191; INVREA, *Natura giuridica della sentenza che dichiara il fallimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 534; CRISTOFOLINI, *La dichiarazione del proprio dissesto nel processo di fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, p. 331; BRUNETTI A., *Diritto fallimentare italiano*, Roma 1932, prefazione e *passim*.

funzione assicurativa del pignoramento (6), dovendone trarre deduzioni di qualche rilievo; e precisare poi che - mentre di solito si comprendono sotto il termine di pignoramento più momenti della attività di esecuzione - si intende qui riservare tale nome ad un solo momento, e precisamente a quello in cui taluni beni determinati vengono individuati come oggetto (mediato) dell'esecuzione, operan-

(6) Essa è stata messa in particolare rilievo dallo ZANZUCCHI, *Le domande in separazione nell'esecuzione forzata e la rivendicazione fallimentare*, Milano 1916, p. 89, secondo il quale il pignoramento (sequestro esecutivo) partecipa degli atti cautelari e assicurativi, con particolari caratteri in quanto si trova applicato nel processo di esecuzione forzata; non è una misura esecutiva, ma un atto preparatorio e preliminare a misure esecutive.

A prescindere da quest'ultima affermazione, che è fatta in relazione ad un concetto di atto esecutivo meno ampio di quello comune, e riconosciuta la connessione finale del pignoramento con la esecuzione (riconoscimento contenuto del resto nella stessa denominazione di *sequestro esecutivo*), la funzione assicurativa di quell'atto è più o meno concordemente riconosciuta dagli scrittori posteriori (v. per tutti CARNELUTTI, *Lezioni*, VI, pp. 75-76, 79-80). Una adesione di particolare valore è quella del ROCCO ALFREDO, *Il fallimento, teoria generale ed origine storica*, Torino, 1917, p. 62-63 (e già in *Riv. dir. comm.*, 1912, I, p. 836: *Natura giuridica dell'espropriazione forzata*), il quale dà un'ampia ed esauriente dimostrazione di quella funzione, seppur ponendola in relazione (ma il rapporto non mi sembra necessario, e per ciò ritengo tanto più significativa l'adesione) con quella concezione della esecuzione forzata per crediti come realizzazione di un substrato reale del diritto di obbligazione (diritto generale di pegno sui beni del debitore), di cui egli è strenuo assertore. Tale concezione, ripresa in un certo senso dall'INVREA in due recenti scritti (*Il torto e l'azione*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, I, 154 ss.; *Natura giuridica ecc. cit.*) ha trovato scarso seguito nella dottrina (stato della questione in ENNECERUS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts; Recht der Schuldverhältnisse*, 1922, II, 6; cfr. le critiche del CHIOVENDA, *Sulla natura dell'espropriazione forzata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 91 e in *Saggi di dir. proc. civ.*, Roma 1931, II, 466, che addita i precedenti della tesi in KOHLER, *Prozessrechtliche [Pfandrechtliche] Forschungen*, Jena 1882, p. 59 ss., e del CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi per Chiovenda*, Padova 1926, n. 38, p. 312). Senza indugiare sulle critiche ad essa dirette, sembra peraltro da notare che hanno torto a rifiutarla coloro, privatisti per lo più, ormai, che non hanno compreso il carattere e il significato prettamente processuali degli istituti del pegno e dell'ipoteca, dimostrati dal CARNELUTTI, *Lezioni*, V, n. 586, ma intuiti ed affermati già dal REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, Milano 1911, n. 131, p. 226 (testo e nota 209), in quanto la tesi del Rocco non è, a mio avviso, se non una estensione coerente e logica a tutti i crediti di principi accolti pacificamente per i crediti pignoratizi e ipotecari dall'opinione comune, che vede nel pegno e nell'ipoteca dei diritti reali.

dosi, rispetto ad essi, una modificazione di rapporti giuridici materiali (7).

Il *pignoramento* è l'atto giuridico, in virtù del quale tutto ciò avviene: atto che si rinviene necessariamente in ogni forma o tipo di processo per espropriazione ed ha carattere di *provvedimento esecutivo, materiale*, perchè non è diretto ad ordinare, determinare o regolare atti ulteriori del processo esecutivo, ma a produrre certe modificazioni nella situazione giuridica del debitore, limitandone la facoltà di disporre dei beni assunti ad oggetto mediato della esecuzione (8).

Comunque è, come dicevo, particolarmente significativa l'insistenza con cui il Rocco accentua la funzione assicurativa del pignoramento, nel quale anch'egli vede una forma di *sequestro*, giustificato dallo "stato di pendenza o incertezza circa la sua definitiva condizione giuridica, in cui viene a trovarsi la cosa, del cui valore si inizia la realizzazione. Tale infatti - egli continua - è l'essenza del sequestro, considerato come figura generale, comprendente in sè il sequestro volontario e giudiziale, il conservativo e il giudiziario *stricto sensu*„ (*Op. e loco cit.*).

(7) Questa modificazione consiste essenzialmente, come è noto, in una *perdita della disponibilità* (del potere di disporre, con atti di esercizio del diritto) del bene pignorato da parte dell'escusso: non mai nella perdita della proprietà. Eventualmente anche nella *perdita della detenzione* (con il potere di esercitare le semplici facoltà in cui consiste il godimento), quando il bene venga depositato giudizialmente; nel qual caso al mutamento dello stato di diritto si unisce anche un *mutamento dello stato di fatto* (chiara ed incisiva esposizione di questi effetti in ZANZUCCHI, *Op. cit.*, pag. 229; più ampiamente, ora, in CARNELUTTI, *Lezioni*, VI, n. 660 ss.).

(8) Debbo presumere nota la distinzione dei *provvedimenti esecutivi* in *materiali* e *processuali* proposta dal CARNELUTTI, *Lezioni*, V, n. 485. A tale distinzione io attribuisco un valore veramente notevole ai fini della sistemazione del processo esecutivo, considerandola come la chiave per risolvere numerosi ed intricati problemi. Soltanto, per una ragione di semplicità terminologica, preferisco dire *provvedimenti esecutivi ordinatori* anzichè processuali, dato che qui processuali vorrebbe dire meramente processuali, in contrapposizione ai materiali (che sono processuali anch'essi, seppure dotati di efficacia materiale). Il termine di *ordinatori*, corrispondente a quello di *istruttori* nel processo di cognizione, esprime chiaramente come tali provvedimenti siano diretti a disporre ed a regolare altri provvedimenti, e in genere altri atti di esecuzione, forniti di efficacia materiale (cfr. il cit. scr. *Difficoltà di esecuzione e provvedimenti esecutivi ordinatori*, n. 5, p. 70-71).

Condizione necessaria per trarre dalla distinzione tutti i frutti possibili mi sembra quella di sceverare severamente l'efficacia materiale e quella meramente processuale (ordinatoria) di ogni provvedimento esecutivo; anche quando a prima

Qualunque altro atto che, pur presupposto dal pignoramento, pur diretto a promuoverne, a consentirne, ad agevolarne l'effettuazione, non produca di per sè la modificazione descritta di rapporti giuridici materiali, sta al di fuori del nostro concetto di pignoramento. Di conseguenza, questo si ha esclusivamente: nel processo di espropriazione di beni mobili presso il debitore con la descrizione e valutazione sommaria dei beni (art. 597 cod. proc. civ.) e con il deposito in cancelleria (art. 604, secondo comma, c. p. c.) o con l'affidamento al custode (art. 599 c. p. c.) dei medesimi; nella espropriazione su beni mobili presso terzi o su somme dovute da terzi al debitore con la notificazione al terzo della ingiunzione da parte dell'ufficiale giudiziario (art. 611 c. p. c.); nella espropriazione su beni immobili con la trascrizione del precetto (art. 2085 cod. civ.); nella esecuzione concorsuale con l'apposizione dei sigilli (art. 733 cod. comm.) (9).

vista si crederebbe di aver di fronte un solo provvedimento, può essere necessario distinguere, al di sotto della unità formale, la presenza di più provvedimenti di diversa efficacia e quindi di differente carattere.

(9) L'identificazione di questi momenti è più o meno concorde per i primi tre tipi di processo di espropriazione (cfr. per la trascrizione del precetto immobiliare BONELLI, *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, in *Riv. it. per le sc. giur.*, VII (1889), p. 4; ROCCO, *Op. cit.*, p. 62 e 64; CARNELUTTI, *Lezioni*, VI, n. 632 e 638 e ss.). Meno facilmente invece può incontrare consenso la tesi (accennata del resto già dallo ZANZUCCHI) che nel processo esecutivo di concorso tale momento debba vedersi nella apposizione dei sigilli. Eppure essa non è che una conseguenza della definizione del pignoramento accolta comunemente, e precisata nel testo, in ordine alla quale non si ha pignoramento senza una determinazione specifica che individui singolarmente i beni (le parole sono del ROCCO, *Op. e loco cit.*; conf. del resto anche CARNELUTTI, *Lezioni*, VI, n. 634, p. 123), o quanto meno, cioè quand'anche difetti la individuazione immediata, senza la perdita della loro detenzione da parte del debitore.

Non ignoro che gli autori (v. per tutti BONELLI, *Del fallimento*, 2^a ediz., Milano 1923, *sub* art. 699) attribuiscono alla sola pronuncia della sentenza dichiarativa, nemmeno alla sua pubblicazione e tanto meno alla notificazione (*ivi*, n. 214, p. 382) il caratteristico effetto dello *spossessamento*, che più o meno riavvicinano al pignoramento del processo esecutivo singolare. Che dalla sentenza dichiarativa procedano anche degli effetti materiali (basterebbe l'incapacità conseguente del fallito) non intendo certamente negare; sì che, a proposito delle recenti discussioni sulla sua natura (bibliografia nel mio cit. scr., pag. 70, nota 3), io la considero come *provvedimento esecutivo complesso* (che consta di più *provvedimenti esecutivi, materiali e ordinatori*). Ma l'effetto tipico del pignoramento, secondo la defini-

Ciò premesso, il problema del rifiuto del pignoramento, che appunto nel processo di espropriazione mobiliare presenta il maggiore interesse, si pone nei seguenti termini ed impone la risoluzione dei seguenti quesiti: *se e quando sia ammissibile che venga rifiutato il compimento di un pignoramento richiesto; in quale forma simile rifiuto possa o debba avvenire; quali siano le conseguenze giuridiche del rifiuto, a seconda delle circostanze, e in particolare quali eventuali rimedi siano offerti dall'ordine giuridico alla parte interessata che affermi illegittimo il rifiuto; quali, infine, le conclusioni da accogliere circa la posizione e i poteri dell'organo del pignoramento e i suggerimenti che possono trarsene per un miglior regolamento legislativo del processo di esecuzione.*

Prima di affrontare direttamente le questioni accennate sembra opportuno dedicare alcune considerazioni alla figura degli organi del pignoramento ed al diverso contegno che essi possono assumere rispetto alla domanda ad essi rivolta dal creditore.

3. — L'organo al quale il diritto italiano commette il potere di compiere il pignoramento sui beni mobili nel processo di esecuzione singolare è l'*ufficiale giudiziario* o *usciera*, come, più brevemente, si continua a dire. Le mansioni di questo organo, importantissime tanto nel campo della esecuzione quanto anche in quello del processo di cognizione, non sono state - a mio avviso - ancora tutte studiate a fondo; ma soprattutto non è stato approfondito, nè dalla dottrina italiana nè da quella straniera (10), lo studio dei rap-

zione accolta, si verifica solamente quando, con l'apposizione dei sigilli, la indisponibilità dei beni è efficacemente garantita (anche con sanzioni penali: art. 349 cod. pen.; cfr. con l'art. 334); quando i beni, oggetto mediato dell'esecuzione, vengono ad essere sia pure indirettamente (con riguardo alla loro collocazione nello spazio) determinati; quando, cioè, non si ha soltanto perdita del potere di disporre *a parte subiecti*, nel debitore, ma anche perdita di attitudine ad essere di fatto oggetto di disposizione (nel bene, oggetto del pignoramento). Il pignoramento si fa sui beni (*cose pignorate*) e, sotto questo profilo, seppur soltanto sotto questo, la sentenza dichiarativa è un provvedimento esecutivo ordinatorio, che ordina appunto, fra l'altro, il pignoramento dei beni del fallito.

(10) Neppure dalla dottrina tedesca, la quale ha pure, nella trattazione dell'*HELLWIG, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1907, II, §§ 83-84, la più ampia esposizione dei problemi concernenti la figura del *Gerichtsvollzieher*. Egli si diffonde invero magistralmente sul tema dei rapporti fra l'usciera e le parti

porti fra l'ufficiale giudiziario e il giudice. La necessità di raggiungere nozioni meno vaghe ed imprecise si avvertirà più volte nel corso del presente lavoro, che del resto non vuole essere più che un contributo a quello studio. In particolare si sentirà il bisogno di vedere con qualche senso critico quale sia il valore di quel principio della *autonomia dell'usciera*, che, inteso come di solito lo si intende, non significa nulla o quasi nulla, mentre se fosse interpretato alla lettera importerebbe un ben singolare disordine nella struttura del processo.

È probabile che molte delle incertezze che la dottrina e la giurisprudenza presentano in materia siano dovute alla imprecisione di quel principio e più ancora al fatto che, inconsciamente, ci si lascia dominare da concezioni ormai sorpassate - nella specie, in particolare a proposito dei rapporti fra l'usciera e la parte - dimenticando in sede di applicazione i principi accolti al momento della esposizione generale. È vero peraltro che talvolta gli effetti di questi *residui* si notano anzitutto nelle disposizioni della legge, alle cui espressioni letterali molta parte della dottrina si è troppo spesso uniformata; e del resto quei residui non possono meravigliare chi tenga presente la derivazione del nostro codice da quello francese e le trasformazioni, sempre graduali e talvolta inavvertite, subite dal concetto e dalla posizione dell'usciera nel progresso storico delle diverse legislazioni.

È nozione comune che il diritto italiano e il diritto tedesco hanno desunto dal sistema francese la figura dell'ufficiale o esecutore giudiziario (*Gerichtsvollzieher*), fornito, appunto come il francese *huissier*, di una certa sfera di indipendenza rispetto al tribunale di

(§ 84, III, p. 105 e ss.), mentre ciò che osserva su quello dei rapporti fra l'usciera e il giudice (*ivi*, II, p. 104) si riduce a poco più di una parafrasi del § 766 ZPO. Vi rileggiamo l'affermazione del principio dell'autonomia (*eine selbständige Stellung*), corretta peraltro dalla immediatamente successiva osservazione che *ist er dem Gerichte untergeordnet*; finchè la posizione del tribunale esecutivo rispetto all'usciera viene definita nel modo seguente; "*Das Vollstreckungsgericht steht also über dem Gerichtsvollzieher, aber nicht nur in der Art, wie die untere Instanz unter der höheren steht, sondern so, dass die volle Vollstreckungsgewalt in der Hand des Vollstreckungsgerichts liegt* ... La quale formula (riferita più ampiamente oltre, alla nota 85) avrebbe bisogno, per non essere fraintesa pericolosamente, di più di un chiarimento.

esecuzione; laddove il diritto austriaco, serbatosi innegabilmente più fedele alle tradizioni (11), affida, al pari di altre legislazio-

(11) Nel diritto romano giustiniano, tramontate ormai da tempo le primitive forme di esecuzione privata (su cui v. lucidamente SCIALOJA, *Esercizio e difesa dei diritti. Procedura civile romana*, Roma 1894, p. 72 ss.), l'esecuzione, compresa l'effettuazione della *pignoris capio*, era demandata al pretore, il quale si serviva di appositi *apparitores* o *executores* (sui quali MOMMSEN, *De apparitoribus magistratuum romanorum*, in *Rhein. Museum für Phil.*, Nuova serie, VI, 1, cit. da BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, Bonn 1864-74, II, p. 140 e da WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925, p. 55. Sul particolare carattere ufficiale del procedimento cfr. FLEISCHMANN, *Das pignus in causa iudicati captum*, Breslau 1896, p. 7 e p. 21 e ss.; L. 2 C. si in causa iud., 8, 22 (23), cit. da WINDSCHEID, *Pandette*, I, § 233, 1. Sulla irresponsabilità dell'*executor* e del creditore rispetto al compratore evitto, da cui si arguisce che l'esecuzione non avveniva per autorità del creditore, vedi la convincente dimostrazione del GUARNERICI, *Gli effetti della evizione nei rapporti fra l'aggiudicatario e i creditori*, in *Riv. dir. civ.*, XII, 1920, p. 317 ss.).

Negli antichi diritti germanici, con un processo evolutivo analogo, dalla esecuzione completamente privata (su cui v. NAEGELI, *Germanische Selbstpfändungsrecht in hist. Entwicklung*, 1876; per la legislazione ecclesiastica SALVIOLI, *Le giurisdizioni speciali nella storia del diritto italiano*, 1884, 173-174) si passa al pignoramento privato preceduto dalla autorizzazione del giudice (*Lex Baiuvariorum*, 13,1; "pignerare nemini liceat, nisi per iussionem iudicis"; *Lex Burgund.*, 19; *Lex Visig.*, V, 6, 1; *Lex salica*, 52, 2; *Leges Henrici*, 51, 3; raccolte e citate da LIEBMAN, *Opp. di merito cit.*, p. 30, nota 1: sulla legge salica v. anche SOHM, *Prozess der lex Salica*, Weimar 1867, e SALVIOLI, *St. della proc. civ. e crim.*, Milano 1925, I, p. 216), o quanto meno controllato dal giudice invocato dalla parte (v. AMIRA, *Das altnorw. Vollstreckungsverfahren*, München 1874, p. 241 ss., cit. dal Menestrina e dal Liebman; WACH, *Der Arrestprozess in seiner gesch. Entwicklung*, Leipzig 1868, p. 37; notizie e buone osservazioni anche in GALLI, *Il sistema della giurisdizione esecutiva*, in *Arch. giur.*, 1909, p. 62 ss); poi al pignoramento effettuato da un ufficiale pubblico per ordine del giudice (il conte; *Lex Salica* 50, 3; v. LIEBMAN *Op. cit.*, p. 33, nota 2, e SALVIOLI, *Op. cit.*, I, cap. VI; lo sculdascio [giudice inferiore, con poteri anche militari e di polizia] nel diritto longobardo: v. SOLMI, *St. del dir. it.*, Milano 1930, § 38, p. 213; nel senso che già in tempi più remoti e anche per l'Editto longobardo il pignoramento dovesse essere chiesto al giudice FERRARI G., *L'esecuzione forzata gotica e longobarda*, in *Studi Senesi*, XXXVI, 1923, p. 3 ss.; una fine analisi delle ragioni dello sviluppo della direzione ufficiale del processo esecutivo in MENESTRINA, *Accessione cit.*, p. 87).

Anche per la legislazione statutaria, ove abbondano le disposizioni sui *nuntii*, gli *apparitores*, i *cursores*, questi agiscono costantemente per ordine del giudice (SALVIOLI, *Op. cit.*, I, p. 175); e dovunque si nota una forte reazione, che trionfa

ni (12), la direzione del processo esecutivo ai tribunali di esecuzione (*Executionsgerichte*: § 17 E. O. 27 maggio 1896), i quali si servono, nella esecuzione su cose mobili, di propri subordinati organi esecutivi (*Vollstreckungsorgane*): ufficiali di esecuzione (*Vollstreckungsbeamte*) o funzionari di cancelleria e inservienti giudiziari (*Gerichtsdienner*) (§ 24 E. O.).

A prescindere dal sistema dell'esecuzione privata, di valore prevalentemente storico, gli autori sogliono quindi distinguere due diversi sistemi di esecuzione ufficiale: quello in cui il pignoramento viene effettuato dal tribunale di esecuzione, attraverso l'opera di organi subordinati (sistema austriaco), e quello in cui il pignoramento sarebbe compiuto invece per volontà immediata della parte dall'esecutore pubblico (sistema francese) (13).

Secondo una parte notevole, ed anche autorevole, della dottrina tedesca, nei paesi che hanno accolto il secondo sistema l'esecutore giudiziario agirebbe come rappresentante del creditore, al quale do-

però solo dopo lunghe lotte, contro l'esecuzione non compiuta o diretta dal giudice (v. specialmente *Stat. Pisa*, ediz. BONAINI, I, p. 25, e gli altri citati da SALVIOLI, *Op. cit.* II, parte II, cap. XIV, §§ 1 e 5; da LATTES, *Il diritto consuetudinario delle città lombarde*, Milano 1899, pp. 118-119; da SELLA, *Il procedimento civile nella legislazione statutaria italiana*, Milano 1927, pp. 177-178; per Venezia v. BESTA, *Statuti civ. di Venezia*, pp. 29-30, e *Il diritto di Venezia*, p. 121 ss; per la Savoia, ove il pignoramento privato durò assai a lungo, per l'influenza ivi sentita delle leggi longobarde e burgunde, v. NANI, *Statuti di Pietro II di Savoia* 1263-1268, in *Memorie R. Accad. di Sc. di Torino*, 1881, p. 92 ss; *Studi di diritto longobardo*, 1890, II, p. 167, n. 1).

(12) Nella Spagna, ad es., il creditore deve presentare la domanda di esecuzione al giudice, a cui spetta ordinare l'esecuzione dandone l'incarico all'uscieri (*Ley de Enjuiciamiento civil*, art. 1440-1442). Nella Svizzera la *Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento* dell'11 aprile 1889 (ediz. uff. italiana aggiornata al 1° febbraio 1931) affida l'esecuzione ad un ufficio istituito in ogni circondario di esecuzione, diretto da un *ufficiale esecutore* (art. 2) e controllato da una speciale *autorità di vigilanza* (art. 13) e, in definitiva, dal Tribunale federale (art. 15, testo modificato). Questi uffici di esecuzione partecipano insieme del carattere e delle funzioni che nelle altre legislazioni si trovano ripartiti fra giudici e uscieri.

(13) V. per tutti SCHMIDT, *Op. cit.*, § 34, p. 198. Credo opportuno avvertire fin da ora che, a mio avviso, questa contrapposizione si suol fare in termini troppo recisi, dovuti appunto allo scarso approfondimento del tema dei rapporti - nelle legislazioni dette a tipo francese - fra l'ufficiale giudiziario e il giudice.

vrebbe ritenersi legato da un rapporto di diritto privato (di locazione d'opera o di mandato) (14).

(14) Questa concezione, indubbiamente rafforzata dal fatto che la ZPO tedesca ripetutamente parla di incarico (*Auftrag*) dato dal creditore all'esecutore (§ § 753, 754), ha avuto dapprima un largo seguito. Già secondo il WINDSCHEID, *Pandette*, § 233, vol. I, pag. 836 della ediz. italiana, il pignoramento ha luogo per opera dell'esecutore giudiziario "in base a mandato del creditore". A tale opinione hanno aderito in dottrina: SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung*, Freiburg - Tübingen 1883, pagg. 69-71; WACH, *Handbuch* cit., p. 322-323, n. 28, e, più ampiamente, in *Vorträge über die Reichszivilprozessordnung*, 2^a ediz., Bonn 1896, p. 330; FALKMANN, *Die Zwangsvollstreckung mit Ausschluss der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen*, Berlin 1888, p. 284 ss.; RICHTER, *Das achte Buch der ZPO: die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen*, Düsseldorf 1889, p. 86; WELCK, *Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers*, in *Beiträge di Gruchot*, XXXVI (1892), p. 497 ss.; DERNBURG, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, Halle 1897, II, § 298, n. 28; ROTTMANN, *Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers*, 1900, p. 27 ss.; nonchè quasi tutti i commentari (v. specialmente GAUPP-STEIN, sul § 753 della ZPO, anche per la giurisprudenza). Fra i più recenti STEIN JUNCKER, *Grundriss*, p. 92.

La tesi ebbe grande successo in Germania soprattutto per l'autorità del WACH e per una decisione del *Reichsgericht*, 10 giugno 1886 (Racc. XVI, 396), che fece molta impressione e che si trova citata da quasi tutti gli autori (ora anche la giurisprudenza è mutata; vedi appresso).

In Italia invece questa opinione non ebbe seguito. Si è citato da taluno (Rocco) fra i suoi sostenitori il MENESTRINA, *Accessione*, cit., p. 42, nota, ma - a mio avviso - inesattamente, perchè una lettura attenta delle parole di questi convince che egli non ha inteso fare altro che riferire lo stato della dottrina allora dominante, senza però aderirvi esplicitamente. Tutti gli altri autori hanno sollecitamente combattuto quei concetti. Così CHIOVENDA, *Principi*, 2^a ediz., pag. 366-367 (3^a ediz., § 21, IV, pag. 452-453); DIANA, *Le funzioni del presidente*, cit., p. 10, nota; ROCCO ALFR., *Fallimento* cit., p. 66, nota 1.

Anche in Germania, del resto, la stessa dottrina ha trovato sempre più vive opposizioni. Cfr. BUNSEN, *Die Lehre von der Zwangsvollstreckung, auf Grundlage der deutschen Reichsjustizgesetze systematisch dargestellt*, Weimar 1885, § 26, p. 123-131; PLANCK, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, München 1887, I, p. 136; KOHLER, *Der Prozess als Rechtsverhältniss*, 1888, p. 10, e *Leitfaden des deutschen Konkursrechts*, 2^a ediz., Stuttgart 1903, p. 155, testo e n. 2; v. SCHRUTKA - RECHTENSTAMM, in *Grünhut Zeitschrift*, XIII, p. 357; SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2^a ediz., Leipzig 1910, § 142, III, p. 915-916; FÖRSTER-ECCIUS, *Preussisches Privatrecht*, 7^a ediz., 1897, II, § 141, n. 23 e § 154, n. 3; VOSS, in *Gruchots Beiträge*, XXIII, p. 240; RIEDINGER, *Der Besitz an gepfändeten Sachen*, 1904, p. 3-41; HELLWIG, *Op. cit.*, II, p. 106-117; NEUNER, *Bericht, erstattet bei der Tagung der Vereinigung der deutschen Zivilprozessrechtslehrer zu Wien*

Questa opinione, almeno nella sua seconda affermazione (15), non è accettabile. Essa sarebbe poi pericolosissima nell'argomento che qui si studia, implicando l'impostazione del nostro problema da un punto di vista di mera responsabilità, e per di più di responsabilità contrattuale, mentre esso deve essere impostato su termini assolutamente diversi se si vogliono raggiungere dei risultati soddisfacenti. Sembra opportuno quindi riferire lo stato della questione, aggiungendo quelle considerazioni che possono apparire efficaci a meglio chiarire la posizione dell'usciera e i caratteri dell'attività da esso esercitata.

Gli argomenti a cui soprattutto si affidano i sostenitori della sussistenza di un rapporto di diritto privato fra la parte (creditore) ed il *Gerichtsvollzieher* sono i seguenti: il fatto che la Z P O designi espressamente quest'ultimo come un incaricato (*Beauftragter*) della parte (§§ 753 - 756; 826; 847; 166 ss.); che essa faccia dipendere l'inizio e la prosecuzione della sua attività dalle istruzioni del creditore, autorizzandolo d'altro lato a riscuotere somme pagate dal debitore ed a rilasciarne quietanza (§§ 815 e 819); che, in seguito all'attività dell'esecutore giudiziario, faccia sorgere immediatamente dei diritti a favore del creditore, e che infine riconosca al *Gerichtsvollzieher* una pretesa contro il creditore, come suo mandante, per il pagamento degli onorari e il rimborso delle spese (16).

A queste argomentazioni è stato esaurientemente risposto, soprattutto da HELLWIG (17). Questi osserva giustamente che non è da

an 28 Okt. 1928, in *Judicium*, I Jahrgang, 1929, p. 253. Così anche la più recente giurisprudenza (*Reichsgericht*, Zivil. Senat, Racc. LXXXII, pag. 85, cit. da SAUERLAENDER, *Der deutsche Gerichtsvollzieher*, in *Judicium*, 1929, p. 95, nota).

Per la letteratura austriaca v. POLLAK, *System des österreichischen Zivilprozessrechtes*, 1931, II, 712.

(15) La questione se l'ufficiale giudiziario rappresenti, almeno rispetto a taluni atti, il creditore può e deve essere tenuta distinta da quella sul rapporto fra creditore e ufficiale giudiziario. Su di essa non ho motivo di soffermarmi perchè non influente nell'argomento in esame; mi limito quindi ad esprimere le maggiori riserve sulla sostenibilità della soluzione affermativa.

(16) Cfr. GAUPP-STEIN, *Op. e loco cit.*, e gli altri menzionati alla nota 14.

(17) *Op. cit.*, II, p. 115 e ss. Altre considerazioni, le sole diverse da quelle di HELLWIG, che tutti ripetono uniformemente, adduce lo SCHMIDT, *Op. cit.*, p. 916; ma non mi sembra molto convincente il rilievo che mancano in argomento taluni contrassegni che sarebbero essenziali e specifici del rapporto di mandato,

attribuire eccessiva importanza alle parole usate del legislatore, il quale non poteva evidentemente considerare come un incarico in senso proprio quello dato dal creditore all'usciera, senza tener conto contemporaneamente del fatto che un incarico non può vincolare giuridicamente senza l'accettazione dell'incaricato, mentre qui la responsabilità del *Gerichtsvollzieher* è uguale, sia che egli abbia accettato o rifiutato espressamente o tacitamente l'incarico (*mag er ja oder nein oder gar nichts gesagt haben*) (18). Di nessun rapporto di diritto privato si può parlare, posto che il contenuto degli obblighi della parte e dell'esecutore è determinato dalla legge, ed esclusivamente dalla legge, la quale fissa anche la tariffa degli onorari, che non costituiscono una contròprestazione della parte (19); nè contro l'usciera è comunque concessa un'azione per costringerlo ad adempiere all'incarico, poi che il creditore può solamente ricorrere al tribunale di esecuzione, a norma del § 766. Del resto, vi è così poco un rapporto di natura privatistica fra il creditore e l'esecutore giudiziario, che, se questi viene meno, l'incarico passa senz'altro al successore, il quale è tenuto ad eseguirlo (20).

Tutte queste considerazioni confermano che il rapporto fra le parti e l'esecutore è simile a quello fra le parti e il giudice (in particolare fra le parti e il giudice di esecuzione). Il *Gerichtsvollzieher* e lo stesso deve ripetersi per l'ufficiale giudiziario italiano - è un organo dello Stato, investito di poteri che non sono di spet-

quale la libera scelta del mandatario. Il diritto processuale conosce infatti delle figure - che la dottrina classifica di mandato - compatibili con il principio della scelta vincolata del mandatario (fra i procuratori legali iscritti nell'albo del circondario, fra gli avvocati ammessi al patrocinio dinanzi alla Corte di cassazione).

(18) *Op. cit.*, p. 116, testo e nota 64. Dovrebbe invece distinguersi la responsabilità *ex contractu*, cui sarebbe esposto l'usciera nel primo caso, e quella puramente legale nel secondo.

(19) Tanto è vero questo - vorrei aggiungere - che l'obbligo di pagare tali spese grava sul debitore, ancorchè (il che del resto non sempre avviene) sussista a carico del creditore l'onere di anticiparle.

(20) Una delle conseguenze più singolari a cui conduce l'opinione sopra combattuta è quella di concepire diversamente la posizione dell'usciera rispetto al creditore e la sua posizione rispetto al debitore e ai terzi: di fronte al primo egli si presenterebbe come un mandatario; di fronte agli altri come un soggetto investito di pubblici poteri. Contro questa *Doppelstellung* e gli svariati sensi in cui è stata intesa, HELLWIG, *Op. cit.*, p. 116, nota 70.

tanza della parte per alcun riflesso. La funzione esecutiva appartiene infatti allo Stato; e se una dichiarazione di volontà della parte può essere, e normalmente è, richiesta come presupposto per l'esercizio dei poteri dell'usciera, questa dichiarazione di volontà non può in alcun modo considerarsi come un conferimento di poteri (che, giova ripeterlo, la parte non ha), bensì come una semplice *domanda*. La sua necessità non è se non una applicazione dell'*onere della domanda*, una espressione del principio dispositivo che domina il processo di esecuzione come il processo di cognizione. Se si concludesse diversamente si dovrebbe per coerenza concepire anche la domanda giudiziale come il conferimento di un incarico della parte al giudice.

La posizione dell'usciera come esecutore giudiziario di fronte alle parti del processo esecutivo, tanto di fronte al creditore che al debitore, è pertanto uguale a quella del giudice di esecuzione; il rapporto fra esso e le parti ha carattere essenzialmente pubblicistico, anzi non è altro se non il rapporto giuridico processuale (di esecuzione) (21).

4. — Nel nostro diritto positivo, la domanda di pignoramento di beni mobili viene proposta direttamente all'ufficiale giudiziario, il quale può procedere all'atto richiesto *senza permesso dell'autorità giudiziaria* (art. 41, primo comma, cod. proc. civ.).

La migliore dottrina è concorde nel ritenere che egli non è tenuto ad obbedire passivamente a chiunque gli rivolga tale domanda affermandosi creditore o anche provando di esserlo, ma ha il potere e il dovere di indagare sulla sussistenza dei presupposti dell'atto che gli è stato richiesto (22). Si discute invece sulla ampiezza di

(21) Sul quale v. CARNELUTTI, *Lezioni*, V, n. 579.

(22) In questo senso v. già MORTARA, *Comm.*, II, n. 578, p. 737 (Sarebbe irrazionale pensare che l'usciera non possa mai rifiutarsi di eseguire gli atti di cui è richiesto, o modificare nella esecuzione il contenuto della richiesta: anzi egli è in dovere di rifiutare il suo ministero, o di prestarlo nella forma legale, quando la richiesta della parte lo esporrebbe a compiere un atto non conforme, nella sua esteriorità, alle prescrizioni della legge), al quale aderisce il DIANA, *Op. cit.*, p. 11, testo e nota 1. Cfr. poi CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in *Saggi di dir. proc. civ.*, ediz. 1930, note, p. 86 (fra la cognizione espressa che conduce allo accertamento e la esecuzione, sta la cognizione non espressa dell'esecutore, la quale ha pronunciato l'eseguibilità del titolo; la quale cognizione assume importanza

questa indagine e, in particolare, se essa possa estendersi a controllare la sussistenza del diritto materiale del creditore (23).

La soluzione di questa questione dipende in gran parte, a mio avviso, dalla concezione che si adotta del titolo esecutivo e dal grado di efficacia che a questo si riconosce. Per molteplici ragioni (24), io ritengo preferibile la concezione del *titolo esecutivo* - e, si intende, del titolo esecutivo in senso formale, del documento - come *prova legale, sintetica*, dell'esistenza del diritto (25). Convengo peraltro con il LIEBMAN che l'usciera non possa rifiutarsi di procedere per estinzione del diritto; ma proprio e soltanto perchè di fronte a lui il titolo esecutivo è l'unica prova valida e preclusiva

più manifesta o quando, riconosciuta la non eseguibilità dell'accertamento, induce l'esecutore a rifiutare l'esecuzione, o quando volge su accertamenti convenzionali) e p. 51 (Ma anche l'usciera *conosce* in certo grado, a es. del diritto all'esecuzione forzata - maturità del titolo, qualità del richiedente - il che, come si è già notato, ha particolare importanza rispetto ai titoli esecutivi equipollenti); CARNELUTTI, *Lezioni*, V. 468, p. 140 (Dopo avere ascoltato la narrazione e la domanda del creditore e, eventualmente, quella del debitore, conviene che l'ufficio giudichi se debba procedere all'esecuzione richiesta. Una specie di obbedienza passiva alle richieste delle parti è esclusa, senza bisogno di indugio; nessuno pensa che l'ufficio possa svolgere la sua funzione a occhi chiusi; del resto, se le domande delle parti siano, come sono spesso, in contrasto, un controllo di esse è in ogni caso necessario per decidere cosa l'ufficio debba fare), e inoltre, più ampiamente, *ivi*, VI, n. 620 e ss.; LIEBMAN, *Opposizioni di merito* cit., p. 137, testo e nota; p. 159-160.

(23) Decisamente in questo senso CHIOVENDA, *Principi*, p. 278 (e ora, *Istituzioni di dir. proc. civ.*, Napoli 1933, p. 321, in tutto conforme), su cui vedi la critica del LIEBMAN, *Op. cit.*, n. 110, p. 186-188, coerente alla sua concezione del titolo esecutivo e dei poteri dell'organo esecutivo di fronte a questo. Ad ogni modo, si deve fin da ora rilevare che questo controllo non potrebbe essere esercitato come fine a se stesso, per l'accertamento del rapporto giuridico materiale, bensì esclusivamente come *mezzo*, per verificare la legittimità dell'atto processuale richiesto all'esecutore.

(24) Fra le quali preminente quella, esposta dal CARNELUTTI, *Titolo esecutivo*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1931, I, 313 e ss., della necessità di definire il t. c. tenendo conto, come dei titoli giudiziali, così dei titoli stragiudiziali; ma ha il suo peso in argomento anche la riflessione che l'opposizione di merito ha proprio per oggetto l'accertamento della inesistenza del credito.

(25) CARNELUTTI, *Lezioni*, V. n. 503; *Titolo esecutivo* cit., p. 319. Persuasiva non mi sembra neppure la costruzione proposta dal GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht*, Berlin 1929, § 78, 210.

della *legittimazione del creditore e della causa dell'atto esecutivo richiesto* (26).

(26) Verificare i presupposti del pignoramento val quanto assicurarsi della sussistenza dei requisiti essenziali di questo. E i requisiti del pignoramento sono poi quelli, essenziali di ogni atto giuridico e pertanto desumibili dalla teoria generale degli atti giuridici (v. CARNELUTTI, *Lezioni*, VII, cap. IX, e *Teoria generale del reato*, Padova 1933; REDENTI, *I contratti nella pratica commerciale*, Padova 1931, specialmente per quanto concerne la "causa.", della *capacità* e della *competenza* del soggetto agente, della *volontà*, della *causa* e della *forma*; il che significa che un pignoramento deve anzitutto, per essere valido, essere compiuto dal soggetto capace e competente, con volontà libera, nè viziata da errore o dolo, per la soddisfazione di un interesse (che chiameremo *interesse attivo*) e il sacrificio di un altro (*interesse passivo*) che debbono essere proprio quelli che la legge vuole rispettivamente soddisfatto e sacrificato, e infine nella forma prescritta dall'ordine giuridico. Se prescindiamo dagli altri requisiti e specialmente da quelli della volontà, di cui non si può evidentemente esigere un controllo preventivo, per prendere in considerazione la *causa del pignoramento* (requisito tanto trascurato di solito nella analisi degli atti processuali, il che si può spiegare, ma non giustificare pienamente, rilevando che, in quanto tutti gli atti di un processo operano per lo svolgimento degli stessi interessi, nè hanno di regola ciascuno una propria e distinta "causa", la causa della domanda e la causa della sentenza si avvertono e si individuano l'una in funzione dell'altra), si nota anzitutto che in un ordinamento giuridico come il nostro, dominato di regola dal principio dispositivo, nel senso che l'*interesse attivo* è costruito come un *diritto soggettivo* (non come un interesse protetto, indisponibile), un pignoramento valido presuppone anche, e necessariamente, una *domanda valida*; e questa deve presentare a sua volta i prescritti requisiti di *capacità* e di *legittimazione* del soggetto richiedente, di *volontà*, di *causa* e di *forma*. Su ciascuno di essi deve estendersi l'indagine dell'uscire, il quale dovrebbe senza dubbio rifiutare di compiere un pignoramento richiesto da un minore o da un interdetto; da un terzo, non titolare dell'interesse attivo nè autorizzato ad agire nelle veci del titolare; da un folle (incapacità naturale) o comunque da alcuno la cui volontà gli apparisse viziata; ovvero richiesto per la soddisfazione di un interesse (attivo), a cui la legge non accordi protezione o a danno di un interesse (passivo), che al contrario la legge protegga particolarmente (esecuzione su beni impignorabili). Se ben si riflette, ciò che - da questo punto di vista - prova il *titolo esecutivo* è precisamente la *legittimazione del soggetto richiedente* (eccezioni in CARNELUTTI, *Lezioni*, VI, p. 38-40) e la *protezione assicurata dalla legge all'interesse attivo* (di cui la domanda intende a provocare la soddisfazione); non già, quindi, la sola premessa di fatto della esistenza del diritto, bensì la stessa esistenza del diritto, che costituisce la *causa lecita* della domanda di esecuzione, quindi di tutti gli atti ad essa concatenati del processo esecutivo. E questa prova, che non può essere contrariata e distrutta se non nel processo di cognizione provocato dalla c. d. opposizione di merito del debitore, vincola l'esecutore.

Egli può quindi controllare, senza limitazione di prova (27):

a) l'esistenza di una *domanda di esecuzione* fornita dei requisiti di *capacità*, di *volontà* e di *forma* prescritti per ogni atto processuale o in particolare per la domanda stessa (ed al requisito della forma della domanda si riconduce la prescrizione della preventiva notificazione del titolo esecutivo e del precetto al debitore, in quanto questi documenti, con la prova della avvenuta notificazione, debbano essere esibiti all'ufficiale esecutore);

b) la propria *capacità* e la propria *competenza* rispetto all'atto domandato ed agli interessi in conflitto, sui quali l'atto verrebbe ad operare;

c) la sussistenza e l'identificazione dei *beni pignorabili*, vale a dire la sacrificabilità dell'interesse (passivo), di cui il creditore chiede appunto il sacrificio.

Poichè, come si è detto, la legittimazione e la causa della domanda sono provate dal titolo esecutivo e questo costituisce una prova legale, in ordine ai principî vigenti in tema di prova legale l'esecutore non può controllare se non:

d) la esistenza del *titolo esecutivo* stesso (28), fornito dei requisiti dalla legge prescritti perchè l'ufficio di esecuzione debba desumerne la convinzione della certezza, della esigibilità e della liquidità del credito.

5. — Quale è il carattere di questa cognizione dell'esecutore? Esso si trova variamente definito dagli autori; ma ho l'impressione che la varietà sia soprattutto terminologica (29) e che si possa considerare pacifica la conclusione che l'usciere non esercita il controllo di cui si è parlato sopra al fine di decidere delle controversie fra le parti, con autorità di giudicato (dando un *giudizio*, compiendo un *accertamento*), bensì al solo scopo di determinarsi, oppure no, al compimento dell'atto richiestogli: egli interpreta ed

(27) Come poi debba svolgersi l'istruzione, su cui v. CARNELUTTI, *Lezioni* VI, n. 620, è argomento che non interessa ai fini del problema in esame.

(28) CHIOVENDA, *Principi*, p. 243; più ampiamente ora in *Istituzioni* cit., p. 282.

(29) Per LIEBMAN, *Op. cit.*, n. 89, p. 161, nota 3, essa ha natura di *attività* e non di *giudizio*; per CARNELUTTI, *Titolo esecutivo* cit., è *applicazione*, non *accertamento* della norma. Ma quest'ultimo ha ragione di osservare che le parole diverse vogliono, in fondo, significare la stessa cosa.

attua, in altri termini, delle norme di cui è egli stesso il destinatario (30).

Nonostante però che tale sia il fine esclusivo delle sue indagini, non vi è dubbio che queste implicano la soluzione di questioni (e siano pure questioni processuali, esclusivamente, posto il fine anzidetto e posti i limiti che la presenza del titolo esecutivo impone ad ogni ricerca sul merito); ora, non mi pare che, dal lato strutturale, questa attività dell'esecutore sia stata esattamente intesa e classificata. L'assoluto silenzio della legge su questo punto, nonchè, forse, la tendenza a includere la cognizione dell'usciera nello stesso atto esecutivo, poichè l'esecutore non si troverebbe di fronte che due possibilità: o compiere l'atto materiale richiesto (attuando il rapporto, soddisfacendo l'azione esecutiva) o astenersene, puramente e semplicemente (31), hanno fatto trascurare l'analisi di questa soluzione di questioni. Io ritengo invece necessario, ai fini di una più completa sistemazione teorica e della più soddisfacente risoluzione dei problemi che qui si studiano, isolare la cognizione dell'esecutore.

Ad isolarla, veramente, sembrerebbe che non vi dovesse essere alcuna difficoltà nella ipotesi che essa si concluda con il rifiuto del pignoramento. Se, come ritengo, è opportuno cercarne la natura e in particolare vedere se essa dia luogo ad un *atto giuridico* (seppure a forma non scritta, o addirittura nemmeno verbale), ed a quale, ciò sembra per lo meno possibile, e forse neppure troppo arduo. Lo stesso compito si ripresenta peraltro e, secondo me, negli stessi termini, anche quando quella cognizione si concluda in senso positivo, per la effettuabilità del pignoramento.

Vediamo se questa affermazione possa essere dimostrata. Si è definito il pignoramento come un atto (provvedimento) esecutivo *materiale*; si vuole ora sostenere che ogni attività di cognizione, sia pure superficiale (32), diretta a saggiare la sussistenza dei presupposti di esso, costituisce un *ens a sè*, distinto dal pignoramento stesso. Il quesito si pone pertanto nei seguenti termini: la fase in

(30) Su questo punto, di fondamentale importanza, cfr. soprattutto CALAMANDREI, *Studi sul processo civile*, Padova 1931, p. 213 e ss. V. la nota 47.

(31) LIEBMAN, *Op. e loco cit.*; CARNELUTTI, *Lezioni*, V, n. 443. Per la critica di questa concezione vedi oltre nel testo, in questo numero e nel seguente, e specialmente la nota 40.

(32) CHIOVENDA, *Op. e loco ult. cit.*

cui si controllano i presupposti di un provvedimento esecutivo materiale può e deve distinguersi da tale provvedimento?

La risposta affermativa discende già dalla formulazione del problema e dalla definizione di provvedimento esecutivo materiale (*retro*, n. 2); questo si ha esclusivamente quando e in quanto si producano quei determinati effetti giuridici materiali: finchè questi mancano, non siamo ancora di fronte ad un provvedimento materiale, ma soltanto ad una fase di preparazione di esso, vale a dire al di fuori di esso. Senonchè, la prova convincente della possibilità e della necessità di isolare questa fase dal provvedimento materiale si ha riflettendo alle situazioni analoghe che è possibile rilevare nel campo del processo di cognizione e anche in altre forme del processo di esecuzione.

È noto, e di indubbia fondatezza, il parallelo fra la distinzione dei provvedimenti esecutivi in *ordinatori* (processuali esclusivamente) e *materiali* (*retro*, n. 2) e quella dei provvedimenti del processo di cognizione in *istruttori* e *decisori* (33). Ed è certo che a nessuno verrebbe in mente di confondere la soluzione di questioni processuali con la soluzione di questioni di merito, nel processo di cognizione, quand'anche tali soluzioni si trovassero congiuntamente documentate in un unico contesto; si direbbe allora che quella, che formalmente appare come una sola sentenza, effettivamente consta di due (o più) provvedimenti: esprime l'uno il risultato di una decisione sui presupposti della decisione di merito, l'altro il risultato della decisione sul merito. Eppure la legge, e specialmente la legge processuale comune, molto imperfetta su questo punto (34), non distingue come dovrebbe fra i due tipi diversissimi di provvedimenti, assegna loro la stessa struttura

(33) Mi servo anche qui, per brevità e per chiarezza, della terminologia del CARNELUTTI, *Lezioni*, III, n. 166, sulla quale v. del resto le mie *Controversie individuali del lavoro* 3, Padova 1932. Per il parallelo v. CARNELUTTI, *Lezioni*, V, n. 485 e *retro*, nota 8. Sulla distinzione fra provvedimenti istruttori e provvedimenti decisori cfr. anche CHIOVENDA, *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, 9 e ss.

(34) Più progredite sono, su questo punto, talune leggi processuali speciali: in particolare i testi sul processo, collettivo o individuale, del lavoro, sui quali ampiamente le *Controversie* cit. e ora anche il mio *Corso di dir. proc. del lav.*, Padova 1933.

formale, usa le identiche denominazioni, li sottopone agli stessi gravami, incurante della dottrina che da tempo sa contrapporre ai provvedimenti sulla controversia i provvedimenti sul processo, alle decisioni sul merito (soluzioni di questioni di merito) le decisioni sui presupposti processuali (soluzioni di questioni processuali).

Questa contrapposizione ha non minore, anzi maggiore se mai, ragion d'essere nel campo del processo esecutivo. In fondo, nel processo di cognizione, anche il provvedimento decisorio implica una soluzione di questioni come il provvedimento istruttorio; la differenza esiste, ma nella natura delle questioni da risolvere, nella destinazione delle norme da attuare, non già nel metodo per la soluzione, e neppur gran che negli effetti della soluzione (pur essendo ormai pacifico che la forza di cosa giudicata può competere ai soli provvedimenti decisori). Nel processo di esecuzione, invece, la distinzione è molto più netta: il provvedimento esecutivo materiale non è neppure propriamente una decisione, è un atto che produce immediatamente un mutamento nel mondo esteriore, che modifica senz'altro dei rapporti giuridici; è il più bello, il più chiaro esempio di atto giuridico costitutivo.

Perchè pensare che sotto di esso scompaia quella che in un certo senso è la sua fase preparatoria, ma che ha pure un contenuto proprio, implica la soluzione di questioni, sfocia in una manifestazione di volontà? Tanto varrebbe dire che sotto una pronuncia di condanna scompare la preventiva verifica della propria competenza fatta dal giudice, quando - si noti bene - e soltanto quando questo controllo conduca ad una soluzione affermativa; rimanendo pur sempre isolata questa fase allorquando, al contrario, il giudice abbia ritenuto difettare il presupposto della decisione sul merito. Come la dottrina del processo di cognizione distingue, e non crederebbe possibile rinunciarvi, dal provvedimento sul merito il provvedimento sul processo, porti questo una soluzione positiva o negativa, così noi vogliamo e crediamo necessario distinguere fra il provvedimento esecutivo materiale (pignoramento) e - per ora diciamo soltanto così - la sua fase preparatoria, di preventivo controllo (dei presupposti del pignoramento).

Ma c'è una ulteriore riprova che non siamo in errore; è la sussistenza dei casi numerosi nei quali il controllo dei presupposti di un provvedimento esecutivo materiale, la soluzione delle questioni (processuali) relative, è affidato ad un organo diverso da

quello competente a formare il provvedimento materiale. Dalle scarse figure di ordine del pignoramento a quelle, più frequenti, di ordine di vendita (quando la vendita debba essere fatta da un soggetto diverso da quello che pronuncia l'ordine) vi è tutta una serie di provvedimenti esecutivi ordinatori, distinti, anche *a parte subiecti*, dai conseguenti provvedimenti materiali. Rinunciare alla distinzione quando l'organo competente è lo stesso vorrebbe dire arrestarsi di fronte ad una difficoltà più apparente che reale, e che a proposito di altri problemi la dottrina ha da tempo superata: rinunciare per il fatto che manca, nel caso nostro, la statuizione di una forma apposita, vorrebbe dire ignorare la figura della forma libera e precludersi la via alle più delicate analisi di atti giuridici processuali, specialmente nel campo del nostro processo esecutivo (35).

Controllo dei presupposti del pignoramento e pignoramento sono dunque due cose nettamente diverse, due momenti distinti del processo di esecuzione; ma, se il secondo è un provvedimento esecutivo materiale, a che cosa corrisponde il primo? Sotto quale categoria dogmatica deve essere classificata, non tanto la soluzione delle questioni che esso importa, quanto la conclusione discesa da quella soluzione, il comando rivolto dal soggetto, e sia pure anche a se stesso (non è un comando la sentenza con cui il giudice riconosce la propria competenza a decidere una controversia?), di procedere al pignoramento? Lo si è già virtualmente fatto intendere nel corso della dimostrazione.

L'indagine sui presupposti del pignoramento si conclude con una dichiarazione di volontà, in un *atto giuridico*, che, per essere compiuto nel corso ed ai fini di un processo di esecuzione e da un organo dello Stato e nell'esercizio di un potere ad esso specificamente conferito, è indubbiamente un *provvedimento esecutivo*, e precisamente un provvedimento esecutivo *ordinatorio*. *Esecutivo*

(35) E' noto che in questo, specialmente se per espropriazione su beni mobili (nel processo di espropriazione immobiliare si verifica anche troppo il difetto opposto) gli atti giuridici a forma libera costituiscono addirittura la regola: dalla domanda di esecuzione a tutti gli atti di istruzione del pignoramento e delle fasi successive del processo. Guai se si rinunciassero ad isolare ed a studiare un atto, sol perchè la legge non ne statuisce la forma o, peggio, perchè non è statuita la forma scritta.

puro, perchè non contiene, e non può contenere, decisione di controversie (sostanziali); l'indagine sul merito - d'altronde limitata assai, come si è notato, dalla sussistenza di una prova legale - è fatta infatti esclusivamente per verificare i presupposti dell'attività richiesta dalla parte all'usciera: vale a dire come mezzo, non come fine (36). *Ordinatorio*, perchè è diretto a ordinare e regolare, in senso ampio, un successivo atto processuale esecutivo, e precisamente un provvedimento materiale: il pignoramento. Di per sè, esso non produce alcun mutamento di rapporti giuridici materiali, pur potendo servire a spianare la via ad un mutamento simile.

A differenza dei provvedimenti esecutivi materiali, e come invece tutti i provvedimenti ordinatori (e quei provvedimenti istruttori, che ne rappresentano il riflesso nel processo di cognizione), il provvedimento in esame può essere *positivo* o *negativo*. Nel primo caso, anche quando sia formato dallo stesso organo competente a formare il conseguente provvedimento materiale, esso può essere denominato *ordine del pignoramento*; nel secondo, *diniego del pignoramento*, sottospecie del rifiuto, come si vedrà fra breve. In entrambi i casi esso non muta di natura giuridica, anche se venga espresso in una forma del tutto diversa: *reale* nel primo caso, *verbale* nel secondo.

È infatti necessario ammettere, in tema di *forma* del provvedimento stesso, che la legge - ignorandolo come lo ha ignorato la dottrina - non contiene alcuna statuizione nell'ipotesi che qui si studia, che il potere di formare l'ordine o il diniego del pignoramento spetti allo stesso organo cui compete il potere di pignorare.

Eppure la stessa necessità di far prestabilire dall'usciera almeno il *tempo* del pignoramento (al quale il creditore potrebbe voler partecipare) avrebbe offerto l'occasione per regolare anche in tale ipotesi la forma di un ordine del pignoramento. Non mancano invece prescrizioni formali in casi analoghi, ma sopra tutto quando la competenza a formare il provvedimento ordinatorio e, rispettivamente, il provvedimento materiale sia ripartita fra organi diversi; e questo tanto nel campo dell'esecu-

(36) V. retro, nel testo e alla nota 23.

zione singolare (37), quanto, e più, nel campo dell'esecuzione concorsuale (38).

Il difetto di prescrizioni formali può indurre peraltro una sola e semplice conseguenza: che, come in numerosi altri momenti del processo esecutivo, siamo in presenza di un caso di *forma libera*, nel quale è valida ed efficace qualunque forma, purchè adeguata alla causa (oltre, n. 10, testo e nota 71). Come osservavo poc'anzi, nell'ipotesi di provvedimento positivo (ordine del pignoramento) può essere sufficiente anche la *forma reale* (l'ufficiale giudiziario si muove dal suo ufficio e si reca nel luogo ove si trovano i beni, si accinge a procedere al pignoramento di essi); nella ipotesi di provvedimento negativo (diniego del pignoramento) ritengo invece necessaria la *forma verbale*, scritta o anche semplicemente orale, perchè la sola adeguata a renderlo noto alla parte e per una serie di considerazioni che saranno fra poco spiegate.

Oltre che sulla forma intrinseca, mancano disposizioni nella legge anche sul *tempo* e sul *luogo* di formazione e di espressione del provvedimento: non è affatto detto che esso debba essere pronunciato nell'ufficio dell'esecutore, nè immediatamente dopo la

(37) Analogo è, per es., il provvedimento con cui il tribunale rifiuti di ordinare il sequestro di un immobile pignorato, previsto dall'art. 2085 cod. civ.; se il provvedimento positivo, che accolga la domanda del creditore, è correttamente ritenuto meramente esecutivo (CARNELUTTI, *Lezioni*, VI, n. 628, p. 107), il provvedimento negativo deve ugualmente qualificarsi come esecutivo (ordinatorio) negativo. Altri esempi, in quanto in siffatti provvedimenti non possano essere o non siano contenute decisioni di controversie di merito, e specialmente se si accetti la modificazione alla sistemazione del CARNELUTTI proposta dal CRISTOFOLINI (sulla quale vedi oltre, nota 52), si potrebbero rintracciare nei provvedimenti che contengano rifiuto dell'ordine di vendita (art. 622 cod. proc. civ.) o dell'ordine di sovraincanto (art. 681), dell'ordine di rivendita (art. 689), dell'assegnazione al creditore (art. 637-638 e 643), e perfino in quello che può chiudere negativamente il giudizio di cui all'art. 1884 cod. civ., esattamente considerato dal REDENTI, *Op. cit.*, n. 131, p. 236, testo alla nota 209, come esecutivo.

(38) È per me un tipico provvedimento esecutivo ordinatorio negativo quello (sentenza o decreto a seconda dei casi) con cui il tribunale rifiuti di dichiarare il fallimento, su domanda di creditore (art. 913 cod. comm.) o su dichiarazione del dissestato. Circa le possibili impugnative cfr. BONELLI, *Fallimento*, I, n. 122; DIANA, *L'apertura del fallimento sulla dichiarazione del commerciante*, in *Studi Senesi*, XXX, 1915, p. 197 ss.; CRISTOFOLINI, *Scr. cit.*, p. 338-339. Sulla natura della sentenza dichiarativa v. retro, nota 9.

presentazione della domanda di esecuzione. A questo punto ed in questi precisi termini deve essere posto il problema della natura giuridica della *desistenza dal pignoramento*, per un motivo qualsiasi avvertito dopo che l'uscire si era già accinto ad eseguirlo: in particolare quando egli venga a trovarsi di fronte ad una di quelle "difficoltà di esecuzione", previste dall'art. 572 cod. proc. civ.

In ordine alle premesse già accettate, la desistenza dal pignoramento, motivata da una ragione consimile, è anche essa nè più nè meno che un provvedimento esecutivo ordinatorio negativo, una figura di diniego del pignoramento, che ha soltanto questo di particolare: la sua formazione sul luogo ove doveva avvenire il pignoramento, e nel tempo a questo destinato (39). Ma non si potrebbe neppure chiamare con assoluta proprietà un diniego (del pignoramento) successivo, poichè anche nel caso configurato è necessario che il pignoramento non sia stato ancora effettuato.

Infine, è degno di nota il fatto che il provvedimento ordinatorio sul pignoramento partecipa con tutti i provvedimenti istruttori del processo di cognizione (si pensi alle ordinanze del processo del lavoro) del carattere di *non definitività*; questo carattere è in parte una conseguenza del fatto, pur meritevole di essere rilevato, che di solito tali provvedimenti non contengono la soluzione di tutte le questioni possibili, ma solo di qualcuna (es. competenza dell'organo), cosicchè una questione insorta successivamente (es. pignorabilità di un bene) può esigere la formazione di un nuovo provvedimento

(39) Merita forse di essere riferito a questo proposito un caso occorsomi in pratica e che può presentare qualche interesse. Traendo ispirazione dal disposto del § 803, secondo comma, della ZPO tedesca "*Die Pfändung hat zu unterbleiben, wenn sich von der Verwertung der zu pfändenden Gegenstände ein Ueberschuss über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erwarten lässt*", riuscii a convincere un ufficiale giudiziario a desistere da un pignoramento che sarebbe stato pressochè infruttuoso, in quanto il valore delle cose pignorate non avrebbe potuto superare le spese della esecuzione. Confesso che, di fronte all'uscire, feci valere soprattutto delle considerazioni di equità; ma ritengo che la tesi fosse perfettamente sostenibile, anche in diritto italiano, per esser un pignoramento simile *senza causa*, e quindi nullo, in quanto si riduceva a un mero danno del debitore senza alcuna soddisfazione per l'interesse del creditore. Comunque, in tale atto di desistenza deve vedersi, a mio avviso, un provvedimento della specie descritta nel testo, seppure formato dopo che l'organo esecutivo si era già, sulla domanda del creditore, determinato a compiere il pignoramento.

ordinatorio. In siffatte ipotesi l'ordine di pignoramento può venire a constare non di uno solo, ma di più provvedimenti successivi.

6. — In ordine alle considerazioni svolte fin qui ed in applicazione delle conclusioni cui siamo giunti credo anche possibile dire qualche parola nuova sulla estensione e sull'oggetto dell'obbligo dell'organo esecutivo (dell'ufficiale giudiziario nel pignoramento mobiliare). Si suole infatti ritenere, anche da scrittori autorevoli (40), che tale organo abbia il solo dovere di compiere l'atto richiesto, vale a dire di formare il provvedimento esecutivo materiale, se ne ricorrono i presupposti; mentre a me pare sostenibile che esso abbia anche il dovere di formare, in ogni caso, il provvedimento esecutivo ordinatorio di cui si è parlato al paragrafo precedente. Sarebbe superfluo insistere sulla importanza di questa ulteriore conclusione, le cui conseguenze teoriche e pratiche si vedranno del resto più tardi.

(40) V. CARNELUTTI e LIEBMAN, ai luoghi citati nella nota 31: ma la responsabilità di questa concezione risale soprattutto all'OERTMANN (HELLWIG-OERTMANN, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, II, 2, *Zwangsvollstreckung*, Leipzig 1919). Egli ha scritto che “*Ein Gegensatz zwischen dem Tätigwerden überhaupt und dem Tätigwerden zugunsten des Klägers ist bei der Vollstreckung nicht vorstellbar: jedwede Vollstreckungstätigkeit muss mit Notwendigkeit dem Kläger zugute kommen; von einem bloss untersuchenden Tätigwerden, das sowohl im Sinne der einen wie der anderen Partei ausfallen kann, ist nach Lage der Sache keine Rede. Daher ist sowohl die Prüfung der Prozess- wie die der Rechtsschutzvoraussetzungen hier nicht Inhalt des Verfahrens, sie steht vielmehr an dessen Anfang; ihre Bejahung ist Vorbedingung jeder vollstreckenden Tätigkeit*” (ivi, § 274, 2, p. 159).

Queste affermazioni sono esatte per quel che concerne i provvedimenti esecutivi materiali, e nemmeno tutti questi (la riduzione del pignoramento corrisponde ad un provvedimento materiale, ed opera a favore del debitore); ma per estenderle a tutto il campo del processo esecutivo occorrerebbe escludere da questo i provvedimenti ordinatori (meramente processuali), che possono avere un contenuto negativo (numerosi esempi retro, alla nota 37). Ma poi, che vuol dire che il controllo dei presupposti non forma il contenuto del processo, anzi sta al suo inizio? Che non appartiene al campo del processo esecutivo? Ed a quale dunque? E se vi appartiene, che importa il fatto che ne stia al principio? Questa è anzi la logica posizione dei provvedimenti ordinatori rispetto a quelli materiali, per definizione. In altri termini, questa argomentazione mi sembra del tutto insufficiente a dimostrare l'inesistenza di un obbligo dell'ufficio a provvedere, sia pur con un provvedimento ordinatorio negativo, sulla domanda del creditore.

Prima di tentare la dimostrazione dell'asserto enunciato sembra opportuno esaminare quali forme può assumere, in linea di fatto, il contegno dell'ufficiale giudiziario di fronte alla domanda di pignoramento; vedremo poi quali conseguenze, ed eventualmente quali specie di sanzioni, tengano dietro o siano predisposte per ciascuna ipotesi.

L'eventualità più grave, e che ben si potrebbe dire patologica, è quella che l'usciera si astenga da qualsiasi attività: non risponda in alcun modo alla domanda nè si dia cura di procedere nel senso richiesto. Questa *inerzia*, omissione assoluta, rientra anch'essa nel genere del rifiuto del pignoramento (in senso ampio), ma deve essere naturalmente distinta dai casi di diniego, sebbene anche questi presentino delle gradazioni di gravità e di pericolosità per l'ordine giuridico.

Diversa formalmente ma non sostanzialmente dall'ipotesi della inerzia è quella del *diniego puro e semplice*, vale a dire non motivato perchè non preceduto da alcuna indagine sui presupposti del pignoramento: alla domanda del creditore l'usciera risponde *no*, senza dar conto delle ragioni del suo rifiuto.

Se l'organo esecutivo procede invece all'esame di quei presupposti e conclude il suo esame con il provvedimento ordinatorio di cui si è ampiamente parlato, può darsi ancora che tale provvedimento sia negativo, che cioè si concreti in un *diniego motivato* (vedremo presto in qual modo) del pignoramento. Può darsi altresì che il provvedimento sia positivo, contenga un *ordine del pignoramento*: ed in questo caso ancor due sono le ipotesi: che l'usciera proceda al pignoramento, ovvero che, pur avendolo riconosciuto legittimo, se ne astenga. Anche di quest'ultima eventualità, della *astensione dal pignoramento ordinato*, sarebbe superfluo rilevare l'estrema gravità.

Come reagisce, in tutte queste diverse ipotesi, l'ordinamento giuridico? È noto che sull'usciera possono incombere diverse forme di responsabilità: la responsabilità penale, la responsabilità disciplinare, la responsabilità civile verso la parte danneggiata. Si tratta di vedere quale responsabilità corrisponda a ciascuna delle ipotesi esemplificate.

Mi pare che si possa concedere che, a prescindere dal caso del dolo, che può inquinare qualunque specie di attività dell'usciera (anche il diniego motivato può essere frutto di *corruzione*, e cadere così sotto le sanzioni previste dall'art. 319 cod. pen.), la sanzione

dettata dall'art. 328 cod. pen. (*omissione o rifiuto di atti d'ufficio*), il quale prevede il fatto del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio che indebitamente rifiuta, omette, o ritarda un atto dell'ufficio o del servizio, e stabilisce la pena nella reclusione fino a un anno o nella multa fino a lire diecimila (41), corrisponda ai casi gravissimi della *inerzia* e della *astensione dal pignoramento ordinato*, ai quali è da parificare, per questo effetto, il *diniego puro e semplice*. Ma che, al contrario, se l'usciera rifiuta un pignoramento con un *diniego motivato*, formando quel provvedimento ordinatorio negativo descritto, la responsabilità penale sia da escludere, ancorchè egli abbia errato nel suo giudizio.

Per dimostrare quest'ultimo punto, è sufficiente a mio avviso riflettere che l'ordinamento giuridico non statuisce siffatte sanzioni nemmeno nell'ipotesi di errore del giudice; mentre da questi, non fosse che per i requisiti intellettuali e culturali di cui deve essere provvisto per potere assumere il suo ufficio (ai quali quelli richiesti per l'ufficiale giudiziario non sono neppur lontanamente paragonabili), si potrebbe pretendere ben di più. Nè si dica che le questioni che l'usciera deve risolvere sono così semplici, che un suo errore non potrebbe essere che grossolano e inescusabile; è vero invece il contrario: a non parlare di tante sottili e complicate questioni che possono sorgere, ad es., sul preciso contenuto del titolo esecutivo o sulla pignorabilità dei beni, basta osservare che perfino sul punto di cui sembrerebbe potersi pretendere la più sicura conoscenza da parte dell'ufficiale giudiziario (i limiti della sua competenza) si sono avute discussioni nella giurisprudenza e nella dottrina sufficienti a dimostrarne la complicatezza e la controvertibilità (42). Del resto, per qualunque ordine di funzionari la statuizione di una responsabilità penale per l'errore costituirebbe

(41) L'articolo stesso dichiara poi espressamente che si ha omissione, rifiuto o ritardo, quando il pubblico ufficiale è un giudice o un funzionario del pubblico ministero, solo quando concorrono le condizioni richieste per esercitare contro di essi l'azione civile (a norma degli art. 783-792 cod. proc. civ.), escludendo così la necessità di condizioni simili nel caso dell'ufficiale giudiziario; il che del resto era stato ritenuto già dalla giurisprudenza, anche sotto l'impero del cessato cod. pen.: cfr. *Cassaz. penale*, 25 giugno 1923, imp. Gerstgrasser (*Foro ital.*, 1923, II, 326).

(42) Cfr. CHIOVENDA, *Principi*, p. 530.

una assoluta eccezione ed una singolarità incomprensibile: in pieno contrasto con i più saldi principi del diritto penale.

Si aggiunga che le ragioni le quali suggeriscono di limitare la responsabilità del giudice, per timore di restringerne eccessivamente e pericolosamente la libertà (43), sussistono anche, se non più, nei riguardi dell'organo esecutivo: guai se gli ufficiali giudiziari dovessero pensare di incorrere in responsabilità così gravi tutte le volte che venisse lor fatto di errare rifiutando un atto del loro ministero!

Anche per la responsabilità civile (art. 61 cod. proc. civ.) e per quella disciplinare (art. 282 reg. gen. giud., che richiama il cit. art. 61), d'altronde, la legge presuppone la *negligenza* dell'uffiziale, a cui sia dovuto il ritardo nell'istruzione o nel compimento della causa (44); e la negligenza è diversa dall'errore. Anche queste disposizioni, peraltro, possono servirci per dimostrare il dovere dell'usciera di dar notizia alla parte (creditore) delle ragioni per le quali egli creda di rifiutare il pignoramento.

Non soltanto infatti un ovvio principio di convenienza suggerisce che si faccia conoscere al creditore il motivo del diniego, affinché egli possa rimediare, se gli è possibile, al difetto rilevato; la stessa applicabilità della disposizione dell'art. 61 cod. proc. civ. presuppone che l'usciera debba giustificare il suo diniego al creditore, altrimenti questi non potrebbe mai sapere, prima di proporre la sua domanda di risarcimento, se essa sia fondata od infondata. Ma soprattutto l'esistenza di un principio generale, in virtù del quale ogni organo pubblico che non possa determinarsi discrezionalmente ad agire in un modo o nell'altro, ma debba seguire precise disposizioni di legge, è tenuto a render conto delle ragioni per cui ritiene di non doversi uniformare alle richieste rivoltegli, convince che anche nel nostro caso, non esistendo una disposizione legislativa che statuisca una deroga, l'usciera ha il dovere di motivare il diniego del pignoramento. Che val quanto dire che egli deve formare e comunicare al creditore (45) il suo provvedimento

(43) Su tali ragioni v. CARNELUTTI, *Lezioni*, III, n. 273.

(44) Non mi par dubbio che nel termine di *causa*, che è usato nell'art. 61, come del resto in numerose altre disposizioni, nel senso di *processo*, si debba ritenere compreso anche il processo di esecuzione.

(45) Al solo creditore, e non anche al debitore, posto che - come è noto - la domanda di pignoramento non è proposta in contraddittorio e soltanto il creditore,

ordinatorio negativo; ma, a proposito della motivazione, conviene osservare che con questo nome non si intende l'esposizione completa di tutte le considerazioni e le argomentazioni in ordine alle quali sono state risolte le questioni, bensì soltanto la comunicazione delle soluzioni date alle questioni stesse. Le regole sulla *forma* del diniego del pignoramento possono quindi precisarsi ancora nel senso che la sua espressione verbale non può ridursi ad un "no", puro e semplice, ma deve includere la ragione del rifiuto: "no, perchè non mi ritengo competente,,"; "no, perchè la domanda mi è stata rivolta da un incapace,,"; "no, perchè quel dato bene è impignorabile,,".

Altra questione è quella se l'obbligo dell'esecutore sussista solo verso lo Stato oppure anche verso la parte, se cioè vi corrisponda un diritto del creditore. Ai fini del mio problema è sufficiente che esso esista verso lo Stato, il che mi par discendere dai principî sul rapporto di impiego ed essere confermato dalle norme che statuiscano la responsabilità penale e quella disciplinare. Senonchè, senza volermi estendere su di un argomento in qualche modo laterale, mi sembra che si possa sostenere che l'obbligo sussista anche verso la parte, non tanto per le disposizioni, pur eloquenti, sulla responsabilità civile dell'usciere, quanto perchè è innegabile che anche il diritto italiano vigente ha subito l'influenza di quelle concezioni ormai criticate e superate (retro, n. 3) sul rapporto fra la parte e l'usciere; il che, se non ci autorizza minimamente a tornare a concepire questo rapporto come di natura privatistica, ci deve peraltro fare ammettere che un obbligo dell'usciere di fronte alla parte è stato riconosciuto dal legislatore.

A questo punto sembra possibile precisare in modo assai più completo il concetto della *autonomia* dell'ufficiale giudiziario. Esso significa che l'usciere è competente a formare il provvedimento esecutivo ordinatorio sulla effettuabilità del pignoramento mobiliare (*l'ordine* o il *diniego* del pignoramento), con alcune limitazioni, tuttavia, che si analizzeranno più tardi. Non è quindi proprio parlare di autonomia, salvo che dal lato storico, per porre in evidenza che oggi l'usciere non dipende più dal giudice nella misura

legittimato ad esperire i possibili rimedi, ha interesse a conoscere il provvedimento e i suoi motivi.

in cui ne dipendevano gli *apparitores* romani o i *nuncii* italiani (e come tuttora ne dipendono i *Vollstreckungsorgane* austriaci). Si tratta invece di una particolare sfera di competenza attribuita direttamente all'ufficiale giudiziario, siccome all'organo specifico - osserva esattamente il DIANA (46) - nella originaria ripartizione dell'attività giurisdizionale fra i vari organi del tribunale. La differenza fra il sistema francese e quello austriaco in tema di poteri dell'usciera nell'esecuzione mobiliare consiste precisamente in questo, che nel primo l'usciera ha il potere di pronunciare l'*ordine* o il *diniego del pignoramento*, mentre nel secondo questo potere è riservato al giudice. Secondo il primo quindi l'usciera non è soltanto destinatario di un comando di questo tenore: "Esegui il pignoramento ordinato", ma anche di un altro comando: "Giudica se devi ordinare o negare il pignoramento", (47).

7. — Chiarito così che l'ufficiale giudiziario può, a seconda dei casi, ordinare o rifiutare il pignoramento e che in entrambe le ipotesi egli forma un provvedimento esecutivo ordinatorio, si presenta il problema dei possibili rimedi contro il provvedimento: problema che è però limitato alla ricerca dei rimedi contro il provvedimento negativo, contro il rifiuto del pignoramento, poi che il provvedimento positivo può non differire nella forma dal pignoramento stesso (i due provvedimenti, ordinatorio e materiale, manifestandosi simultaneamente in uno stesso mutamento del mondo esteriore) e non viene comunicato al debitore, diguisachè questi non può reagire che dopo l'effettuazione del pignoramento. Quali mezzi offre l'ordinamento giuridico al creditore che si senta danneggiato dal diniego dell'esecutore e pretenda che questo diniego non è conforme alla legge?

Il CHIOVENDA, dopo avere osservato che "il reg. germ. § 766 chiama il giudice a provvedere ogni qualvolta l'usciera rifiuta un

(46) *Op. e loco cit.*

(47) Sui caratteri e la precisa natura di siffatti comandi, nel processo di cognizione e nella direzione del giudice, cons. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra "error in iudicando", ed "error in procedendo"*, n. 2; *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile*, n. 4, in *Studi sul proc. civ.*, Padova 1930, I, pp. 215 e ss., 236 e ss.

atto „ ritiene che da noi provvedano “ mezzi indiretti disciplinari (L. ord. giud., art. 180 a 185, 250 e segg.) „ (48). Altrove invece scrive: “ Sul rifiuto dell'organo esecutivo può nascere una questione che viene decisa in via di cognizione „ (49).

Secondo il CARNELUTTI: “ Contro il rifiuto del pignoramento il creditore non ha altro rimedio fuor da quello di provocare, mediante il processo di cognizione, l'accertamento della sua azione esecutiva quanto al presupposto, la cui creduta mancanza ha determinato il rifiuto „. D'altra parte - egli osserva - il modo vigente di retribuzione degli ufficiali giudiziari fa sì che questi sentano piuttosto l'interesse ad accogliere che non a respingere la domanda, mentre anche dal lato della responsabilità l'ufficiale si sente più stimolato dalle sanzioni previste per il rifiuto ingiusto (art. 180 L. ord. giud.) che da quelle previste per il pignoramento ingiustamente eseguito (art. 181 e 183) (50).

Se ben si consideri adunque i due autorevoli scrittori si trovano concordi nel ritenere che la migliore garanzia del creditore sia costituita dal sistema delle responsabilità dell'ufficiale giudiziario; ma che del resto al rifiuto di questi non si possa porre rimedio se non provocando una sentenza del giudice competente, in un apposito processo di cognizione, seppure nella specie del giudizio esecutivo.

Mi pare opportuno dire subito che, a mio avviso, le sanzioni previste dalla legge nelle disposizioni citate non possono essere, se non molto indirettamente e sotto un aspetto più psicologico che giuridico, prese in considerazione nel problema che qui ci interessa. Anzitutto esse, come si è rilevato nel paragrafo precedente, trovano luogo per i casi di *inerzia* o di *diniego non motivato* o di *astensione dal pignoramento ordinato*: ma non nella ipotesi di *diniego motivato*, tuttochè erroneo, che è proprio quella per la quale la ricerca di un rimedio presenta maggiore importanza. In secondo luogo le sanzioni stesse possono avere una seria efficacia, ma - ripeto - solo dal lato psicologico, come garanzia puramente preventiva; mentre qui si domanda se sia ammissibile

(48) *Saggi cit.*, vol. I, p. 51.

(49) *Principi*, p. 278; *Istituzioni*, p. 321.

(50) *Lezioni*, VI, n. 625.

un rimedio successivo, effettivamente idoneo a sanare tempestivamente gli effetti del rifiuto. Ma soprattutto una considerazione sembra definitiva, sebbene di solito sfugga all'attenzione: le sanzioni minacciano la persona fisica dell'usciera, che pur merita di essere considerata distintamente dall'ufficio da essa ricoperto (51), mentre il provvedimento di diniego apparisce formato dall'ufficio, ed all'ufficio viene giuridicamente attribuito. Concepire l'azione, pubblica o del privato, per l'accertamento della responsabilità dell'usciera come un rimedio contro il suo provvedimento vuol dire lasciarsi involontariamente dominare dalle concezioni superate sul rapporto (di natura privatistica) fra la parte e l'usciera oppure tornare indietro, nei riguardi almeno del nostro problema, ai tempi nei quali i mezzi di impugnativa erano diretti non contro la sentenza, ma contro il giudice che l'aveva pronunciata.

Giova del resto osservare che gli autori testè citati chiaramente avvertono che a loro avviso non si tratta se non di *mezzi indiretti*; e pertanto chi credesse di poter sostenere la tesi qui criticata appoggiandosi alla loro autorità mostrerebbe di aver male interpretato il loro pensiero.

Se dunque è possibile ritrovare un rimedio efficace contro il diniego del pignoramento, esso non può consistere che in un atto

(51) E' questo un altro difetto, e non dei più trascurabili, delle concezioni più diffuse sull'ufficiale giudiziario: difetto che è necessario assolutamente eliminare se si vogliono raggiungere risultati sicuri e in certa misura definitivi. La dottrina è da tempo abituata a distinguere molto esattamente tra la persona fisica del giudice e l'ufficio: nessuno confonderebbe oggi i singoli componenti del collegio con il tribunale, o anche la persona deputata a esercitare le funzioni del giudice unico con la pretura o la conciliazione. Al contrario, nel caso dell'ufficiale giudiziario la fase della confusione fra la persona e l'ufficio non è stata ancora superata. Ciò dipende in parte dall'influenza dannosa delle più volte criticate concezioni privatistiche del rapporto fra la parte e l'usciera; in parte anche dalla mancanza di un termine adatto per designare sinteticamente l'ufficio, distinto dalla persona fisica che lo ricopre. E' un altro esempio del danno che recano al progresso delle scienze giuridiche l'incertezza e l'imprecisione terminologica. Certo io non mi sentirei il coraggio civile di proporre l'adozione di un termine come *usciera* (i tedeschi fanno presto invece a coniare, per servirsene anche nei *Länder* che hanno il *Gerichtsvollzieher* unico, quali la Prussia e la Baviera dal 1900, una parola come *Gerichtsvollzieherbehörde*); ma vorrei che, nonostante le difficoltà di esprimerci, si riconoscesse fondata e si tenesse presente la distinzione fra la persona fisica dell'usciera e il suo ufficio.

giuridico successivo idoneo a toglier di mezzo, a privare di effetti il provvedimento ordinatorio negativo; ma tale atto dovrebbe, per ovvie ragioni, essere un ulteriore provvedimento, conseguibile soltanto mediante una nuova fase del processo od un nuovo processo. E più precisamente, dovendosi presumibilmente trattare di un altro *provvedimento esecutivo puro*, tale processo si presenterebbe o come un processo di *cognizione improprio*, se nelle forme del processo di cognizione (52), oppure come un processo di *gravame esecutivo*. Nelle legislazioni straniere che prevedono espressamente l'ipotesi si trova di regola adottata questa seconda forma (53); mentre nel

(52) Il suggerimento del CRISTOFOLINI, *Scr. cit.*, p. 323, nota 3, di "tener distinti i casi in cui nelle forme del processo di cognizione, sia pure innestato nell'esecuzione, si perviene alla decisione di una controversia sul diritto materiale del creditore o del debitore o di un terzo, per comporre una lite occasionata dall'esecuzione, e i casi in cui le stesse forme servono soltanto a preparare un provvedimento esecutivo (giudizio di autorizzazione) o a impugnare un atto o provvedimento esecutivo ritenuto illegittimo (opposizione c. d. per motivi di rito; controllo sulla legalità dell'esecuzione) „ mi sembra fondato e particolarmente felice. Adotto quindi la denominazione da lui proposta per questi ultimi casi, di giudizio (di cognizione) improprio, e convengo di considerare come *gravami esecutivi* quelli in ordine ai quali si riesamina la misura esecutiva che ha formato contenuto del provvedimento impugnato, sì che oggetto immediato del giudizio è il suo mantenimento o la sua revoca (cfr. *ivi*, nota 4).

(53) Il problema è chiaramente risolto in quelle che hanno adottato il sistema austriaco e che pongono l'organo esecutivo sotto la diretta e preventiva sorveglianza del giudice, limitando a pochissimi casi il potere di quello di sospendere, senza previo ordine di questi, l'effettuazione dell'atto esecutivo (cfr. § 46 EO austriaca). Allorchè, infatti, la direzione dell'esecuzione è affidata a un giudice (*Executionsgericht*: § 17 EO), non può sorgere questione su chi possa rifiutarla, e anche gli eventuali rimedi contro il di lui rifiuto sono agevolmente rintracciabili nel sistema, seppure difettino disposizioni espresse.

La questione trovasi però risolta anche nel diritto germanico, secondo il quale al *Vollstreckungsgericht* (che è poi l'*Amtsgericht*: § 764 ZPO) spetta di decidere allorchè l'esecutore giudiziario rifiuti di assumere un "incarico „ di esecuzione o di compiere un atto competente all'incarico (§ 766).

La legge federale svizzera sull'esecuzione e sul fallimento (retro, nota 12) prevede ripetutamente il *reclamo per denegata o ritardata giustizia* (art. 17, 18, 19), che deve essere portato: contro il provvedimento dell'ufficio esecutivo all'autorità di vigilanza (art. 13), contro la decisione di questa alla autorità cantonale di vigilanza, se esiste distinta dalla prima (art. 13, secondo comma), ed infine al tribunale federale (art. 19). Fondamentale in questa materia è l'art. 21, che stabilisce:

diritto italiano, secondo l'autorevole dottrina ricordata, il silenzio mantenuto dal legislatore non renderebbe ammissibile se non la prima.

Non mi sembra il caso di insistere sugli inconvenienti a cui può dar luogo questa soluzione pessimistica. Essi sono stati efficacemente messi in rilievo dallo stesso CARNELUTTI (54), e del resto è sufficiente riflettere alla funzione assicurativa del pignoramento, che si è avuto cura di riaffermare (55), per rendersi conto del danno provocato dal ritardo conseguente al rifiuto dell'esecutore ed al necessario esperimento di un non breve processo di cognizione. Il fatto innegabile che un provvedimento ordinatorio del genere del diniego del pignoramento non può mai acquistare efficacia di giudicato, perchè il creditore ha sempre il diritto di riproporre all'uscire la sua domanda e di provocare da lui un altro (ma non necessariamente diverso) provvedimento, non basta certamente a risolvere quegli inconvenienti: sia perchè la coerenza, o il puntiglio, dell'uscire può determinarlo a rispondere sempre con un rifiuto, sia perchè, comunque, fra la prima domanda ed il provvedimento materiale che il creditore riesca infine ad ottenere può sempre decorrere un tempo prezioso.

Si dica piuttosto che la constatazione di pur gravi inconvenienti non può servire per la interpretazione della legge vigente, altro che come lontano, e tutt'altro che sicuro, indizio della improbabilità che il legislatore non abbia saputo prevederli minimamente.

Le ragioni per le quali la tesi della necessità di un apposito processo di cognizione mi sembra suscettibile di critica sono invece essenzialmente diverse; e del resto non credo di ingannarmi notando un senso di insoddisfazione nelle stesse espressioni usate dai suoi sostenitori. Che, invero, il processo di cognizione possa essere chiamato a funzionare per accertare l'azione esecutiva in seguito al diniego dell'esecutore non fa troppa meraviglia nei casi in cui il rifiuto sia stato determinato da un giudizio negativo dell'uffiziale su quei presupposti (legittimazione delle parti e causa dell'atto), i

“L'autorità che dichiara fondato un reclamo annulla o riforma gli atti impugnati. Essa ordina l'esecuzione di quelli dei quali il funzionario abbia senza motivo rifiutato o ritardato il compimento.”

(54) *Lezioni*, VI, n. 625.

(55) *Retro*, nota 6.

quali, come si è notato (retro, n. 4), sono a lui provati dal titolo esecutivo; quando, in altri termini, ciò che si chiede è un ulteriore controllo sul contenuto, o anche sulla forma del titolo esecutivo. Ma che, in simile processo di cognizione, si possano richiedere indagini e giudizi su quegli altri presupposti del pignoramento, il cui creduto difetto può benissimo averne provocato il diniego, concernenti la capacità o la competenza dell'esecutore, ovvero la sussistenza di beni pignorabili, sembra veramente in singolare contrasto tanto con la normale funzione del processo di cognizione quanto con la sua struttura. Ed io credo lecito supporre che la soluzione qui criticata sia stata proposta appunto tenendo presente il primo gruppo di questioni, e soprattutto l'ipotesi - da noi ritenuta inammissibile (retro, n. 4) - che il pignoramento sia rifiutato per estinzione del diritto (materiale); nella quale ipotesi la costruzione urta certamente contro minori difficoltà. Che se invece l'usciera rifiuta il pignoramento ritenendo di non essere competente ad eseguirlo, o di trovarsi in uno dei casi di incompatibilità previsti dall'art. 41, ultimo comma, cod. proc. civ., oppure che non vi siano beni pignorabili, la soluzione sia inadeguata e priva di quell'armonia che anche le costruzioni giuridiche debbono presentare.

Negli ultimi casi, infatti, tutta la struttura del processo di cognizione si ribella alla funzione che ad esso si vorrebbe commettere, a cominciare dal contraddittorio del debitore, spesso completamente inutile, anzi dannoso, perchè causa di spese non indifferenti il cui carico non si saprebbe neppure su chi far, giustamente, gravare.

Di conseguenza, almeno per un gruppo numeroso e notevole di casi sarebbe necessario ammettere che contro il rifiuto dell'esecutore non sia concesso alcun rimedio diretto, salva rimanendo al creditore la potestà, spesso poco più che illusoria, di riproporre quante volte credesse la sua domanda; a differenza da un vastissimo numero di provvedimenti analoghi, anche formati da alte autorità giudiziarie, il provvedimento negativo di questo inferiore e meno scelto organo giurisdizionale, che è l'usciera, si troverebbe al riparo da ogni controllo, e specialmente da ogni forma rapida di controllo. E questo, si noti, in una materia, quale è quella dell'esecuzione mobiliare, rispetto ad un momento, quale il sequestro esecutivo, misura assicurativa per eccellenza; nei casi cioè in cui l'urgenza non è mai troppa, mai più fortemente e giustamente sentito il bisogno di celerità.

Eppure non sembra dubbio che, impostato come lo è stato finora, il problema non può comportare soluzioni diverse e la ricerca è destinata a fallire. Prima però di giungere a così sconsolanti conclusioni e di riconoscere, anche in questo argomento, un altro gravissimo difetto del nostro regolamento del processo di esecuzione, è forse opportuno tentare per un'altra via se non sia proprio possibile trovare una soluzione più armonica e più rispondente alle esigenze pratiche che il processo esecutivo deve soddisfare. Quest'altra via, se c'è, non può essere aperta se non approfondendo il tema dei rapporti fra l'usciere come esecutore giudiziario e il giudice che presiede all'ufficio di esecuzione.

8. — Nel tentativo di precisare meglio la portata del principio della *autonomia* dell'ufficiale giudiziario si è giunti alla provvisoria conclusione che esso è competente a pronunciare il provvedimento esecutivo ordinatorio sulla effettuabilità del pignoramento (retro, n. 6 in fine); ma si è avvertito, per la provvisorietà stessa della conclusione, che il principio subisce alcune rilevanti limitazioni. È venuto ora il momento di analizzare i casi nei quali il potere dell'ufficiale giudiziario cede di fronte al potere di un altro organo più elevato, che nel processo di espropriazione sui beni mobili è il pretore, per vedere se da questa analisi sia possibile trarre dei principi idonei a fornirci la chiave per risolvere il nostro problema. Dico subito che questa ricerca è destinata a inferire un colpo non indifferente al conclamato dogma della autonomia dell'usciere, che finora poteva sembrare ben saldo soltanto perchè non era stato sottoposto a una decisa revisione critica.

Troviamo infatti subito dei casi nei quali il provvedimento esecutivo ordinatorio (ordine del pignoramento) non può essere formato dall'ufficiale giudiziario, ma è riservato alla competenza del pretore (56). Tale è il caso del *pignoramento fuori tempo*, effettuato

(56) Qualche volta, accanto al pretore troveremo il conciliatore (del comune in cui ha luogo l'esecuzione, quando esso non sia sede di pretura). Si tratta a mio avviso di un caso di competenza di un *giudice di urgenza*; il conciliatore esercita dei poteri che sarebbero di spettanza del pretore, data l'urgenza, nello stesso modo in cui per molti provvedimenti a funzione cautelare troviamo il giudice unico autorizzato a provvedere in luogo del giudice collegiale. Ma la costruzione

in un giorno festivo, oppure prima che sia scaduto il termine dilatorio da assegnarsi nel precetto (*tempo di urgenza*); esso invero presuppone uno *speciale ordine*, sottratto al potere dell'esecutore e demandato al giudice (" *permessione* „ o " *autorizzazione* „ del pretore: art. 42, terzo comma, e 578 cod. proc. civ.).

Così pure, il pignoramento di certi beni, quali gli *assegni per alimenti*, presuppone un *ordine speciale*, una " *permessione* „ del pretore, che deve determinare anche la porzione pignorabile (articolo 592 cod. proc. civ.; ritengo che l'autorità giudiziaria ivi indicata possa essere appunto il pretore che presiede all'ufficio di esecuzione).

Il pretore stesso è poi l'organo competente a formare una serie di provvedimenti successivi al pignoramento, ma che, in quanto ne modificano alcuni aspetti od effetti particolari, debbono considerarsi come destinati ad integrare l'attività dell'ufficiale giudiziario. Ad esempio, mentre a questi spetta procedere alla *nomina del custode* (art. 599), è invece il pretore che deve provvedere all'*esonero del custode* già nominato (art. 605) ed alla sua *surrogazione* con un altro custode (art. 602) (57); al pretore soltanto compete la *nomina dell'agente* per la coltura delle terre e l'esercizio delle aziende i cui attrezzi ed utensili debbono essere pignorati (art. 587); agente che non è altro che un custode, richiesto però in una circostanza particolare. Anche a prescindere dalla parte preponderante assegnata al giudice della pretura nel processo di espropriazione di crediti e di beni mobili presso terzi (art. 611), si vede già come in quello per espropriazione di mobili presso il debitore sia talvolta sottratto all'usciera il potere di formare i provvedimenti ordinatori richiesti.

Altra figura interessante è quella della *riduzione del pignoramento*, che secondo me è esattamente concepita dalla dottrina più recente come un *gravame esecutivo*, rientrante nella competenza del

dogmatica cui miriamo può prescindere da queste ipotesi eccezionali e prendere in considerazione il pretore come capo dell'ufficio esecutivo nel processo di espropriazione mobiliare e, come tale, sempre competente.

(57) Al pretore è commessa anche la tassazione del salario del custode (art. 603); ma trattasi di funzione essenzialmente diversa e non interessante il nostro argomento.

pretore come capo dell'ufficio di esecuzione, nonostante la formulazione vaga dell'art. 584 (58). Anche in questa abbiamo il conferimento al giudice di esecuzione del potere di formare un provvedimento esecutivo (*ordinatorio e materiale* insieme se, come sembra, non occorre alcun altro atto ulteriore perchè si verifichino gli effetti materiali della sottrazione dei beni esuberanti dal novero di quelli sottoposti al pignoramento), che integra, modificandolo, il provvedimento dell'ufficiale giudiziario.

Basterebbero probabilmente tutte queste disposizioni per giustificare la costruzione di un principio generale sui rispettivi limiti della competenza dell'ufficiale giudiziario e del pretore nel processo di espropriazione mobiliare (59). Questo *principio generale*, che spiega e giustifica tutte quelle norme esemplificate, le quali non ne rappresentano che l'applicazione nei singoli casi, e che non è contraddetto da alcuna eccezione inspiegabile, potrebbe formularsi nei termini seguenti: *la competenza a formare i provvedimenti ordinatori e materiali, occorrenti nella fase preliminare (pignoramento) del processo di esecuzione per espropriazione su beni mobili è ripartita fra l'ufficiale giudiziario e il pretore a seconda che ciascun provvedimento rappresenti un momento essenziale e costante dello svolgimento normale del processo, ovvero un intervento accidentale e straordinario, richiesto per superare particolari difficoltà.*

Non credo che si possa caratterizzare altrimenti questa distribuzione di mansioni, che non trova neppure spiegazione in una diversa natura delle questioni che l'organo deve risolvere per formare il provvedimento.

La nomina di un secondo custode ha esattamente la stessa funzione, presuppone la soluzione di questioni dello stesso ordine, produce effetti assolutamente identici alla nomina del primo (articoli 599 e 602); l'unica differenza fra i due provvedimenti sta in questo: che la nomina del custode al momento del pignoramento

(58) CARNELUTTI, *Lezioni*, VI, n. 657 e VII, n. 832; ivi, specialmente, a p. 97-98.

(59) Naturalmente mi occupo qui solo della prima fase del processo, concernente il pignoramento. Nelle fasi successive la funzione esecutiva è di regola riservata al giudice, salvo alcune eccezioni (es. art. 627 e ss., 643). Prescindo anche necessariamente da qualsiasi questione concernente la posizione o i poteri del cancelliere, o di qualunque ausiliare dell'ufficio di esecuzione.

è un atto normale e necessario del processo e fa parte sempre della serie di atti di cui questo si compone, mentre la surrogazione - pur non presentandosi davvero eccezionalmente ardua - esce dal corso ordinario, non corrisponde più all'*id quod plerumque accidit*.

Se si rifiutasse il principio sopra enunciato, converrebbe confessare che quella ripartizione di competenza è dovuta esclusivamente al caso, al capriccio dei compilatori della legge, mentre è logico pensare che se ne debba e se ne possa trovare la spiegazione. Or bene, a me sembra che nella formulazione proposta la distinzione corrisponda anche a quello che possiamo sapere della storia dell'usciera. La storia ci insegna infatti che questo si è distinto dal giudice, nel senso di acquistare una propria sfera di competenza, in periodi relativamente recenti e soprattutto ci ricorda che la sua competenza non è costituita che da una parte di quei poteri che altra volta (e tuttora, altrove) spettavano al giudice di esecuzione (60). D'altra parte, non si deve dimenticare che l'usciera è pur sempre un organo giurisdizionale inferiore, provvisto di requisiti di coltura generale e specifica assai più modesti di quelli del giudice; è un pubblico ufficiale, ha funzioni indubbiamente delicatissime, ma è presumibile che nel togliere al giudice alcuni dei poteri relativi alla funzione esecutiva per affidarli all'usciera si siano scelti quelli soltanto che erano, o sembravano, più lineari, più direttamente rivolti al fine dell'esecuzione; e cercando, se mai, di sbagliare piuttosto in meno che in più (è questa anzi una delle più gravi critiche che possono rivolgersi al nostro codice).

La costruzione sopra esposta non presenta alcuna affinità sostanziale con quelle concezioni che vedono negli atti dell'usciera la esecuzione di un ordine del giudice, seppure tacito ed implicito (61), ovvero suppongono presente ed immanente, anche quando manchi in tutto il corso della procedura esecutiva qual-

(60) Ciò è pacifico. Cfr. per tutti SCHMIDT R., *Op. cit.*, § 34, II, p. 198, che attribuisce il fatto all'interesse di ottenere una *Reinhaltung des richterlichen Amts*.

(61) In questo senso PLANCK, *Lehrbuch*, I, p. 126; II, p. 621, 623, sul quale v. HELLWIG, *Op. cit.*, II, § 82. Si tratta di una finzione, che non presenta neppure alcuna utilità sistematica.

siasi atto o provvedimento proprio del magistrato, la funzione giurisdizionale, non riconosciuta all'usciera (62).

Secondo le nostre premesse, invero, l'ufficiale giudiziario è un organo giurisdizionale investito di poteri propri nel processo di esecuzione. Nei limiti assegnati alla sua competenza egli conosce e decide da sè, perchè la legge lo autorizza a decidere da sè. Ciò che non impedisce di riconoscere nè che quei limiti sussistano, nè che il provvedimento da esso formato, pur entro quei limiti, possa eventualmente essere controllato e riformato da un organo giurisdizionale superiore.

9. — La ripartizione della competenza a formare provvedimenti esecutivi nel processo di espropriazione mobiliare fra ufficiale giudiziario e pretore, come è stata fin qui descritta; può servire, ma non è sufficiente a risolvere il problema dei possibili rimedi contro il diniego del pignoramento pronunciato dall'usciera. Abbiamo trovato, è vero, un caso di gravame esecutivo proposto al pretore contro il provvedimento dell'usciera, nella riduzione del pignoramento; ma, a prescindere dal fatto che la sua classificazione - che io ritengo esatta - non può dirsi da tutti accettata, è anche da notare che in quel caso il gravame è proposto contro un provvedimento esecutivo materiale (quale è il pignoramento), di cui il diniego del pignoramento, che si è descritto come un provvedimento ordinatorio, rappresenta per molti aspetti l'antitesi. Di qui l'impossibilità di sostenere l'*eadem ratio* per estendere in via di analogia il disposto del solo art. 584.

Senonchè vi è nel nostro codice un'altra disposizione, che mi è sempre apparsa di importanza fondamentale per la sistemazione del nostro processo esecutivo: quella dell'art. 572. Nel mio prece-

(62) È la tesi del MORTARA, *Op. cit.*, II, n. 436, p. 556, combattuta dal CHIOVENDA, in *Saggi*, cit., p. 48; quale che sia il valore delle argomentazioni, mi sembra chiaro che le parole del MORTARA non hanno a che vedere con l'argomento che qui ci interessa, essendo esse dirette a dimostrare che immanente a quella dell'usciera, affermata puramente governativa (come è anche secondo il PLANCK, *Op. cit.*, II, p. 621; ciò che può bastare a spiegare la tesi di cui alla nota precedente e a mettere in rilievo le affinità fra le teorie del PLANCK e del MORTARA), vi è una attività, giurisdizionale, del giudice (che sarebbe del resto il giudice indicato dall'art. 570, il quale può non essere affatto il pretore).

dente lavoro dedicato allo studio della portata e del significato di quella norma, io confido di essere riuscito a dimostrare che essa prevede e regola precisamente un quidsimile di *gravame esecutivo*, proposto contro il provvedimento di *desistenza* dall'atto di esecuzione richiesto all'usciera (63). I presupposti dell'attività del giudice unico di cui all'art. 572 (di regola il pretore, eccezionalmente il conciliatore) venivano a risolversi nei seguenti: a) atto esecutivo predisposto, ma non compiuto, a causa di una difficoltà avvertita al momento di effettuarlo; b) situazione di fatto tale da rendere l'atto esecutivo, non certo le difficoltà (64), insopportabile di ritardo. In quanto alla natura delle difficoltà previste dalla disposizione, mi parve corretto escludere da tale concetto le controversie, e specialmente le controversie di merito, pur evitando di identificare le difficoltà stesse con gli ostacoli di carattere meramente materiale, secondo l'opinione comune: e tentai invece di chiarire come dovessero prendersi in considerazione solo quelle *difficoltà economiche* (temuta sproporzione fra la somma dei mezzi necessari per il compimento dell'atto ed il suo prevedibile rendimento), le quali, pur avendo di solito causa in ostacoli di ordine fisico, si traducevano in *difficoltà giuridiche*, cioè nel dubbio sulla conformità dell'atto alle prescrizioni giuridiche di convenienza (65).

Avere assodato che l'art. 572 prevede una specie di *gravame esecutivo*, ammesso contro un provvedimento ordinatorio negativo dell'usciera e proposto dinanzi al pretore, quindi più precisamente una figura di *opposizione esecutiva*, posto che usciera e pretore co-

(63) *Difficoltà di esecuzione e provvedimenti esecutivi ordinatori*, cit.

(64) *Ivi*, p. 75.

(65) Accennavo peraltro fin da allora alla possibilità di estendere il disposto dell'art. 572 anche alla ipotesi del diniego del pignoramento, mettendo in rilievo la sufficiente larghezza della disposizione e la *eadem ratio*, dimostrata dal fatto che tanto nei casi direttamente previsti dall'art. 572 quanto nel caso del diniego del pignoramento siamo in presenza di un *provvedimento esecutivo ordinatorio negativo*. Per quanto singolare possa sembrare a prima vista, io non dubito infatti che la *desistenza motivata dall'atto esecutivo* si configuri, a chi seriamente intenda esaminarla e qualificarla, anzitutto come un atto giuridico, e poi come un provvedimento di quella specie. Ma il ricorso all'analogia deve farsi, più risolutamente, attraverso il riconoscimento del principio generale di cui oltre nel testo.

stituiscono due organi dello stesso ufficio di esecuzione (66), consentendo di costruire una assai più larga e sicura base ad un principio generale, di cui solo molto recentemente la dottrina ha percepito l'esistenza.

In virtù di tale principio si deve ritenere permessa la estensione del beneficio del controllo ad ogni provvedimento esecutivo il cui riesame da parte dell'ufficio, che lo ha preso, non sia dalla legge vietato. " Il solo ostacolo a questa possibilità sta nella esistenza di una disposizione o di un principio statuente la immutabilità del provvedimento ad opera dell'ufficio che lo ha formato; ma se questo principio può ritenersi esistente per la sentenza, anche quando questa abbia il contenuto di un puro provvedimento esecutivo, poichè il vigente ordinamento non distingue fra questo e il provvedimento giurisdizionale, non altrettanto si deve dire quando il provvedimento esecutivo abbia una forma diversa., (67).

Ora, se si concede che il *diniego del pignoramento* non è altro che un provvedimento esecutivo (ordinatorio negativo), come oserai sperare di aver dimostrato, non vedo perchè non si possa estendere anche ad esso il controllo da parte del pretore, nella forma della *opposizione esecutiva*, e si debba invece rimandare il creditore insoddisfatto alla via del processo di cognizione improprio, estremamente più lunga e in moltissimi casi (questioni sulla competenza o la capacità dell'usciera, sulla pignorabilità di beni, sulla convenienza del pignoramento) manifestamente inidonea.

Il riconoscimento al pretore del potere di controllare, in sede di opposizione esecutiva, il provvedimento ordinatorio dell'ufficiale giudiziario ci presenta una costruzione molto più logica ed armonica della disciplina del pignoramento. Tale costruzione non urta

(66) Il fatto che il pignoramento possa essere eseguito anche da un ufficiale giudiziario non addetto alla pretura è giustamente ritenuto non influente a questo proposito. Il processo esecutivo per espropriazione mobiliare è di competenza della pretura, ed in una simile ipotesi anche l'ufficiale giudiziario addetto ad altro tribunale viene a dipendere, per tutti gli effetti di cui nel testo, dal pretore competente.

(67) Così testualmente CARNELUTTI, *Lezioni*, VII, p. 95-95. Ho voluto riferire le precise parole per mostrare che le nostre conclusioni sono diverse solamente, in fondo, perchè io classifico decisamente il *diniego del pignoramento* fra i provvedimenti (retro, n. 5).

contro alcuna disposizione di legge; corrisponde ai sistemi adottati in quasi tutte le legislazioni, e appare quindi giustificata anche da considerazioni di teoria generale del diritto (68); trova qualche riscontro perfino in ciò che si verifica quasi quotidianamente nella pratica (69).

Concludendo su questo punto, i rimedi giuridici concessi alle parti del processo di esecuzione contro l'attività dell'uscieri si dispongono nel quadro seguente:

a) Contro il provvedimento ordinatorio positivo (*ordine del pignoramento*) ed il conseguente provvedimento materiale (*pignoramento*) il debitore è ammesso a far valere le proprie ragioni con:

α) l'*opposizione di merito*, che dà luogo ad un *processo di cognizione, giudizio esecutivo proprio*, se egli contesta l'esistenza del diritto materiale del creditore, provocando l'accertamento su questo;

β) l'*opposizione d'ordine o di rito*, nelle forme del *processo di cognizione*, ma *improprio*, se egli contesta la legittimità dell'esecuzione per motivi meramente processuali, provocando un giudizio sulla esistenza e il contenuto dell'azione esecutiva. Per entrambi

(68) È questa senza dubbio la più utile e feconda funzione dello studio del diritto comparato: quella di servire alla costruzione della teoria generale, mostrando quali sono, e quali no, i principi essenziali, insopprimibili di ogni istituto giuridico, e quali soprattutto le sue note caratteristiche.

(69) Non è raro infatti che, al fine di porsi più sicuramente al riparo da responsabilità, specialmente disciplinari, l'ufficiale giudiziario esponga al pretore i suoi dubbi sulla effettuabilità di un pignoramento richiestogli, prima di rifiutarlo, ovvero che il creditore stesso chieda, direi quasi ufficiosamente, al pretore di intervenire. A questo contribuisce il disposto dell'art. 86, primo comma, del reg. gen. giud. approvato col r. d. 14 dicembre 1865, n. 2641 (mantenuto in vigore dall'art. 226 del T. U. sull'ord. giud. approvato col r. d. 30 dicembre 1923, n. 2786), che detta: « Gli uscieri devono eseguire senza ritardo le avute commissioni e, in caso di impossibilità di pronta esecuzione, devono riferirne e giustificarne i motivi al pretore, o al presidente, o primo presidente loro superiore diretto ». Ma se in tali casi l'ufficiale giudiziario si determina al pignoramento perchè il pretore lo ha ritenuto legittimo, lo fa di solito solamente per l'autorità personale che riconosce al pretore (come persona fisica) e al suo parere, o con l'intenzione di coprire la propria responsabilità con quella di lui, non già perchè si ritenga giuridicamente vincolato ad osservare il suo giudizio; mentre ciò che qui si vuole sostenere è che il pretore, come organo investito della competenza a decidere sul gravame esecutivo, forma un provvedimento ordinatorio (di gravame) che, sostituendosi a quello impugnato, vincola direttamente l'ufficiale giudiziario.

questi rimedi è competente il giudice indicato nell'art. 570 cod. proc. civ.;

γ) *l'opposizione esecutiva, gravame esecutivo* da proporsi dinanzi al pretore del mandamento in cui si fa l'esecuzione, se egli fa valere solamente delle ragioni di convenienza e di opportunità (riduzione del pignoramento, sostituzione di un bene pignorato con un altro bene).

b) Contro il provvedimento ordinatorio negativo dell'usciera (*diniego del pignoramento*, anche nella forma della *desistenza motivata dal pignoramento ordinato*) il creditore è ammesso a proporre: *l'opposizione esecutiva*, dinanzi al pretore del mandamento in cui l'esecuzione doveva avvenire secondo la domanda; pur essendogli riconosciuto anche il potere, quando egli intenda provocare l'accertamento del suo diritto materiale o processuale, di servirsi - a suo rischio e pericolo - delle forme del processo di cognizione, proprio od improprio.

Se il creditore si vale della *opposizione esecutiva*, il controllo del pretore viene esercitato mediante il riesame delle stesse questioni risolte dall'ufficiale giudiziario con il suo provvedimento esecutivo ordinatorio e trova gli stessi limiti nella sussistenza e nell'efficacia del titolo esecutivo. Il pretore non può cioè, se è invocato con il solo gravame esecutivo, accertare il diritto materiale del creditore, quand'anche simile accertamento rientrasse nei confini della sua competenza generale (70); egli deve quindi conoscere dei presupposti del pignoramento nello stesso modo e con gli stessi poteri dell'usciera (retro, n. 4, testo e note).

Di conseguenza, la sua pronuncia sulla domanda di gravame del creditore ha natura di mero *provvedimento esecutivo ordinatorio*, che può essere a sua volta positivo o negativo: *ordine del pignoramento* se il pretore riforma il provvedimento dell'usciera, impugnato dal creditore, e ordina quindi all'usciera di compiere l'atto esecutivo richiesto; *diniego del pignoramento* se, al contrario, egli

(70) In tale ipotesi, peraltro, non saprei escludere la possibilità che la parte richieda al giudice, insieme con la riforma del provvedimento dell'usciera, l'accertamento del diritto, dando luogo ad un giudizio esecutivo, sotto il quale resterebbe assorbito il gravame. Il riconoscimento di questa conseguenza non può dipendere, quando appunto il pretore sia competente anche per il giudizio esecutivo, che dalla interpretazione della volontà delle parti, manifestata già con la forma prescelta per domanda (oltre, n. 10, A).

conferma il provvedimento impugnato. In entrambi i casi, questo provvedimento di gravame si sostituisce al provvedimento impugnato, di cui conserva - come si è rilevato - la stessa natura.

10. — Lo studio della struttura del processo di opposizione esecutiva contro il diniego del pignoramento presenta singolari difficoltà, perchè invano si cercherebbero nella legge disposizioni espresse destinate a disciplinarlo. È pertanto necessario ricostruirne il regolamento con la scorta dei principi generali e, eventualmente, di alcune massime di esperienza, tenendo presente che, del resto, tutto il processo di esecuzione italiano è di solito informato al principio della *forma libera* (71).

L'indagine si divide logicamente in tre fasi, concernenti rispettivamente la domanda, l'istruzione e la decisione.

A) Prima di esaminare il regolamento formale della *domanda* sembra necessario porsi il problema se essa costituisca un atto indispensabile del processo, un presupposto essenziale dell'attività del pretore: in altri termini se ad essa corrisponda un *onere* a carico del creditore. Ma tale problema si trova implicitamente risolto nelle pagine precedenti, in cui si è definito e costruito come un *gravame* (esecutivo) il rimedio concesso contro il diniego dell'usciera; anzi la sua soluzione si trova anche più addietro, al momento in cui si è dovuto ammettere il potere dell'ufficiale giudiziario di formare il provvedimento di diniego. È chiaro infatti che tale potere non sussisterebbe, perchè privo di contenuto e di significato, se l'ufficiale giudiziario stesso fosse sempre tenuto a provocare il controllo del pretore, ovvero se questi avesse il dovere di procedere d'ufficio al controllo, riducendosi l'esame dell'usciera a un semplice parere privo di qualsiasi valore giuridico, almeno ogni qualvolta esso concludesse negativamente. Se così fosse, in altri termini, converrebbe riconoscere riservato al pretore il potere di rifiutare il pignoramento.

Ammesso invece il potere dell'ufficiale giudiziario e accertato

(71) La quale si ha "appunto quando, la forma non essendo prescritta se non, indirettamente o implicitamente, mediante la indicazione della causa, risponde al voto della legge qualunque forma idonea a realizzarla e perciò l'agente è libero, secondo la sua esperienza, di scegliere i mezzi formali che ritiene più adatti per raggiungere lo scopo.", CARNELUTTI, *Lezioni*, VII, n. 907.

il carattere di provvedimento del suo atto di diniego, non si fa che applicare principi generali ben noti del diritto processuale riconoscendo la sussistenza di un onere, a carico della parte soccombente (gravata dal provvedimento), di richiedere il controllo in sede di gravame sul provvedimento stesso: onere della domanda che, per i presupposti ed i fini di essa, più particolarmente si qualifica come *onere del gravame*.

Ciò corrisponde fedelmente al sistema generale del nostro processo esecutivo, dominato anche esso, come è ben noto, dal principio dispositivo (72), in virtù del quale esso si muove, in quasi tutte le sue fasi, se e in quanto la parte lo fa procedere, esercitando il suo potere di impulso (73); il che renderebbe ancor più singolare la soluzione contraria (74). Non è quindi possibile pretendere di ricondurre il processo di gravame all'onere, già dal creditore adempiuto, della domanda di esecuzione, ravvisando in questa un contenuto potenziale che comprenda la richiesta del controllo del

(72) Lo stesso principio informa il processo esecutivo francese e quello tedesco (motivi in HAHN, *Mat. zur ZPO*, 1880, p. 422), al contrario dell'austriaco (KLEIN-ENGEL, *Der Zivilprozess Oesterreichs*, 1927, p. 180 ss.; WALKER, *Oesterreichisches Executionsrecht* ³, p. 27 ss., 338 ss.).

(73) CARNELUTTI, *Lezioni*, V, n. 448.

(74) E' opinione diffusa in dottrina e in giurisprudenza che il processo previsto dall'art. 572 cod. proc. civ. possa essere provocato dallo stesso ufficiale procedente (cfr. JAEGER, *Difficoltà di esecuzione ecc.*, cit., p. 63); ma, a prescindere anche dalle differenze che corrono fra quel processo, di cui si disse che poteva *affiancarsi* alla teoria dei gravami esecutivi pur essendo regolato singolarmente dal lato strutturale (ivi, p. 74), e quello di cui ora ci occupiamo, non par dubbio che contro quella opinione si possano pur muovere delle obbiezioni, e forse non trascurabili (ivi, p. 77): soprattutto deve esser chiaro - si osservava già allora - che anche se si volesse concedere, sull'autorità del MORTARA, che una manifestazione di volontà della parte in senso positivo non sia indispensabile per provocare il processo (dell'art. 572), ad una dichiarazione del creditore in senso negativo, e cioè per la desistenza dall'esecuzione, non potrebbe essere disconosciuta una efficacia definitiva. Ora, il vero è che l'ufficiale giudiziario, il quale, nell'ipotesi dell'art. 572, rimetta le parti dinanzi al pretore, non intende provocare da questi il controllo sul proprio operato, bensì la formazione di quel provvedimento che egli non ha creduto di formare da sé. Se gli sia lecito condursi in tal modo non è qui il caso di discutere; ma sarebbe certo superficiale concludere confondendo il provvedimento di rinvio al pretore con un provvedimento di diniego immediato o successivo (desistenza) del pignoramento.

pretore sul provvedimento negativo dell'ufficiale giudiziario; questo provvedimento, infatti, corrisponde alla domanda di pignoramento e ne esaurisce l'oggetto, in modo che è necessaria una ulteriore domanda per provocare la riforma del provvedimento stesso.

Nulla si trova stabilito sulla *forma* della domanda di gravame; in quanto al *tempo* della sua proposizione il difetto di regolamento espresso implica, a mio avviso, una libertà limitata soltanto dalla disciplina generale del processo (prescrizione dell'azione esecutiva). Il problema della *forma intrinseca* vuole essere risolto anche in ragione della conclusione che si ritenga di adottare a proposito della necessità del contraddittorio. Per gli argomenti altra volta spiegati e che si possono richiamare qui, perchè fondati su principi generali di importanza indiscussa (75), io credo che debba escludersi tanto un onere dal creditore quanto un dovere dell'ufficio di provocare il contraddittorio, citando o chiamando il debitore nel processo.

Il CARNELUTTI sembra riscontrare nel contraddittorio una "tra le cautele imprescindibili del controllo in sede di opposizione,, (76); ma il contesto dimostra in modo evidente che, scrivendo queste parole, egli aveva presenti i casi di opposizione esecutiva promossa dal debitore, e contro un provvedimento esecutivo materiale, o quanto meno ordinatorio positivo, già noto ad entrambe le parti. Qui si esamina, invece, l'ipotesi di un gravame proposto contro un provvedimento esecutivo ordinatorio negativo, emesso non già in contraddittorio, ma, almeno di solito, a insaputa del debitore. E la più volte ricordata funzione assicurativa del pignoramento (77) rende, più che opportuno, molte volte indispensabile, che anche il processo di gravame si svolga senza che il debitore ne sia a conoscenza, a maggiore garanzia del rendimento del pignoramento richiesto. Nè d'altra parte egli, che può non saper nulla del provvedimento di diniego dell'uscire, avrebbe ragione di lamentarsi di ignorare la fase di controllo sul provvedimento medesimo. Comunque, non difettano argomenti esegetici e sistematici a sostegno di queste considerazioni di convenienza; e in particolare merita rilievo l'ana-

(75) *Scr. cit.*, p. 79.

(76) *Lezioni*, VII, p. 96.

(77) *Retro*, nota 6.

logia con i processi per ottenere i provvedimenti cautelari e il provvedimento di cui all'art. 578 cod. proc. civ. (78).

La conclusione della *non necessità*, che non vuol dire divieto, del *contraddittorio* ha grande importanza per tutto il regolamento formale degli atti del processo. Nei riguardi della domanda, anzitutto, essa elimina ogni difficoltà ad ammettere la più ampia libertà di forma, a consentirne anche la proposizione orale, mediante l'esposizione delle proprie richieste fatta personalmente ed a viva voce dal creditore al pretore.

B) La stessa premessa determina conseguenze analoghe in tema di *istruzione* nel processo di gravame. Anche il pretore, come l'ufficiale giudiziario, può richiedere che le affermazioni della parte vengano confermate da prove adeguate (79), poichè egli deve riesaminare e risolvere, in sede di controllo, le stesse questioni esaminate e risolte dall'ufficiale giudiziario che ha rifiutato il pignoramento (80). Anche qui si tratta soltanto di verificare la sussistenza dei presupposti del pignoramento, non già di accertare il diritto materiale della parte; ma ciò non impedisce che, per risolvere simili questioni, l'ufficio debba esercitare appunto quella attività inquisitiva che ha per oggetto la ricerca e la critica delle prove.

Orbene, l'assunzione delle *prove costituenti* ci presenta lo stesso problema del regolamento formale; ma, come si ebbe occasione di notare per il processo previsto dall'art. 572 cod. proc. civ., anche qui sembra che si debba concludere per l'inesistenza di forme legali, non essendo applicabili quelle disposte nel codice esclusivamente per il processo di cognizione (81). Di conseguenza, l'assunzione av-

(78) Colgo l'occasione per ricordare ancora una volta le disposizioni dell'art. 304 reg. gen. giud., ingiustamente condannato, come tante altre norme di quel regolamento, all'oblio dalla dottrina, quasi che simili norme non facessero parte integrante del nostro diritto processuale. Mi sembra, ad esempio, che quell'articolo avrebbe potuto opportunamente esser tenuto presente dal LIPARI, nel suo lavoro *Prove e procedimento nel giudizio di spoglio*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, 147 ss., e lo avrebbe probabilmente condotto a conclusioni diverse.

(79) CARNELUTTI, *Lezioni*, VI, n. 620.

(80) Retro, n. 6.

(81) *Scr. cit.*, p. 79. La inapplicabilità è dimostrata soprattutto dal fatto che se fosse altrimenti, la struttura del processo di gravame esecutivo che qui si studia non corrisponderebbe più alla sua funzione, poichè la lunghezza e la pub-

viene, come si dice comunemente, senza alcuna formalità (arg. anche dal capoverso del cit. art. 304 reg. gen. giud.), o, come si dovrebbe dire più correttamente, in ordine a forme puramente giudiziali, vale a dire stabilite dall'ufficio stesso, volta per volta.

C) La *decisione* dà luogo ad un provvedimento del pretore, che, per le ragioni più volte chiarite, è un puro *provvedimento esecutivo ordinatorio*, positivo o negativo a seconda che esso ordini o rifiuti il pignoramento. Esso deve essere studiato dal lato della sua forma, della sua impugnabilità, della sua efficacia.

La *forma* non è stabilita dalla legge, la quale non prescrive neppure che esso debba essere redatto in iscritto. Il fatto che esso non contiene comandi che non siano rivolti all'ufficiale giudiziario e la considerazione che contro di esso non sono ammissibili ulteriori gravami, come si vedrà fra breve, fanno dubitare della necessità che esso rivesta una forma documentale: un ordine di pignorare diretto verbalmente dal pretore all'uscieri potrebbe essere forse sufficiente a raggiungere gli effetti voluti. D'altra parte argomenti non trascurabili, quali l'opportunità che resti traccia dell'ordine rivolto all'esecutore e quelli desumibili per analogia dagli art. 578 del codice e 304 reg. gen. giud. (se non da altri articoli: 42, 587, 602 del codice, che non dispongono espressamente su questo punto), inviterebbero a classificare formalmente il provvedimento come un decreto, e ad esigerne quindi la redazione in iscritto. In un tema così arduo e scarso di indicazioni legislative la conclusione non può essere che dubitativa, pur dovendosi ammettere che la forma documentale è certamente almeno raccomandabile.

Si è già accennato che contro il provvedimento del pretore non possono riconoscersi concessi altri gravami esecutivi. Anzitutto la legge non ne fa parola, confermando così la sua tendenza a ridurre a non più di uno i gravami nel processo di esecuzione. In secondo luogo depone in questo senso la disciplina adottata per gli istituti che presentano maggiore analogia con quello in esame: i provve-

blicità dell'istruttoria porrebbero in serio pericolo il rendimento dell'esecuzione, dando al debitore tutto il tempo possibile per trafugare e nascondere i suoi beni pignorabili.

dimenti di cui agli art. 578 e 572 del codice (82). Infine, e qui conviene distinguere fra il provvedimento positivo e il provvedimento negativo, è chiaro, da un lato, che contro il provvedimento del pretore che ordina il pignoramento, e che dal pignoramento deve essere tosto seguito, non può ammettersi un rimedio giuridico distinto da quello eventualmente concesso contro il pignoramento stesso; d'altro lato, la facoltà da riconoscere al creditore di riproporre la sua domanda dopo il diniego del pignoramento, discendente dal fatto che questo, come soluzione di mere questioni processuali, non può produrre il giudicato, renderebbe molto meno giustificabile la concessione di ulteriori gravami.

Non è piuttosto possibile negare che il creditore, il quale abbia veduto respingere la sua domanda di pignoramento e dall'ufficiale giudiziario e dal pretore, si serva in taluni casi delle forme del giudizio esecutivo, proprio o improprio (83), per ottenere l'accertamento del proprio diritto materiale o quanto meno della sua azione esecutiva, limitamente a quei casi in cui simile giudizio si presti allo scopo. Ma in tale ipotesi viene meno quella fase di puro processo di esecuzione della quale ci occupiamo qui e subentra e trova applicazione un'altra serie di principî sui rapporti fra esecuzione e cognizione, che sta al di fuori del nostro argomento.

Un ultimo punto assai importante, e non esaminato compiutamente neppure là dove, come in Germania, il gravame esecutivo contro il diniego dell'esecutore è previsto espressamente dalla legge, è quello che concerne l'efficacia del provvedimento positivo del pretore, dell'ordine del pignoramento da questi rivolto all'usciera.

Secondo lo SCHMIDT il *Gerichtsvollzieher* si trova subordinato all'*Amtsrichter* (quale tribunale di esecuzione) in modo analogo a quello in cui questi è subordinato alla *Zivilkammer des Landgericht*; e questa gerarchia riflette perfettamente quella dei giudici del processo di cognizione, di modo che il rapporto fra l'usciera e il giudice è

(82) La dottrina è concorde nell'escludere per questi l'esperibilità di gravami. Cfr. MORTARA, *Comm.*, V, n. 99, e *Appello civile* (nel *Dig. it.*), n. 441; MATTIROLO, *Tratt.*, V, n. 555; CUZZERI, *Cod. it. di proc. civ.*, VI, p. 80; DIANA, *Funzioni del presidente*, cit., n. 54, p. 116, nota 1; JAEGER, *Scr. cit.*, p. 81.

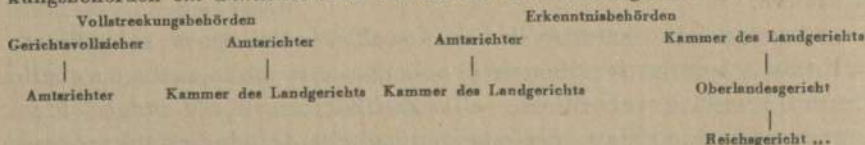
(83) Retro nota 52.

della stessa natura del rapporto fra il giudice di primo grado e il giudice di gravame (84).

Del tutto diverso è il pensiero di HELLWIG, secondo il quale il tribunale di esecuzione non sarebbe tanto da considerare come un organo di gravame, quanto come quell'organo a cui solamente sarebbe in definitiva affidata l'esecuzione, pur essendo la sua attività condizionata ad una particolare invocazione della parte (85). Ed è questa l'opinione che ha trovato maggiore consenso nella dottrina germanica.

Nè l'una, nè l'altra concezione mi sembra accettabile. L'idea di HELLWIG ha certamente per base la storia dell'istituto, in quanto è vero che, storicamente, centro motore dell'esecuzione è il giudice, mentre le attribuzioni autonome dell'usciera sono state appunto al giudice sottratte; ma essa è stata probabilmente influenzata da quello stesso preconconcetto - pure di origine verosimilmente storica - che ha viziato la costruzione di PLANCK, già esaminata e criticata (86). Oggi, pur nel quadro di un unico ufficio di esecuzione, l'usciera è un organo esecutivo distinto dal giudice e dotato di una sfera di competenza propria, entro i cui limiti egli forma dei provvedimenti esecutivi, soggetti bensì al controllo del

(84) *Op. cit.*, § 34, II, p. 199-200: "In entsprechender Weise wie der Gerichtsvollzieher durch den Amtsrichter wird auch dessen Vollstreckungstätigkeit in gewissen Grenzen wieder durch das im Instanzenzug übergeordnete Gericht, also (nach den Grundsätzen über die Entscheidungsorgane) durch die Zivilkammer des Landgerichts nachgeprüft (§ 793 ZPO). So bietet die Organisation der Vollstreckungsbehörden ein ähnliches Bild wie die der Entscheidungsbehörden:



(I corsivi sono miei).

(85) *Op. cit.*, § 84, II, p. 105: "Das Vollstreckungsgericht steht also über dem Gerichtsvollzieher, aber nicht nur in der Art, wie die untere Instanz unter der höheren steht, sondern so, dass die volle Vollstreckungsgewalt in der Hand des Vollstreckungsgerichts liegt. Das Besondere ist nur, dass es sie in der Regel nicht ausübt, sondern dass zunächst der Gerichtsvollzieher entscheidet. Aber sobald die Entscheidung des Gerichts angerufen wird, tritt dieses in Tätigkeit, und erst dadurch, dass die volle Autorität des Vollstreckungsgerichts die Entscheidung des Gerichtsvollziehers aufrecht erhält, wird die Beschwerde ermöglicht ..

(86) Retro, nota 61.

giudice, ma esistenti di per sè e di per sè efficaci. Tali provvedimenti possono essere riformati dal giudice, ma non per questo l'attività dell'usciera scompare o rimane assorbita; considerarla come una fase transitoria e labile è costruire una finzione non semplice e non utile. La cognizione dell'usciera rappresenta invece una prima fase necessaria e costante del processo, come quella del giudice investito del gravame esecutivo ne è una seconda fase, non sempre necessaria, destinata al controllo dei risultati della prima. I rapporti fra l'attività dell'usciera e l'attività del giudice, in questo punto particolare (87), sono pertanto veramente quelli che possono correre fra le attività di due organi, di cui l'uno debba controllare, in sede di gravame, l'operato dell'altro.

Nemmeno l'opinione dello SCHMIDT è peraltro convincente, per quel che concerne il parallelo fra i gravami del processo di esecuzione e quelli del processo di cognizione e l'applicabilità dei principi che regolano la competenza per questi alla competenza per quelli: troppo diversi sono i fini e i limiti degli esami e dei riesami rispettivi, e i provvedimenti oggetto e frutto del controllo nell'uno e nell'altro campo. Basta pensare che, nel campo del puro processo di esecuzione, gli organi non giudicano che sulla attività loro propria, o di altro organo esecutivo inferiore, per comprendere che gli unici processi di gravame, nel campo della cognizione, paragonabili ai gravami esecutivi sarebbero quelli nei quali esclusivamente si cercassero e si riparassero degli *errores in procedendo*.

Di conseguenza, per tornare - dopo la digressione necessaria - al tema della efficacia del provvedimento di gravame, il parallelo più legittimo e convincente è da trovare appunto in quei casi del processo di cognizione in cui il giudice di gravame può statuire sulla competenza, ad esempio, del giudice inferiore, dichiarandola vincolativamente, come può fare, a norma dell'art. 544 cod. proc. civ., la Corte di cassazione (88). Come in siffatti casi, la decisione del

(87) Altro argomento è quello, già considerato sopra (retro n. 8), della ripartizione delle mansioni relative al processo di espropriazione mobiliare fra il pretore e l'usciera, indipendentemente dal potere di controllo del primo sull'operato del secondo; ma la giustificazione politica è pur sempre la stessa.

(88) CHIOVENDA, *La Corte di Cassazione come giudice della competenza*, in *Saggi cit.*, I, p. 338 ss., n. 5.

pretore, che, assicuratosi della sussistenza di tutti i presupposti richiesti, su gravame del creditore contro il diniego dell'usciera, ordina il pignoramento, vincola l'ufficiale giudiziario, solo competente a formare il provvedimento materiale (pignoramento), rendendo indiscutibile da parte sua la sussistenza di tutti quei presupposti.

L'ordine del pignoramento del pretore, sostituendosi al provvedimento negativo impugnato, elimina - così come avrebbe potuto fare un ordine di pignoramento formato dallo stesso usciere - ogni possibile dubbio lecito di questi sulla legittimità del pignoramento, e sarebbe probabilmente sufficiente a costituire in dolo l'usciera che si rifiutasse tuttavia di addivenire al provvedimento materiale, rendendolo passibile delle sanzioni dell'art. 328 cod. pen.; si identifica così tanto dal lato soggettivo che dal lato formale una fonte, diversa dalla legge penale, idonea ad accertare che l'omissione è *indebita* ai fini dell'applicazione di quell'articolo, in cui una recente e suggestiva dottrina vede uno dei più tipici esempi di indicazione indiretta del *modo dell'azione* (89).

È questo indubbiamente il segno più vivo e più significativo della efficacia del provvedimento di gravame del pretore: esso specifica nel modo più concreto un *dovere di ufficio* dell'usciera, accertandone l'obbligo a tenere una determinata condotta. Nè diversamente potrebbe essere, se ben si considera, dati non tanto il carattere e la posizione dell'organo, quanto il fine necessario ed i mezzi possibili del processo di esecuzione.

11. — Giunti così alla fine della nostra lunga e complessa indagine, può essere opportuno riassumerne brevemente le più rilevanti conclusioni.

Riconosciuto anzitutto che l'usciera non è un mandatario della parte, ma un organo dello Stato fornito di una propria sfera di poteri nel processo di esecuzione, e che ad esso il creditore non affida un incarico, ma rivolge una domanda (sul qual punto si è trovata concorde, nella soluzione se non nella dimostrazione, la migliore e più recente dottrina), si è voluto esaminare il problema della *ammissibilità* e soprattutto della *estensione del controllo del-*

(89) CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, cit., n. 84, p. 265-267.

l'usciera sui presupposti del pignoramento. Questo esame presupponeva a sua volta un quadro dei *requisiti essenziali* del pignoramento stesso e della domanda relativa e una soluzione della dibattuta questione sulla natura del *titolo esecutivo* (in senso formale), che si è concluso essere la prova legale della *legittimazione* (di regola) e della *causa* (sempre) nel processo di esecuzione.

Il problema centrale del nostro studio era peraltro soprattutto quello del carattere della cognizione dell'usciera e del suo risultato; una serie di considerazioni ci ha condotto a concludere che in ogni caso l'usciera deve formare, in seguito alla domanda del creditore, un *provvedimento esecutivo ordinatorio*, distinto da quello materiale (pignoramento) anche se non espresso in una forma diversa, e che pertanto il *diniego del pignoramento* non è se non un *provvedimento esecutivo ordinatorio*, seppure a *contenuto negativo* (della quale categoria si sono ricordati molti altri esempi, che ne giustificano e ne consigliano la costruzione). Ma a questo punto era anche necessario, per chiarire i limiti di applicabilità delle diverse sanzioni, descrivere le possibili forme di comportamento dell'usciera in seguito alla domanda del creditore (e si sono distinti, nel genere, del *rifiuto del pignoramento*, la *inerzia*, il *diniego semplice*, il *diniego motivato* e la *astensione dal pignoramento ordinato*) e analizzare l'obbligo dell'usciera, il quale è per noi tenuto a provvedere sempre sulla domanda, motivando l'eventuale diniego.

Queste premesse ci hanno convinto della scarsa rilevanza delle sanzioni ai fini del problema dei rimedi contro il diniego illegittimo e della inadeguatezza del rimedio del giudizio esecutivo, particolarmente in taluni casi (asserita incompetenza dell'usciera, dubbi sulla pignorabilità dei beni); donde la necessità o di negare ogni rimedio giuridico o di ricercarlo *nella teoria dei gravami esecutivi*.

E questa appunto è stata in definitiva, dopo varie considerazioni sulle attribuzioni del pretore nel processo di espropriazione su beni mobili (concluse con la formulazione di un principio generale desumibile dalla casistica della legge) ed in seguito ad un esame di diversi gravami esecutivi (nonchè in particolare, del processo previsto dall'art. 572 del codice contro il *provvedimento di desistenza* dell'usciera), la soluzione da noi proposta: *contro il provvedimento di diniego del pignoramento formato dall'usciera è ammessa l'opposizione, da parte del creditore, al pretore.*

Tale opposizione è un gravame esecutivo, che tende ad un mero

provvedimento esecutivo, ordinatorio; il quale può essere positivo (ordine del pignoramento) o negativo (diniego). Studiando poi il processo di gravame nella sua struttura, dalla domanda alla istruzione e alla decisione, se ne sono poste in rilievo la libertà delle forme, la non necessità del contraddittorio, la efficacia del provvedimento di gravame, che accerta, in modo concreto, un dovere di ufficio dell'usciera, esponendolo alle sanzioni penali e disciplinari in caso di disobbedienza.

Quale è l'importanza delle successive conclusioni a cui ci ha condotto la nostra indagine, e che si sono testè appena ricordate, per la costruzione della teoria generale del processo esecutivo italiano? Essa riflette precisamente la posizione ed i poteri dell'usciera come organo di esecuzione (esecutore giudiziario); ma si estende, in certo qual modo, a tutto il sistema della espropriazione mobiliare, almeno nella sua fase preparatoria.

Anzitutto il principio della c. d. *autonomia dell'usciera* riceve dalle nostre conclusioni un significato nuovo, che sembra più preciso e più corretto di quello in cui viene comunemente inteso. Siamo infatti pervenuti a dire che *l'ufficiale giudiziario è competente, nel processo di espropriazione su beni mobili, a formare tutti i provvedimenti esecutivi ordinatori riguardanti il compimento del pignoramento, in quanto tali provvedimenti rappresentino fasi di svolgimento normale e costante del processo esecutivo*; poichè, al contrario, ogni provvedimento implicante una alterazione, una deviazione dal corso normale del processo è riservato alla competenza del pretore (es. art. 42, 572, 578, 587, 602 cod. proc. civ.). Si è perciò chiarito che il termine di *autonomia*, se può usarsi in senso negativo per alludere all'origine storica di quei poteri, il cui conferimento all'usciera è derivato da una sottrazione di essi al giudice, non è oggi proprio, dovendosi invece parlare di una *sfera di competenza* riconosciuta all'usciera come organo dello Stato distinto dal giudice e pur fornito di attribuzioni giurisdizionali.

In secondo luogo si è posto in maggiore rilievo che il processo di esecuzione non consiste tutto di soli provvedimenti materiali, ma anche di tutti quei *provvedimenti ordinatori* che accordano o negano, predispongono e condizionano i primi; e di questa osservazione, pur non nuova nella dottrina, si sono esposte le conseguenze più degne di considerazione e più importanti per la teoria generale di tale processo, mostrando la necessità di riconoscere anche in questo, e

sempre nei limiti di esso, un sistema di controlli che l'incuria della legge ha lasciato più o men gelosamente nascosti alla dottrina ed alla giurisprudenza.

Si può ora rilevare quanto illogico e incoerente avrebbe dovuto sembrare il sistema adottato dal legislatore in argomento: mentre nel processo di cognizione sovrabbondano i riesami, e i provvedimenti meno gravi di conseguenze e presentanti le maggiori garanzie, sì per l'ampiezza della cognizione precedente che per la posizione e la composizione dell'organo che li ha formati, sono sottoposti a numerosi e seri controlli, mentre nello stesso processo di esecuzione non mancano forme di espropriazione nelle quali i provvedimenti anche di minore rilievo sono presi da organi complessi, come il collegio del tribunale, nella forma solenne della sentenza, e possono venire controllati anche ripetutamente, nel processo esecutivo in esame una decisione errata di un organo indubbiamente inferiore e assai meno autorevole, e una decisione di tanto sensibile importanza per gli interessi della parte più meritevole di pronta tutela, non potrebbe essere modificata che dall'organo stesso, almeno in sede esecutiva. Laddove un controllo immediato sarebbe particolarmente richiesto, ivi mancherebbe ogni forma di controllo veramente efficace, a tal fine non potendo servire, come si crede di aver dimostrato, il sistema delle sanzioni predisposte contro l'inerzia dolosa, e non già contro l'errore, dell'ufficiale giudiziario.

Si consideri invece quanto più armonico e convincente si presenta l'ordinamento del processo di espropriazione sui beni mobili ove si consenta nelle nostre conclusioni: i provvedimenti ordinatori, che muovono e reggono quelli materiali, costituendo quasi il tessuto connettivo del processo di esecuzione, appaiono distribuiti secondo un criterio logico, non più casualmente, fra gli organi superiori e gli organi inferiori dell'ufficio esecutivo; e il provvedimento ordinatorio dell'usciera, contro il quale la parte abbia qualche doglianza da muovere, viene sottoposto al controllo del giudice di esecuzione: controllo immediato, avente la stessa estensione del primo esame, non maggiore nè minore, ed esercitato sempre *nell'ambito dello stesso processo di esecuzione* e con identico carattere.

In quanto ai provvedimenti materiali dell'usciera, la loro specifica natura ed il loro effetto fanno sì che che i rimedi giuridici contro di essi debbano riguardare una teoria affatto diversa,

ogni qualvolta la parte impugnò la loro giustizia o la loro legittimità in senso stretto; quando però l'impugnativa sia fondata su mere ragioni di convenienza (sostituzione di un bene pignorato con altri beni, riduzione di pignoramento eccessivo, estensione del pignoramento parziale a tutta una cosa economicamente indivisibile), seppure considerate dalla legge in modo tale da dar loro peso anche riguardo alla legittimità dell'atto, torna applicabile il principio del controllo immediato del pretore sul provvedimento dell'ufficiale giudiziario.

Ciò che si è voluto fare, insomma, e che forse si è riusciti a fare, è dimostrare che il controllo del provvedimento di esecuzione nelle forme del *gravame esecutivo*, anzichè in quelle del *giudizio esecutivo* (improprio), si presenta, nel sistema del nostro processo di espropriazione di beni mobili, molto più corretto e più conforme alla logica della legge, interpretata sistematicamente, di quel che la dottrina e la giurisprudenza non abbiano finora creduto; nella fiducia che, se i concetti esposti e difesi in questo studio trovino consenso presso gli scrittori e siano adottati come guida dai pratici nei frequenti e quasi quotidiani casi in cui si presterebbero a trovare applicazione, questa indagine, condotta con costante riguardo ai principî, possa presentare qualche utilità per il pratico funzionamento dei nostri istituti processuali. Il che varrebbe, oltre tutto, a difendere il legislatore del 1865 da alcune delle più severe censure che gli sono state rivolte fra quelle addotte a render più viva l'invocazione di una riforma del processo.

12. — I lavori per la riforma del processo civile italiano sono stati recentemente ripresi e, per quanto si sa, essi sono in buone mani.

È probabile, ed augurabile, che i progetti già predisposti e pubblicati nel dopoguerra, i quali rappresentano il contributo della migliore dottrina del processo, siano tenuti nella considerazione che meritano in questa nuova e presumibilmente definitiva elaborazione. Dovendo pertanto rivolgere la nostra attenzione anche ai problemi della riforma del processo esecutivo, sembra opportuno prender le mosse dal modo in cui il *rifiuto del pignoramento* trovasi regolato nei due progetti che contengono anche l'ordinamento di tale processo.

Il progetto CARNELUTTI prevede espressamente il rifiuto dell'esecuzione all'art. 497, il quale stabilisce:

“Se mancano le indicazioni e le prove previste dagli articoli precedenti (90) l'ufficio rifiuta di provvedere alla esecuzione.

A richiesta del creditore l'ufficio deve chiarire quali indicazioni o prove egli debba presentare affinché la esecuzione sia fatta e rilasciargli una dichiarazione scritta del rifiuto e dei suoi motivi „

Competente a pronunciare il rifiuto, del quale - come si vede - è opportunamente prescritta anche l'eventuale forma documentale (la *dichiarazione scritta* non è altro che la documentazione del *provvedimento di diniego motivato*; retro, nn. 5 e 6), è certamente il capo dell'ufficio esecutivo, che è anche quegli che, nel caso inverso, pronuncia l'ordine di esecuzione (art. 503).

Non è previsto invece alcun gravame contro il rifiuto; ma questo punto viene integrato nel progetto della Sottocommissione MORTARA (ignoriamo per merito di quale commissario), ove all'art. 480, che è del tutto conforme all'art. 497 del progetto CARNELUTTI, segue la disposizione seguente:

“Contro il rifiuto della esecuzione il creditore può proporre reclamo al tribunale, dal quale dipende l'ufficio esecutivo.

Il reclamo si propone nella forma stabilita per la richiesta di esecuzione e su di esso il tribunale provvede con ordinanza.

Se il tribunale riconosce il diritto del creditore alla esecuzione l'ufficio esecutivo provvede giusta l'articolo seguente [ordinando la convocazione preliminare del creditore e del debitore, ecc.] „ (Art. 481).

Queste disposizioni, che prendono in considerazione espressamente, per la prima volta nel diritto italiano, il rifiuto dell'esecuzione ed i rimedi contro di esso, da un punto di vista che la nostra precedente indagine dimostra assolutamente corretto, appaiono degne di lode; esse presentano qualche affinità con quelle della legge federale svizzera sulla esecuzione e sul fallimento, di cui si

(90) Vale a dire se mancano le indicazioni necessarie per identificare il debitore e i beni sui quali cade l'esecuzione (art. 494); il modo o i modi per la esecuzione che il creditore preferisce, se la legge consente più di un modo (art. 495, primo comma); il titolo esecutivo e le altre prove, da cui risulta il diritto del creditore alla esecuzione sui beni indicati; altre prove e altre indicazioni in casi particolari (art. 496). Aggiungerei naturalmente l'ipotesi che l'ufficio non si ritenga competente (art. 440 e ss.) o che rilevi un difetto di legittimazione al processo esecutivo (art. 429).

è data notizia (91), con in più il pregio di porre in chiara luce il carattere giurisdizionale degli organi chiamati a provvedere.

Tuttavia esse sembrano anche suscettibili di qualche perfezionamento. Anzitutto è da rilevare che la formula del citato art. 481 prog. Sottocomm. “ *tribunale, dal quale dipende l'ufficio esecutivo* „ non è sufficientemente chiara nella identificazione dell'organo competente sul gravame. Probabilmente, nonostante la differenza dei termini usati, essa vuol designare *il tribunale, a cui l'ufficio esecutivo è addetto*, che è anche l'organo competente per l'appello contro le sentenze pronunziate dal capo dell'ufficio esecutivo (art. 663): organo che è, a seconda dei casi, il tribunale o la pretura (cfr. articolo 423 e la norma proposta a modificazione della legge sull'ordinamento giudiziario, in nota ivi). Ma non si potrebbe escludere in modo assoluto che essa intenda invece indicare, per esempio, *il tribunale* (in senso stretto, giudice collegiale), *nella cui circoscrizione ha sede l'ufficio* (cfr. art. 650, e anche altre disposizioni). Talvolta infatti il progetto prevede il reclamo all'organo giudicante dello stesso grado dell'ufficio esecutivo (pretura o tribunale) talaltra all'organo giudicante collegiale (tribunale di circondario) anche se il reclamo è proposto contro un atto dell'ufficio esecutivo della pretura.

Non occorre mettere in rilievo la necessità di chiarire simile punto: non solo agli effetti pratici, per evitare le discussioni, sempre odiose e pericolose, sulla questione di competenza, ma anche ai fini teorici, perchè, essendo indubbiamente il reclamo previsto dall'art. 481 un *gravame esecutivo*, il giudice competente per il gravame, chiamato a pronunziare un provvedimento meramente esecutivo, verrebbe automaticamente a classificarsi nel quadro degli *organi esecutivi*, sia pure, per dir così, *di secondo grado*; donde l'opportunità di riflettere bene, prima di presceglierlo, sulla convenienza politico-legislativa di far coincidere nuovamente quelli che i progetti giustamente hanno curato in sommo grado di distinguere: *ufficio esecutivo* e *giudice*, a rischio che la pratica, sempre proclive a volgere al peggio le meno risolte distinzioni della legge, torni a confondere senza rimedio processo esecutivo e giudizio (di cognizione ai fini del processo) esecutivo, controllo di convenienza e di legittimità e controllo di merito.

(91) Retro, nota 53.

Se si ritiene che l'attribuzione del potere di ordinare o rifiutare l'esecuzione al capo dell'ufficio esecutivo (che presenta - dal lato della scelta, della coltura e della posizione - le garanzie di un giudice) non costituisca una cautela sufficiente per il creditore, e che sia pertanto opportuno un controllo sui suoi provvedimenti, non si dimentichi che questo controllo deve essere correttamente organizzato e costruito nelle forme del *gravame esecutivo*, e deve essere quindi affidato ad un ulteriore *ufficio esecutivo*. Ciò non esclude che lo si possa attribuire a dei magistrati, competenti anche a decidere controversie di merito nei processi di cognizione; ma esige che, se così avvenga, si chiarisca nel modo più indiscutibile, contro il pericolo di degenerazioni nella pratica, che l'organo di gravame non può eccedere i limiti già prefissi all'esame dell'ufficio esecutivo, non può, in particolar modo, decidere indifferentemente sul diritto materiale del creditore.

Altrimenti si fornirebbe nuova esca a dispute lunghe, dispendiose e deplorevoli; e tanto varrebbe lasciare immutato il sistema vigente, che, se la nostra fatica non è stata del tutto vana, presenta pure, tutto sommato, delle insospettate risorse.

NICOLA JAEGER

OSSERVAZIONI

SU

LA REVOCA DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI

SOMMARIO: 1. Il metodo dalle teorie parziali nella costruzione dommatica dell'atto amministrativo. — 2. Il ritiro degli atti dal campo della produzione giuridica - Fondamento obbiettivo - Efficacia nel tempo. — 3. Ritiro con effetti *ex nunc* e ritiro con effetti *ex tunc*. — 4. - La irretroattività come principio generale nel campo del diritto. — 5. L'irretrattabilità nella dottrina della *Rechtskraft*. — 6. Il ritiro di un atto nei vari campi del diritto - L'abrogazione - La revocazione - La revoca. — 7. Caratteristiche subbietive (unilateralità) e obbiettive (validità dell'atto da ritirare) — 8. Il principio della irrevocabilità e la giustificazione della revoca in diritto privato. — 9. Il concetto di condizione - La condizione risolutiva - La sua retroattività. — 10. La condizione risolutiva tacita.

I

1. — Il metodo delle teorie parziali, iniziato dal Ranelletti ai non lontani albori della scienza del diritto amministrativo in Italia e rimasto fruttuosamente un metodo peculiare della dottrina italiana, (1) si è in pratica dimostrato il più efficace per la sistematica completa dell'atto amministrativo, con lo studio degli atti tipici e la conseguente classificazione di tutte le manifestazioni di volontà dei soggetti investiti di potestà amministrativa.

Sembra indubbio, però, che tale metodo non si esaurisca in codesta classificazione, ma comprenda anche, a definitiva integrazione,

(1) V. DE FRANCESCO - *L'ammissione nella classificazione degli atti amm.* - Milano, 1926, pag. 1 e segg.

lo studio delle caratteristiche comuni ai vari tipi di atti amministrativi, onde poter procedere sulla strada della sistemazione unitaria che è il punto di arrivo di ogni metodo di indagine giuridica.

Gli studi sulla esecutorietà, sulla validità, sulla legittimità, sulla efficacia, sulla revocabilità dell'atto amministrativo costituiscono un logico corollario delle indagini sulle autorizzazioni, concessioni, ammissioni, certificazioni e via dicendo, in quanto sono destinati a cogliere le caratteristiche comuni dei vari *tipi* e ad elevarle a sistema.

Tale ordine di idee mi ha indotto a meditare sul concetto, sulla natura e sugli effetti della revoca degli atti amministrativi, presentando la revocabilità non solo aspetti interessanti e inesplorati, ma caratteristiche tali da urtare apparentemente contro le fondamenta stesse dell'atto giuridico, mentre non sono (come si vedrà) che una ulteriore conferma della bontà del metodo, nella dimostrazione della loro perfetta aderenza ai principi basilari ormai acquisiti alla teoria generale dell'atto amministrativo.

2. — Il fenomeno del ritiro di un atto o negozio giuridico si presenta, in tesi, comune a tutti i campi della produzione giuridica, per quanto con diverse proporzioni in ciascuno di essi.

È indubbio che il fondamento razionale del ritiro di un atto è nella autonomia della volontà, alla quale spetta correlativamente così la produzione come la eliminazione degli atti e delle conseguenziali situazioni giuridiche individuali e collettive; ed è logico e naturale che tanto la potestà di produrre quanto quella di eliminare atti giuridici siano soggette, in ogni ordinamento, a numerosi limiti di natura soggettiva e oggettiva, da cui dipende la possibilità che ciascuna di esse si traduca in un vero e proprio diritto subbiettivo, cioè si concreti in ordine a un rapporto o a una serie di rapporti.

Le esigenze peculiari dell'ordinamento giuridico, però, sono tali che la comunanza del fondamento teorico non porta alla assoluta correlatività dei due fenomeni, in quanto mentre la produzione è il fenomeno normale, generale, il ritiro degli atti giuridici si palesa in certo senso particolare, eccezionale.

Con ciò non deve credersi alla regola di una produzione giuridica *sub specie aeternitatis*, ma, piuttosto, ad un naturale esaurimento di situazioni giuridiche, distinto e diverso del fenomeno della loro avulsione, dirò così, violenta dal campo dei prodotti del commercio giuridico, ad opera del ritiro.

Rinviando al prosieguo ogni ricerca sulla positività di tale generica potestà, (ricerca oggettiva) è necessario premettere alcune osservazioni di ordine generale (ricerca di ordine soggettivo) sul fondamento e sulla efficacia normale di essa.

Innanzitutto il ritiro di un atto (e, comprensivamente, di un negozio giuridico) non potrà attuarsi che mediante un nuovo atto, o col verificarsi di un fatto, il cui effetto diretto ed immediato sarà quello di porre nel nulla l'atto precedente.

È vero che il più delle volte (e ciò accade specialmente in diritto privato) la possibilità del ritiro è consustanziale all'atto da ritirare ed opera come effetto di un'unica dichiarazione di volontà, ma chi ben guardi, in tali casi, o non rinviene un ritiro effettivo, ma solo una dichiarazione di volontà in forma alternativa la quale, al verificarsi (o non verificarsi) di un evento futuro ed incerto condiziona o la creazione o la non attuazione del negozio (condizione sospensiva); o effettivamente scorge che, pur essendo consustanziale all'atto la causa del ritiro, questo è affidato al verificarsi di un fatto (condizione risolutiva; termine estintivo) il cui effetto fu previsto al momento della costituzione del negozio.

In secondo luogo, nei casi di pratica attuazione, si osserva che il ritiro non può avere che uno dei due scopi seguenti nell'eliminare l'atto *de quo*: o di eliminare *per l'avvenire* gli effetti giuridici prodotti, lasciando integri quelli in atto fino al momento dell'intervenuto ritiro, o di sopprimere *per il passato* gli effetti medesimi, in guisa da far apparire le situazioni giuridiche preesistenti, come se l'atto ritirato non fosse mai entrato nel commercio giuridico. (2)

Non è chi non veda l'artificialità del secondo di tali scopi essendo noto che, per essere il passato sottratto al dominio della volontà umana, nessuna forza volitiva può effettivamente distruggere o eliminare *nel passato* gli effetti comunque prodotti da un atto giuridico. Sì che, per raggiungere tale scopo o si deve ricorrere ad una finzione o ci si deve contentare di una eliminazione limitata nel passato a quegli effetti che *per natura* sono eliminabili.

(2) V. a tal proposito IÈZE - *Du retrait des actes juridiques* in *Rev. du droit public* etc. 1913 pag. 225.

3. — Il ritiro di un atto inteso a eliminarne gli effetti solo per l'avvenire può considerarsi ovviamente come un caso speciale di produzione giuridica (abrogazione, modificazione) (3) da inquadarsi nel *genus magnum* di quel campo, con una serie di peculiarità che tuttavia ne impongono una considerazione tutta speciale.

Il lato comune è dato dal fatto che l'atto di ritiro, nella specie, produce effetti nuovi sulle situazioni giuridiche preesistenti; gli aspetti tipici si rinvencono, invece, nella preminente circostanza della incompatibilità dei nuovi effetti con quelli prodotti da un atto preesistente; incompatibilità che sostanzialmente porta a far cessare, per l'avvenire, gli effetti prodotti dal vecchio atto e a far produrre, sempre per l'avvenire, effetti nuovi e diversi all'atto più recente.

L'uno e l'altro atto rimangono efficaci per il passato, in ispecial modo il secondo di fronte al primo, onde, il problema in questo caso è tutto nella considerazione delle singole situazioni giuridiche toccate dai due atti i cui effetti sono in conflitto; problema, cioè, di mera interpretazione.

Posto, dunque, che il ritiro di un atto con effetti destinati esclusivamente all'avvenire può considerarsi inquadrato nella produzione giuridica e ricordando l'artificio teorico necessario per la retroazione di un atto di ritiro, al momento in cui l'atto da ritirare cominciò a produrre i suoi effetti, si può concludere che la retrattabilità, *stricto sensu*, degli atti giuridici non può costituire la regola, sì bene l'eccezione e che il principio normale vigente nel campo della produzione giuridica in genere è quella della irretrattabilità (4).

4. — E' nelle superiori esigenze della vita sociale la necessità della sicurezza e della stabilità delle situazioni giuridiche che porta, ineluttabilmente, tra le norme fondamentali di ogni ordinamento giuridico evoluto, alla sanzione del principio della non retroattività della legge.

(3) Il ROMANO (*Corso di dir. amm.* - II Ediz. Cedam - 1932 pag. 299) esclude che in tale caso si possa parlare, per gli atti amministrativi, di revoca in senso proprio.

(4) V. l'ampio lavoro dell'ISEN - *Widerruf gültiger Verwaltungsakte* - Hamburg. 1932, le cui premesse però si rinvencono nella nota teoria del MERKL sulla *Rechtskraft*, di cui si farà cenno in seguito.

Tale principio, di natura eminentemente interpretativa dal punto di vista del diritto positivo, (5) escludendo nel suo contenuto pratico ogni retroazione della norma, fa sì che le situazioni giuridiche sorte in base alla norma precedente restino intatte, cioè siano considerate irrevocabili.

Non posso, per ragione del tema, entrare nell'ardua disputa sul contenuto proprio e sull'efficacia del principio della non retroattività delle leggi (6), ma, quale che ne sia il fondamento teorico, certo è che nella sua portata interpretativa esso si può ridurre alla efficacia *ex nunc* della norma, e che proprio in tale significato può considerarsi recepito nell'ordinamento positivo italiano, in base all'art. 2 Disp. Prel. Cod. Civ.

Da tale principio si giunge non solo per via indiretta, ma anche per corollario alla dimostrazione del principio della irretrattabilità degli atti giuridici, come regola generale in tutto il campo della produzione giuridica. Se infatti il principio normale che governa le norme legislative assegna a queste efficacia materiale verso l'avvenire, *a fortiori* avranno lo stesso orientamento le norme di condotta, cioè le facoltà e i limiti connaturati a ogni norma di condotta, che sono rispetto alle leggi una *species* di ordine inferiore e da quelle attingono forza ed efficacia.

In altre parole, come nella legge, così nell'atto di diritto pubblico, così nel contratto *jure privatorum* si verifica naturalmente l'orientamento della norma verso l'avvenire.

La connessione del principio della irretroattività della legge con

(5) Cfr. PETRONCELLI - *Il principio della non retroattività delle leggi in diritto canonico*. Milano 1931 - specialmente a pag. 73.

(6) V. in proposito l'ampio scritto dal DONATI - *Il contenuto del principio della irretroattività della legge* - in *Riv. Ital. Scienze Giur.* 1915, Vol. 55 e 56, pag. 235 in cui sono riportate le varie teorie ("teoria del fatto passato", VAREILLES SOMMIÈRES, COVIELLO; "teoria dei diritti quesiti", GABBA; teoria eclettica, PFAFF e HOFMANN, RANELLETTI in *Efficacia delle norme giur. amm. nel tempo* - *Riv. Dir. Civ.* 1914 pag. 51). Per la dottrina posteriore v. FAGGELLA - *Retroattività delle leggi* - Torino 1922; LA TORRE - *Sull'efficacia della legge nel tempo con particolare riguardo al diritto pubblico* - *Foro Amm.* 1926, IV, 137; TESTE - *La retroattività des lois en matière d'état et de capacité des personnes* - Paris 1928; ROUBIER - *Les conflits des lois dans le temps* - I - Paris, 1929 e il citato lavoro del PETRONCELLI in cui è un'ampia disamina delle dottrine canonistiche in argomento.

quello della irretrattabilità degli atti in genere (7) dimostra che come per il primo, così in virtù del secondo, principio naturale e normale in tutto il campo del diritto è la irrevocabilità e principio non naturale e, in certo senso, eccezionale è la retrattabilità degli atti giuridici (8).

A parte, per ora, ogni considerazione sul peso delle situazioni giuridiche acquisite (protette in base a principi derivanti dalla natura delle norme cui sono soggette, in relazione alla loro efficacia) (9) la dimostrazione della verità fondamentale di tale principio è offerta anche, a posteriori, dal nostro sistema positivo (art. 2 Disp. Prel. Cod. Civ.).

Se infatti si dovesse ritenere dominante nel diritto amministrativo l'opposta regola della retrattabilità (10), il nostro ordinamento vedrebbe inconciliabilmente coesistere due principi che sono in antitesi fra loro: uno (art. 2 cit.) per cui la legge non ha effetto retroattivo e l'altro per cui le singole norme di condotta contenute negli atti amministrativi speciali e le norme generali ed astratte (leggi in senso materiale) contenute nei regolamenti emanati da soggetti investiti di potestà amministrativa avrebbero efficacia retroattiva, in quanto, per il principio generale della retrattabilità, avrebbero implicita la forza di revocare normalmente le situazioni giuridiche sorte in base a precedenti atti amministrativi speciali e a precedenti regolamenti.

La inconciliabilità di tali tesi e l'esistenza del principio della irretroattività nel nostro diritto positivo escludono sicuramente la regola generale della retroattività degli atti amministrativi e, per

(7) V. all'uopo MAROI - in Diz. Prat. di dir. priv. - voce *Irrevocabilità*.

(8) V. DONATI - *Il contenuto proprio ecc.*, cit. Vol. 55 pag. 235.

(9) Il fondamento del rispetto dei diritti o delle situazioni giuridiche acquisite va posto nella nota distinzione, tratta dalla natura delle norme, tra norme che riguardano l'acquisto (o la perdita) di un diritto e norme che concernono l'esistenza (l'essere, il non essere o il modo di essere) dei diritti. Le prime non hanno efficacia immediata, ma sono condizionate al verificarsi di determinati fatti o atti da parte dei singoli soggetti cui le norme stesse si rivolgono; le seconde, invece, hanno efficacia immediata. La distinzione, dovuta al SAVIGNY - *System des heutigen Römischen Rechts* - Berlin 1848 - VII pag. 383 e segg., - fu ripresa e rielaborata in vario modo dalla dottrina posteriore.

(10) Il DEMOGUE, *Valeur et base de la notion de retroactivité* in Studi per DEL VECCHIO - V. I, Modena 1930, con un'ampia rassegna di diritto comparato, dimo-

conseguenza confermano il principio della irrevocabilità, come principio normale e generale nel nostro campo.

In conclusione, se è vero che la regola della non retroattività della norma domina - e non solo nell'attuale stadio evolutivo dello Stato di diritto (11) - ogni ordinamento giuridico (12), non si può dubitare che viga anche, con la stessa generalità, il principio della irrevocabilità degli atti giuridici (13).

5. — Non è certo privo di significato il fatto che il principio della irrevocabilità nel campo del diritto amministrativo sia stato assunto a base fondamentale in uno dei più recenti sistemi teorici sulla teoria generale dell'atto amministrativo.

Il MERKL, infatti, autore di una brillante teorica fondata sul noto concetto della formazione del diritto per gradi (14), assume a fondamento del sistema la RECHTSKRAFT, cioè, letteralmente, la forza giuridica o, meglio, data la generalizzazione del concetto, l'autorità giuridica o la cosa decisa.

In virtù di tale concetto base, il MERKL dimostra che il principio della "cosa decisa", si pone per tutti gli atti in genere e che dalla concezione di *norma*, immutabile, per regola, dal punto di vista dello stretto diritto (a parte, quindi, gli influssi di ordine politico, economico ecc.) si giunge alla immutabilità generale degli atti giuridici.

stra il valore assoluto della regola della irretroattività nel diritto pubblico in confronto col principio della retroattività vigente nel diritto privato in virtù della condizione. Ma io credo che proprio dalla presenza di questa, cioè dalla presenza di qualche cosa di estraneo alla costituzione normale dell'atto giuridico si debba desumere che la regola della irretroattività è unica per tutto il campo del diritto, come quella della irrevocabilità. V., meglio MAROI - op. loc. cit.

(11) Per quanto attiene allo sviluppo storico del principio v. AFFOLTER - *Geschichte des intertemporalen Privatrechts* - Lipsia - 1907.

(12) Anche il Codex iurix canonici, al can. 10 stabilisce: "leges respiciunt futura, non praeterita, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur - V. su tale principio in dir. canonico il cit. lavoro del PETRONCELLI.

(13) In diritto privato si è parlato, per vero, di revocabilità di diritti (v. per tutti l'ampia monografia del DUSI. *La revocabilità dei diritti subbiettivi patrimoniali* - in *Riv. Ital. S. Giurid.* 1898 Vol. XXVI pag. 286) ma nessuno ormai dubita che sia più corretto parlare di revoca di atti o negozi giuridici, dato che da questi scaturiscono situazioni, rapporti e diritti.

(14) *Allgemeines Verwaltungsrecht* - Berlin und Wien - 1927.

Dato infatti che la pura teoria giuridica postula l'immobilità della norma, gli atti emanati in esplicazione della norma, (in formazione graduale) devono essere considerati, dal punto di vista rigorosamente giuridico, come immutabili, avendo tutti di pieno diritto l'autorità della cosa decisa (15).

La stabilità assoluta di questa nell'ordinamento giuridico opera in guisa che il ritiro di un'atto è possibile solo quando c'è una norma positiva che lo consente.

Nonostante le critiche autorevolmente formulate contro la teoria del MERKL, (16), i suoi indiscutibili pregi teorici hanno fatto sì che anche recentemente l'IPSEN abbia assunto a base del suo lavoro il principio della "autorità giuridica", come regola generale di irrevocabilità degli atti amministrativi (17).

La dottrina tradizionale e la recente tendenza normativista germanica, in insolito accordo, riconoscono in definitiva il principio generale della irrevocabilità come canone la cui forza domina il campo del diritto in genere e del diritto amministrativo in specie e confermano, a posteriori, che la retrattabilità degli atti o negozi giuridici rappresenta l'eccezione, di fronte alla generalità di quello. Stabilito il principio, occorre adesso fissare il concetto proprio di revoca sia nei confronti del concetto generico di ritiro di un atto, sia nei riguardi della sua pratica possibilità di verificarsi come eccezione di fronte alla regola svenunciata.

(15) Op. cit. pagg. 201-213 e anche nell'opera precedente *Die Lehre von der Rechtskraft*, Wien, 1923.

(16) BONNARD - *La théorie de la formation du droit par degrés dans l'oeuvre d'Adolphe Merkl* in *Rev. du droit public* etc. 1928 pag. 668 e segg. e in specie a pag. 693 in cui il B. rimprovera al giurista austriaco di aver costruito un sistema generale troppo apertamente legato allo speciale ordinamento positivo del suo Paese che, come è noto, ha una costituzione a regime convenzionale.

(17) IPSEN - op. cit. - dedica un lungo capitolo (*Rechtskraft der Verwaltungsakte*, pag. 22 - 55) alla dimostrazione del principio *Rechtskraft = Unwiderruflichkeit* (pag. 24), citando tutta la dottrina tedesca in argomento. Importanti, in questa, sono i lavori del TEZNER (*Das Rechtskraftproblem im Verwaltungsrecht. Verw. Arch.* 19, 128 442) e del ROSS (*Materielle Rechtskraft im Verwaltungsrecht, Hamburger Diss.* 1922).

6. — Il diverso nome assunto dal ritiro di un atto, a seconda del campo in cui viene posto in essere, corrisponde generalmente ad un concetto ben definito di *species*, di fronte al *genus*.

È noto, infatti, che l'*abrogazione*, per le leggi in senso formale, corrisponde al ritiro di una legge con la sostituzione di una nuova norma, anche semplicemente negativa, al posto dell'antica.

Data l'ampia potestà riconosciuta al Legislatore di ritirare le leggi (18), tale figura specifica di ritiro non ha suscitato dispute sui principi, ma solo in via interpretativa, sugli effetti o riguardo all'efficacia materiale della nuova norma in ordine alle situazioni giuridiche preesistenti (sul che valgono le considerazioni già fatte a proposito del principio della non retroattività della legge) o riguardo alle così dette abrogazioni implicite (incompatibilità delle due norme), alle abrogazioni parziali (deroghe) e alle abrogazioni delle abrogazioni (19) (20).

È noto anche il significato teorico della *revocazione*, denominazione tipica dal ritiro di un atto giurisdizionale ed i suoi rigorosi limiti di ordine soggettivo ed oggettivo, in considerazione della forza della *cosa giudicata* nel campo specifico del diritto processuale (21). Di revocazione si è anche parlato in tema di ritiro di decisioni pronunciate su ricorsi amministrativi semplici, ma, data l'importanza dell'argomento e la difformità di conclusioni cui la dottrina è pervenuta, è opportuno rinviare al prosieguo ogni osservazione sulla portata effettiva della revocazione al di fuori del campo strettamente giurisdizionale.

(18) Nel solo campo del diritto internazionale si fa questione se i trattati possano limitare la potestà legislativa interna degli Stati in ordine agli impegni assunti di fronte ad altre Potenze. La questione è risolta negativamente dai BASDEVANT IÈZE e POLITIS (« *Les traités de paix ont-ils limité la compétence législative de certains Etats ?* », in *Rev. du droit public*, 1927, pag. 442) in ordine ad una questione specifica di politica agraria tra Stato cecoslovacco e sudditi tedeschi.

(19) V. DONATI - *Abrogazione della legge* - Modena, 1914 (Estr. dal *Dizionario di dir. pubbl.*).

(20) Sulla distinzione tra *abrogazione* e *revoca* dei regolamenti v. BODDA (*I regolamenti degli enti autarchici* - Torino, Bocca, 1932 pag. 447) per cui si ha abrogazione quando vi ha sostituzione di una nuova norma all'antica, revoca, invece, nel caso di mero ritiro.

(21) Cfr. CHIOVENDA - *Manuale di dir. process. civile*, pag. 998 - CARNELUTTI *Lezioni* Vol. IV pag. 235.

Di *revoca*, in senso, proprio, si parla invece in diritto privato e in diritto amministrativo, come di quel ritiro che comprende la sostituzione di un atto giuridico ad un altro preesistente, il ritorno di un diritto al suo precedente titolare e la mera eliminazione di un atto dal campo della produzione giuridica.

7. — Caratteristica del concetto di *revoca* sotto ciascuno degli elencati aspetti è la unilateralità del ritiro e la completa validità dell'atto da revocare.

Dal punto di vista soggettivo, la peculiarità del concetto di *revoca* sta nella unilateralità del ritiro dell'atto *de quo agitur*, il che serve da un lato a confermare la eccezionalità della *revoca*, dall'altro a escludere dalla sua nozione l'idea di uno scambio di consensi fra tutti i soggetti cointeressati alle situazioni giuridiche create dall'atto revocando.

Il mutuo dissenso dei due o più contraenti (art. 1098, 1123 Cod. Civ.) non si può considerare come un simultaneo ritiro unilaterale da parte di ciascuno di essi (dato che il contratto è per natura inscindibile e il consenso, prodotto unitario della fusione di più volontà, non è divisibile in tanti consensi) ma deve intendersi come un nuovo contratto, un nuovo negozio i cui effetti intendono a un recesso bilaterale o plurilaterale, a una controazione della causa etica che aveva prodotto il vecchio contratto. (22).

Il concetto tecnico di *revoca* deve invece ricondursi alla volontà unilaterale di uno dei soggetti cointeressati ad una determinata situazione giuridica, cui l'ordinamento riconosce la potestà eccezionale di poter sostituire ai limiti ed alle facoltà, sorti da un atto giuridico, altri limiti ed altre facoltà o di poter eliminare del tutto dal campo della produzione giuridica gli effetti prodotti dall'atto in questione.

Dal punto di vista oggettivo, invece, il concetto di *revoca* si riferisce all'atto valido, all'atto cioè che ha la perfetta attitudine alla produzione degli effetti giuridici per i quali fu voluto ed emanato.

Tale osservazione tende ad escludere dalle indagini sulla re-

(22) V. Dusi - *La revocabilità* cit. pag. 286.

voca ogni atto viziato, cioè ogni atto intrinsecamente invalido e passibile di *annullamento* e servirà meglio in seguito a separare nettamente due campi sulla cui discriminante regna sovrano il disaccordo tra gli amministratoristi.

8. — Posto che il principio della irrevocabilità si basa sul concetto subbiiettivo di autolimitazione da parte dei soggetti dell'ordinamento e sul fondamento obbiiettivo della immanenza della volontà creatrice in ogni momento successivo a quello in cui il prodotto di essa, era destinato ad avere attuazione, per la forza del *vinculum* imposto dall'ordinamento, ne discende, in diritto privato, che ogni volta in cui ad una manifestazione di volontà intesa a produrre determinati effetti si sovrappone un vincolo giuridico, l'atto o negozio ormai perfetto viene ad essere immobilizzato nel campo della produzione giuridica e completamente assoggettato alla regola romana "*factum infectum fieri nequit* „.

Prendendo le mosse da questa fortissima base di irretrattabilità generale, gli scarsi studi privatistici sulla revocabilità, (23) nella ricerca specifica sui vari casi ammessi dal Legislatore, hanno accertato che la remozione dei limiti e delle facoltà validamente posti in essere dalla volontà privata è possibile unicamente quando nell'atto da revocare siano insiti il concetto e la possibilità del ritiro; quando, in altre parole l'atto contenga uno specifico elemento, obbiettivamente accertato e noto a tutti i soggetti cointeressati alla situazione giuridica *de quo*, in virtù del quale sia possibile una eccezione al concetto di irrevocabilità, fondamentale per la sicurezza delle relazioni giuridiche.

I requisiti di tale elemento obbiiettivo, a garanzia comune di tutti i soggetti a favore dei quali sorsero delle *facoltà* riconosciute dall'ordinamento giuridico, sono la contemporaneità e la consustanzialità con l'atto da revocare, onde i privatisti, in relazione all'obbietto delle loro ricerche, definirono la irrevocabilità come la possibi-

(23) Cfr. SINTENIS - *Von der sog. Revocabilität der Sachenrechte* in *Zeitschr. f. Civil. und. Process.* del Linde, Giessen 1844 pag. 49-75; WAECHTER, *Pandekten*, Lipsia 1880, I, §§ 68, 69; BEKKER *System des heutigen Pand.*, I, § 57 e nella dottrina italiana, oltre al più volte citato lavoro dal DUSI (*La revocabilità ecc.*) anche CERVI - *La revoca dei diritti reali* in *Enciclopedia Giur. ital.*, vol. XIV Part. II, pag. 236.

lità che un diritto subbiiettivo, in determinate circostanze, possa o debba, in forza di una causa contemporanea e consustanziale all'acquisto, ritornare al precedente titolare (24).

Nella indagine sulla natura di tale causa, il coordinamento di tutti gli elementi comuni ai vari casi di revoca che si riscontrano in diritto privato, (25) non può che condurre alla conclusione che il fondamento della revoca deve rinvenirsi nella condizione risolutiva (26) sotto la quale si possono ricondurre non solo i casi di revoca convenzionale ma anche quelli di revoca legale.

9. — Il concetto di condizione non è certo tra i più semplici della dogmatica giuridica.

Adoperato in vari sensi dal Legislatore, lo stesso *nomen* non ha nemmeno una accezione univoca, poichè or denota i requisiti necessari alla sussistenza di un determinato fatto o di un certo negozio giuridico, or riguarda lo stato o modo di essere delle persone ora, infine, è usato per designare la stessa obbligazione (27).

Tuttavia gli studi più recenti hanno avuto il merito di porre in chiaro che la condizione è una speciale qualificazione della manifestazione di volontà diretta a produrre un effetto giuridico, qualificazione fondata sulla rappresentazione volontaria di un evento futuro ed incerto (28).

Il contenuto della condizione non è, dunque, l'evento condizionale

(24) V. DUSI - op. cit. pag. 258.

(25) I principali casi di revoca legale si rinvencono in tema di donazione, oltre che per inadempimento di pesi imposti al donatario, anche, specificamente, per ingratitudine (art. 1081, 1082 e 1087-1089 Cod. Civ.), per sopravvenienza di figli (art. 1083-1090) e per patto di reversibilità. Si riscontrano casi di revoca, inoltre, in tema di emancipazione (art. 321 Cod. Civ.), di interdizione (art. 338 C. C.) di inabilitazione (342 C. C.), di mandato (art. 1757) di testamento (art. 759 C. C.) sul quale argomento v. MIDIRI *La revoca espressa dei testamenti e le condizioni impossibili* in *Studi per ASCOLI*. Messina, senza data. pag. 725.

(26) Il DUSI aggiunge, in vero, anche il termine estintivo (pag. 304), ma siccome questo è previsto espressamente al momento della costituzione del negozio, allo scadere di esso non si avrà una revoca in senso vero e proprio ma la naturale eliminazione di un atto di durata certa e delimitata nel tempo.

(27) V. gli art. 2105, 198, 200, 131, 235, 1428 Cod. Civ. e in dottrina MANENTI *Dell'inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici e in ispecie delle condizioni apposte al matrimonio* - Siena - 1889 pag. 5 segg.

(28) MAGNO. *Studi sul negozio condizionato* - Vol. I, Roma 1930 pag. 10.

ma la previsione del fatto dell'evento considerato come possibilità avvenire; il fulcro della condizione è nella volontà dei subbietti non nell'effettivo verificarsi o meno dell'evento; la condizione è in sostanza uno speciale atteggiamento della volontà del soggetto o dei soggetti, con la peculiarità di affidare effetti determinati alla previsione di eventi futuri (29).

Chiarito il concetto di condizione in funzione della volontà del soggetto e riferendoci alla *communis opinio* che distingue le condizioni in sospensive e risolutive a seconda che la volontà fa dipendere dal verificarsi o meno dell'evento condizionale la nascita o la estinzione del negozio giuridico (30), è necessario, data l'indole e lo scopo del presente lavoro, lasciar da parte l'ipotesi della condizione sospensiva come quella che non riguarda il caso della eliminazione degli effetti di un atto (ritiro), ma solo il caso opposto della loro effettiva produzione.

La volontà della legge (31) o la volontà di uno o più soggetti (a seconda che si tratti di negozio unilaterale o plurilaterale) possono far sì che un negozio giuridico, venga posto in atto, validamente, con la previsione di un evento che, in un momento successivo alla emanazione, costituisca la causa della revoca dell'atto dal campo della produzione giuridica.

L'avverarsi o meno dell'evento condizionale, previsto come elemento obbiettivo dalle volontà che crearono il negozio o da quella del Legislatore che vi impresses il vincolo giuridico, opera come causa di *risoluzione*, cioè con efficacia retroattiva, (32), in guisa da eliminare *per il passato* (oltre che per l'avvenire) gli effetti eliminabili, prodotti dal negozio stesso (33), ed opera, in un momento successivo alla costituzione del negozio come causa piena-

(29) DUSI - *Cenni intorno alla retroattività delle condizioni* - in *Studi per SCHUPFER* - Vol. III pag. 536.

(30) La distinzione fra condizioni risolutive e sospensive non è fatta che in base al diverso modo di costituzione del negozio condizionato; è, in altre parole, fondata su elementi estranei al concetto assoluto di condizione.

(31) Per es. nei casi di revoca della donazione.

(32) V. PLANIOL - *Traité élémentaire de droit civil*. - Paris, 1900 vol. II, n. 1358. " On dit qu'un contrat est " résolu ", toutes les fois qu'il est détruit rétroactivement par une cause autre qu'une nullité initiale ".

(33) L'efficacia retroattiva della risoluzione dimostra ancora ulteriormente la innegabile connessione tra il principio della irretroattività e quello della

mente conosciuta da tutti i soggetti cointeressati alle situazioni giuridiche innovate dal negozio in parola, ma del tutto indipendente dalla volontà creatrice (34).

Dalle premesse già fatte intorno ai cosiddetti effetti retroattivi della norma, è facile intuire che anche gli effetti retroattivi della condizione sono necessariamente e in vario modo limitati giacchè nessuna forza umana può distruggere nel passato ciò che ivi effettivamente si verificò. Si tratterà solo di eliminare quanto è eliminabile e di restituire le situazioni giuridiche presistenti al pristino stato, *come se* l'atto risoluto non fosse mai entrato nel commercio giuridico, cercando, in altre parole, di ristabilire condizioni di diritto. (se non sempre di fatto) *identiche* a quelle che presistevano alla emanazione dell'atto ritirato. Tuttavia è mestieri riconoscere, senza giungere all'estremo di sovvertire i principi, che l'eccezione della retroattività alla regola generale di cui dianzi è cenno, non è pericolosa nel campo dell'atto giuridico con contenuto speciale così come potrebbe divenirlo nel campo dell'atto legislativo: la ragione, oltre a tutte le altre sulla sicurezza e sulla stabilità generale delle situazioni giuridiche, su gli inconvenienti di natura interpretativa in materia di leggi retroattive, è essenzialmente di economia giuridica. Dato che la retroattività agisce, di regola, artificiosamente, dovendo risalire nel passato e ripristinare *ex tunc* situazioni giuridiche che avranno in fatto subito trasformazioni a volte radicali; posto, quindi, che la retroattività produce uno stato di incertezza nella sua applicazione a situazioni giuridiche esaurite (che restano intatte) a situazioni acquisite e a situazioni pendenti, è sempre meno pericolosa per l'ordine giuridico la retroattività di un atto con contenuto speciale, che la retroattività di una legge, di un regolamento, di un contratto collettivo di lavoro. (35). Ciò

irrevocabilità e, viceversa, (come nel caso in esame) tra la revocabilità e la retroattività.

(34) Sotto tale profilo non è possibile condividere l'affermazione del DEMOGUE (*Valeur et base etc. cit. pag. 167*) per cui la condizione è un mezzo per dominare l'avvenire; nè pare accettabile l'opinione dello stesso A. che contrappone alla regola della irretroattività del diritto pubblico il principio della retroattività nel campo del diritto privato.

(35) V. ZANOBINI - *La clausola della retroattività nei contratti collettivi*, in *Foro Ital.* 1932, I, col. 1422.

prova il fatto che un atto speciale innova un numero limitatissimo di situazioni giuridiche e tocca la sfera degli interessi di un numero più che limitato di soggetti, a differenza di quanto accade per gli atti a contenuto generale sia che riguardino l'acquisto, sia che riguardino le modalità delle facoltà riconosciute ai soggetti dell'ordinamento.

Tale è il principio di ragion pratica che giustifica la deroga positiva sancita dal Legislatore alla regola della irretroattività, col riconoscimento degli effetti retroattivi ad atti con contenuto speciale aventi, sin dalla costituzione, insito (e, quindi, noto a tutti i cointeressati) il concetto della revocabilità e della conseguente retroattività.

L'eccessivo peso dato dalla scuola esegetica privatistica alle disposizioni sulla retroattività contenute nei vari ordinamenti positivi ha portato, come reazione, alla conseguenza che in alcune recenti codificazioni (art. 15 Cod. svizzero delle obbligazioni a 124 Cod. Marocchino delle obbligazioni) è stato escluso il principio della retroattività legale della condizione; ma, sicuramente, la soluzione intermedia seguita nel Progetto italo francese di un Codice comune delle obbligazioni (art. 110) costituisce il miglior riconoscimento dell'applicabilità della regola della retroattività temperata col principio della autonomia della volontà individuale e con le esigenze peculiari della natura stessa del negozio condizionato (36).

(*Continua*)

RAFFAELE RESTA

(36) V. DEMOGUE - op. cit., nelle conclusioni.

SUL PROGETTO DI UN CODICE ITALO FRANCESE DELLE OBBLIGAZIONI E CONTRATTI

Non apparirà inopportuno ritornare ora, dopo cinque anni dalla sua pubblicazione, su questo Progetto del Codice delle obbligazioni che, nella intenzione delle Commissioni che ne avevano curato lo studio, sarebbe dovuto servire come legge per l'Italia e la Francia. Nè a caso si può parlare di 'ritornare', poichè questo Progetto, mentre al suo primo apparire ha destato un vivissimo interessamento fra gli studiosi italiani e stranieri, e qualche polemica abbastanza vivace, da oltre due anni sembra caduto totalmente nell'oblio, e nessuna voce si è levata più in suo favore nè contro: solo qualche riferimento ad alcune disposizioni più importanti potrà trovarsi in qualche trattato di istituzioni anche recentissimo.

Eppure, se tramontato potrebbe forse oggi considerarsi questo ideale di unificazione legislativa, in questa branca importantissima del diritto, fra Italia e Francia, l'opera, che deve in gran parte la sua nascita al desiderio di dare forma concreta a tale aspirazione, non merita tale abbandono.

Gli scritti che ad essa hanno riferimento non sono stati molto numerosi, in compenso però sono, nella loro grande maggioranza, buoni, ed alcuni meritano veramente attento esame e considerazione. Le critiche sono state in qualche punto aspre, ma quasi sempre ispirate al giusto desiderio di contribuire al miglioramento di questa opera che, per la complessità ed importanza stessa della materia che si è voluta disciplinare, non può a meno dal contenere delle mende o difetti che un più attento riesame, che tenga presenti i vari inconvenienti lamentati, sarebbe indubbiamente capace di eliminare. In tutti questi scritti, anche in quelli meno

elogiativi e di contenuto polemico, non si è disconosciuta la importanza e la bontà del Progetto nel suo complesso, tanto che quasi tutti gli scrittori ne hanno auspicato la sollecita trasformazione in legge, il che molteplici elementi, non tutti forse facilmente identificabili, hanno sinora impedito. Questa constatazione rende pertanto evidente come il disinteresse, che da qualche tempo viene dimostrato nei riguardi del Progetto, non sia affatto meritato, e come quindi possa anche riuscire non superfluo un riesame degli scritti (elogiativi o critici) comparsi in Italia, fatto allo scopo di mettere in evidenza e dar ragione di quelle critiche che su determinate innovazioni introdotte dal nuovo Progetto sono state sollevate dalla grande maggioranza degli studiosi, e di quelle altre che, se pure isolate, non sono per questo meno meritevoli di un attento esame e considerazione.

Sarà così più facile ed agevole valutare quanto di veramente buono si trovi in questo lavoro delle Commissioni Italiana e Francese, e quanti punti invece vadano sottoposti a nuovo riesame nell'interesse del progresso scientifico, ma, soprattutto, per l'adeguamento migliore della espressione legislativa alle esigenze e necessità della pratica. Chè se poi, per mutate condizioni di ordine politico e di altra natura, non apparisse più possibile quella unificazione legislativa tra le due legislazioni Italiana e Francese, a cui hanno mirato le Commissioni che hanno formato il Progetto, non per questo il Progetto stesso potrebbe venir abbandonato: chè anzi la nostra Commissione per la riforma dei codici, libera ormai da quelle esigenze di collaborazione, che si ritiene abbiano in molta parte legato le mani ai nostri giuristi, che con quelli francesi hanno elaborato il Progetto, potrebbe attuare tutte quelle riforme che le esigenze della nostra scienza giuridica rendono necessarie, e che dalla grande maggioranza dei nostri studiosi sono state richieste ed auspiccate. L'opera legislativa che ne risulterebbe, anche se limitata al nostro Stato, non perderebbe sicuramente per questo di importanza e di utilità, nè sarebbe meno meritevole di considerazione da parte delle altre Nazioni.

I. Gli scritti che sono comparsi in Italia sul nuovo Progetto di un codice unico delle obbligazioni e contratti, possono essere distinti in due gruppi, tenendo presente l'oggetto della trattazione e delle critiche stesse.

Alcuni autori (ASCOLI, D'AMELIO, DE RUGGIERO, BETTI, DEgni, CANDIAN, MAROI, SCADUTO, SCIALOIA ecc.) hanno esaminato il nuovo progetto da un punto di vista generale e d'insieme, mentre altri (AZARA, CALLEGARI, MAGNO, MONTEL, RICCA BARBERIS, TEDESCHI ecc.) si sono invece fermati all'esame ed alla critica di singoli istituti. Mi sembra perciò necessario, per meglio riassumere e mettere in rilievo il pensiero ed il contributo di questi diversi scrittori, fermarmi ad esaminare distintamente gli scritti che hanno criticato (od elogiato) il Progetto nel suo insieme, e gli altri che solo all'esame (spesso incidentale) di singole norme ed istituti si sono voluti fermare.

In generale, la grande maggioranza ha avuto per il nuovo Progetto parole di vivo elogio; l'unica voce veramente discorde è stata quella del BETTI, le cui critiche per prime è necessario riassumere e, possibilmente, vagliare, tenendo presenti le acute e sagaci, per quanto non sempre giustificate, obiezioni che a lui sono state mosse da alcuni fra gli Autori del Progetto.

Le critiche del BETTI investono principalmente non tanto il Progetto nel suo insieme, quanto soprattutto l'opportunità, o, per meglio dire, le cause che ne hanno giustificato la formazione.

Vi è fra Italia e Francia si chiede il B. (*Riv. Dir. Comm.* 1929 I pag. 668 e *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1930 I, pag. 255) una identità culturale e di ambiente tale che valga a giustificare la compilazione di un codice unico per l'Italia e per la Francia?. "L'unificazione, per essere effettiva e vitale, deve rispecchiare una identità più profonda; identità dell'indole nazionale, identità della struttura economica e sociale, comunanza di cultura, di tradizioni, di ideali e di concezioni civili. Dove manca questa identità più profonda, ivi non è consigliabile unificare la legge „ Il B. si ferma ad esaminare particolarmente se una tale identità possa riscontrarsi, ma conclude che, ben lungi dal riscontrarla, tra i due popoli Italiano e Francese, non si può a meno dal notare sia la grande diversità di struttura economico sociale (l'uno, il francese, un popolo ricco ed essenzialmente conservatore; l'altro, l'italiano, un popolo povero ma con popolazione sovrabbondante, e perciò stesso portato all'espansione), sia la grande diversità degli scopi e delle aspirazioni che dalla diversità di struttura economica devono necessariamente derivare (il popolo francese mira con una 'politesse' che il B. chiamerebbe volentieri astuzia, a conservare la posizione di predominio già acquistata, mentre il popolo italiano mira ad acquistarsene una che gli consenta

di svolgere e valorizzare quelle energie umane che nel territorio insufficiente e povero, sono eccessivamente compresse ed ostacolate nella loro espansione.)

Posta così la questione, non può a meno dal notarsi (e questa è forse l'osservazione più importante che può essere mossa al B.) che dal terreno puramente giuridico si è passati in un campo essenzialmente politico ed economico. È vero che il B. mira appunto a dimostrare come lo scopo che ha indotto ad una unificazione del diritto delle obbligazioni tra Francia ed Italia sia uno scopo politico. Tale "convenienza politica", (*op. cit. Riv. Dir. Process.* pag. 259) avrebbe fatto sorgere nella mente dello SCIALOIA l'idea di un'unificazione legislativa tra i due paesi, riuniti allora da un vincolo di alleanza e di solidarietà per il raggiungimento di uno scopo comune, e tale convenienza, intuita e favoreggiata caldamente dagli studiosi ed uomini politici, avrebbe condotto, dopo circa dieci anni di studi e di elaborazione, all'attuale Progetto delle obbligazioni.

Ora, secondo il B., tale unione legislativa dovrebbe costituire sempre un *posterius* per l'avvicinamento di due nazioni, le quali dovrebbero prima essere unite da altri vincoli, quali trattati di amicizia e di commercio, con carattere più o meno decisamente politico. Solo quando un riavvicinamento completo economicamente e politicamente fosse già avvenuto si potrebbe iniziare una unione legislativa.

Nè a questo si ferma la critica sulla *opportunità politica* del nuovo Progetto, chè il B., pur ammettendo che una convenienza politica potesse esservi qualche tempo fa, ritiene e vuol dimostrare come essa sia venuta a cessare dopo i discorsi nel Parlamento, nel Senato, ed in varie città d'Italia, del Capo del Governo (1). Il B. dichiara che tali considerazioni valgono a dimostrare l'infondatezza dell'accusa mossagli dallo SCIALOIA, che le osservazioni, fatte nei precedenti scritti dal BETTI aveva ritenuto ispirate da un "miso-

(1) Le alterne vicende delle relazioni politiche tra Italia e Francia hanno dato alle parole scritte dal Betti a questo riguardo un contenuto di verità nel momento in cui furono scritte, ed in qualche altro periodo, anche meno lontano.

In questi ultimi tempi, il notevole miglioramento dei rapporti politici tra i due Paesi potrebbe forse fare ancora riflettere sulla *opportunità politica* di questa unione legislativa.

gallismo di vecchia maniera „, ma è pure evidente come a nessuno studioso del diritto possa venire in mente di seguirlo su un terreno sul quale al giurista è assolutamente vietato avventurarsi. Sia pure che di convenienza politica di una unione legislativa tra Italia e Francia non sia ora da parlarsi (tale questione non solo esaminata, ma non può venire qui neppure prospettata) ma non si può non badare al fatto che una schiera di valenti studiosi, alla cui autorità ed indubbia competenza il B. presta ossequio, si sono per oltre dieci anni affaticati per la compilazione di un Progetto, che regola una delle materie più interessanti e scabrose di tutto il diritto privato, progetto che si chiede venga ricevuto come legge del nostro Stato. Sulla utilità e convenienza di questo Progetto, come legge del *nostro Stato*, si è chiamati a discutere: il fatto che esso possa divenire legge anche di un paese a noi vicino, è questione che potrà interessare, e sempre nei limiti della scienza giuridica, gli studiosi francesi, ma che ci deve lasciare quasi indifferenti nell'esame esegetico e dommatico di quello che dovrebbe essere il futuro codice delle obbligazioni e dei contratti. Questo ha del resto intuito esattamente anche il B., il quale ha voluto fermarsi anche ad esaminare se le norme del progetto costituiscano un progresso nei confronti delle attuali norme che regolano la materia delle obbligazioni nel nostro diritto privato ed in quello francese.

“Le norme che il Progetto vorrebbe riconsacrare e perpetuare nel futuro codice civile, si chiede il B. (*Riv. Dir. Comm.* 1930 1, pag. 189 e *Riv. Dir. Process. Civ.* 1930 1, pag. 254), costituiscono davvero l'espressione genuina, caratteristica e definitiva del nostro genio nazionale; della nostra mentalità, della nostra tradizione giuridica; o di questa riflettono invece soltanto un atteggiamento transitorio e caduco, un atteggiamento, cioè, che circostanze puramente contingenti hanno potuto indurre fra di noi e fare apparire come rappresentativo della nostra mentalità giuridica? „

Il B. propende per la risposta negativa per le ragioni seguenti:

a) La commissione francese aveva poteri limitati nella riforma del diritto delle obbligazioni, quale è disciplinato nel codice Napoleone; la commissione italiana, accettando la collaborazione, si precludeva *ipso facto* la via per proporre od attuare riforme importanti e decisive, che, per quanto auspiccate dalla nostra dottrina e giurisprudenza, avrebbero in qualche modo violato quei confini entro i quali il lavoro della commissione francese doveva esser contenuto.

b) La dottrina francese, per essere molto meno della nostra progredita negli studi giuridici, non poteva accettare le riforme essenziali che i componenti la nostra commissione potevano proporre. Da ciò deriverebbe il fatto della permanenza nel nuovo progetto di istituti e disposizioni la cui abolizione dal codice civile era stata da tempo richiesta (ad es. l'istituto delle prove che dovrebbe venir incluso nel codice di procedura civile). I giuristi italiani avrebbero introdotto nel Progetto quelle sole riforme che, propugnate da giuristi francesi, erano anche bene accettate alla commissione francese.

d) Per salvare le apparenze, la commissione italiana avrebbe dichiarato di volersi attenere ai codici di tipo latino (quello di Napoleone e quello nostro del 65) senza pensare che tali codici potevano, se mai, rappresentare un punto di partenza e non già un termine di comparazione. Da ciò deriverebbe il fatto della riproduzione nel nuovo Progetto di norme contenute nel vecchio codice Napoleone e persino nel trattato delle obbligazioni del Pothier. Da tale vetusta seppur celebre opera del grande giureconsulto deriverebbero l'intelaiatura e le principali formulazioni contenute nel Progetto (il B. per dimostrare la verità di quest'ultima asserzione, propone di disporre in chiave in una tabella a tre colonne i numeri corrispondenti del *Traité*, del codice Napoleone o del nostro del 65, e del Progetto (op. cit. *Riv. dir. Process. Civ.* 1930 pag. 252).

Interessa esaminare attentamente questi singoli appunti, la cui gravità, per quanto non eccessiva come *prima facie* potrebbe apparire, è però sempre da tenersi in considerazione.

Una prima constatazione mi sia permessa: tutta questa critica è animata da uno spirito che, se altamente patriottico e come tale lodevole, non avrebbe dovuto prendere però sotto molti aspetti la mano al giurista. Questa seconda parte, dirò così, della critica del B. si riannoda ed è infatti una diretta derivazione della prima.

Come si sarebbe potuto pretendere che scopo dei giuristi italiani fosse stato quello di *defrancesizzare* il nostro codice, se, per la formazione di un codice, che dovrebbe esser comune, è bene non dimenticarlo, alla Francia ed all'Italia, essi avevano il compito di *collaborare* con insigni studiosi francesi, e non già *d'imporre* a costoro delle restrizioni ed il raggiungimento di scopi che si fossero appalesati in assoluto contrasto con lo spirito stesso della unificazione legislativa? Solo nel caso in cui l'unificazione legislativa non

avesse dovuto aver luogo, e questo appunto sarebbe il desiderio del B., sarebbe stato giusto pretendere che i nostri giuristi avessero mirato a fare un codice quanto più possibile originale, togliendo da esso, per quanto possibile, tutte quelle disposizioni che la nostra dottrina e giurisprudenza avevano condannato, ed imitando magari, è questo poi in fondo il velato desiderio del B., quelle disposizioni dei moderni codici Tedesco e Svizzero, che maggiormente si fossero rivelate meritevoli di attenzione.

Ma, anche qui, la critica del BETTI, per quanto ispirata dal legittimo desiderio che la nuova opera legislativa possa raggiungere la maggior possibile perfezione anche nei confronti dei codici moderni, non può non apparire alquanto eccessiva.

Ed invero perchè richiedere che: *sistematicamente* dovessero essere tolte dal nostro codice tutte quelle disposizioni di importazione francese derivate dal trattato di POTHIER o dal codice Napoleone, se veramente la loro applicazione non ha dato luogo ad inconvenienti tali da far ritenere necessario un tale assoluto ostracismo? In nessun campo quanto in quello legislativo occorre andar cauti nel far buon viso a nuove costruzioni e teorie, il desiderio della novità e della originalità non deve mai prender la mano al giurista, chè nessuna esperienza è più difficile e pericolosa di quella che si fa coll'applicazione di norme giuridiche. Nella lezione e nel trattato è possibile svolgere e sostenere nuove teorie e nuove costruzioni, ma queste non dovranno venir codificate se non quando si abbia la sicurezza (sempre purtroppo relativa in questo campo!) che la loro codificazione ed applicazione darà poi in pratica luogo a minori inconvenienti di quelli che si siano verificati nell'applicazione delle norme già vigenti. Criteri di opportunità e di prudenza consigliano poi, in ogni caso, di adattare, ogni qual volta sia possibile, le vecchie norme alle nuove esigenze, anzichè crearne delle nuove, nella cui applicazione ed interpretazione molto più facilmente potrebbero sorgere controversie e dubbi di difficile soluzione.

Ora, se da queste considerazioni non si sarebbe dovuto prescindere in una riforma isolata del nostro codice, a maggior ragione esse dovevano esser tenute presenti dai nostri giuristi, che avevano il delicato incarico di collaborare con studiosi di una nazione amica, nella quale tali nuove norme legislative si sarebbero dovute anche applicare. Le innovazioni diventavano per

questo stesso fatto ancor più difficili, in quanto esse dovevano venir approvate da un maggior numero di persone, formatesi, sia pure, a scuole diverse, ma che tutte erano compenetrated dalla difficoltà e responsabilità del lavoro loro affidato. Ad esse non può pertanto rimproverarsi il fatto che vecchie norme, già intuited dal POTHIER e codificate nel cod. Napoleone, siano rimaste immutate; questo solo fatto non è di per sè stesso una colpa; la critica, per essere veramente sana e giovevole, dovrebbe appuntarsi piuttosto sulla disposizione stessa, vecchia o nuova che sia, ponendone in rilievo i difetti e proponendone o la soppressione o gli emendamenti più opportuni. Solo in tal modo può veramente porsi in rilievo un vizio o difetto della riforma e l'emendamento proposto può, se giusto, essere attuato.

Ora, che nel Progetto vi siano delle ottime e sane innovazioni il B. lo riconosce (*Riv. Dir. Process.* 1930 I pag. 252) per quanto egli le chiami: "non felici innesti su un tronco antico", (Cod. Napoleone e Trattato del Pothier). Dunque il Progetto, nel suo complesso, non dovrebbe meritare una così acerba critica, tanto più, e questo è un fatto di indubbia gravità, che esso, in molte parti, si mantiene aderente a delle costruzioni giuridiche che hanno a loro favore millenni di esperienza ed una non indifferente mole di studi. Molto più gradito ed utile sarebbe leggere le impressioni ed i giudizi che uno studioso della tempra del B. potrebbe fare sulle singole parti e disposizioni che, secondo il suo giudizio, rappresenterebbero tutti quei difetti da lui tanto criticati e già più sopra brevemente riassunti.

II. Il D'AMELIO (*Riv. Dir. Comm.* 1929 I, pag. 669, 672), nel rispondere alle critiche del B., ha cercato di rettificare l'osservazione concernente i minori poteri che la commissione francese avrebbe avuto nei confronti di quella italiana. Facendo la storia del modo col quale, da parte francese, si giunse alla nomina della commissione che doveva collaborare con quella italiana, il D'AMELIO, ha insistito sulla affermazione che alla commissione francese furono riconosciuti poteri altrettanto vasti quanto quelli della commissione italiana, per essere stata anche essa nominata dal Governo Francese, dal quale direttamente aveva ricevuto (almeno in un secondo tempo) l'incarico per la collaborazione con gli studiosi italiani.

L'osservazione non persuase però il B., il quale ha risposto (*Riv. Dir. Com.* 1930 I, 184) mettendo in rilievo un altro fatto, che

indubbiamente ha la sua importanza, per porre in giusta luce l'atmosfera nella quale doveva svolgersi il lavoro delle due commissioni. Egli infatti osserva che, ammesso pure che alla commissione francese fossero stati dati ampi poteri dal Governo Francese, deve però sempre notarsi che questo non è fornito, come il nostro Governo, di una delegazione legislativa fattagli dalla Camera, e che, in ogni caso, la Commissione francese aveva ristretto il suo compito alla riforma di quella sola parte del codice Napoleone riguardante le obbligazioni ed i contratti. Da questo solo fatto deriverebbero delle conseguenze della massima importanza, in quanto tutte quelle norme che, poste sotto il titolo delle obbligazioni, interessano altre parti del codice, non potevano, sempre per i limitati poteri della Commissione francese, essere poste in discussione; i giuristi italiani dovevano di conseguenza piegarsi a queste esigenze, e limitare le innovazioni a quelle date parti e norme che nessun collegamento diretto potessero avere con altre parti e norme sulle quali la discussione non era permessa. Inconveniente anche questo derivante dall'erroneo presupposto che sia possibile procedere ad una vera riforma per parti separate e spezzettate.

Un codice, osserva il B., non deve essere puramente un insieme di norme riguardanti istituti diversi, e collegate tra loro materialmente in un unico libro, ma deve all'incontro essere un tutto organico ed omogeneo, concepito e studiato sotto direttive unitarie e le cui parti, anzichè indipendenti le une dalle altre, devono anzi possedere degli stretti legami; questi varranno appunto ad integrare le eventuali immancabili manchevolezze o dubbi, che nella pratica attuazione possono verificarsi, con precisi riferimenti al sistema unitario, di cui le singole norme non sono soltanto parti indipendenti, ma membra essenziali.

Ora, che un qualche esempio di questa mancanza di legame tra le nuove norme del Progetto e le altre del codice ci sia, non è dubbio. Il ROMANO in suo scritto (*Contributo allo studio delle opposizioni al pagamento*, Perugia, 1930) pone appunto in rilievo e commenta uno di questi casi, e precisamente quello della diversa efficacia delle norme contenute nell'art. 1242 Cod. Civ. francese ed art. 1244 Cod. Civ. italiano (riportati nell'art. 176 del Progetto) le quali, apparentemente identiche, hanno sostanzialmente diverso significato e valore se si pongono in relazione con le altre norme di legge che sono contenute nei codici italiano e francese (ROMANO *op. cit.* pag. 21 e 36).

Non è dubbio che altri esempi potrebbero risultare in una applicazione della legge; il rilevarli oggi con una semplice lettura delle norme non è cosa facile, ed a questo riguardo non si potrebbe certo dar colpa al B. per non avere documentato meglio questa parte della sua critica. La materia delle obbligazioni è senza dubbio la parte le cui norme hanno un vastissimo campo di applicazione, e vengono continuamente richiamate anche per la interpretazione di altre norme riguardanti istituti diversissimi.

Ma, anche a questo proposito, una domanda si impone: sono questi difetti talmente gravi da far considerare come una inutile fatica quella della redazione del Progetto di un codice delle obbligazioni? E, in ogni caso, deve farsi carico ai compilatori del Progetto del fatto di non aver tenuto conto di tali importanti osservazioni?

Per quel che riguarda la seconda domanda non credo che ad alcuno possa sembrar giusta o ragionevole una risposta affermativa, se si pensa che i nostri giuristi dovevano collaborare coi giuristi francesi, ai quali non era stato attribuito altro compito all'infuori di quello di riformare la parte del codice Napoleone riguardante le obbligazioni ed i contratti: è sempre quindi lo scopo della unificazione di questa parte del diritto quella che giustifica i diversi sacrifici od inconvenienti.

Quanto alla prima domanda, è ben difficile dare una risposta in un qualunque senso, poichè non si sa (nè lo si potrebbe conoscere) con precisione a quali inconvenienti, derivanti da questo difetto di organico coordinamento delle norme del Progetto con le altre del codice, l'applicazione pratica delle une e delle altre potrebbe dar luogo. Indubbiamente però questo difetto non è uno di quelli irrimediabili, chè anzi, se si bada alla lentezza con la quale il Progetto si avvia a diventare legge del nostro Stato, si ha ben motivo di temere (o di auspicare?) che, nel frattempo, la riforma delle altre parti del codice sia talmente avanzata, e l'esperienza sulla applicazione del nuovo Progetto, fatta a spese altrui in quegli altri Stati che intendono adottarlo, così sufficiente, da dare la speranza che gli inconvenienti lamentati o riscontrati possano in buona parte venire eliminati.

Che poi tra la redazione del Progetto e l'idea di una possibile unione od intesa politica tra Italia e Francia vi sia un nesso

abbastanza stretto, come il B. vuole insistentemente dimostrare in vari punti dei suoi tre scritti citati (a sostegno di questa sua opinione egli riferisce un passo del discorso tenuto dal BONFANTE per l'inaugurazione dell'anno accademico 1918-1919 nella R. Università di Roma), mentre tanto il D'AMELIO quanto lo SCIALOIA nei rispettivi art. cit. insistono per la negativa più assoluta, è cosa che, più che da dati obbiettivi, dipende dal fatto di esaminare sotto punti di vista del tutto diversi, e puramente subbiettivi, dei fatti e degli scopi non appariscenti, e perciò stesso non rigorosamente controllabili. In ogni ipotesi, essendo tale ricerca interamente fuori del campo giuridico, non può interessare il giurista; come non poteva interessare i compilatori del Progetto il fatto che la redazione di questo potesse preparare un terreno più adatto per la formazione degli Stati Uniti d'Europa giovando *ad maiorem Galliae gloriam*.

Le osservazioni sin qui fatte permettono di esaminare un pò spassionatamente l'altro punto sul quale il B. insiste, e sul quale invero l'accordo con i compilatori del Progetto non è certo possibile.

Lo SCIALOIA (op. cit. *Riv. Dir. Comm.* 1930 I, 191) osserva che non vi può essere dubbio che il progetto sia "italianissimo in quanto più del presente codice si avvicina alle fonti giustinianee che furono il fondamento del diritto comune europeo ..

Tale osservazione viene però criticata dal B. al quale l'equazione "romano dunque italiano .." sembra equivoca, in quanto alle fonti giustinianee è possibile avvicinarsi, per usare l'espressione del Betti, in vari modi, e ad esse si avvicina indubbiamente molto anche il codice tedesco, attraverso però la elaborazione che del diritto romano hanno fatto i pandettisti. Il nuovo Progetto invece, anzichè attraverso questa elaborazione, si accosterebbe, sempre secondo il B., alle fonti romane attraverso la elaborazione degli scrittori francesi, quale risulta dal Trattato del Pothier. Ambedue i codici si avvicinano quindi al diritto Romano, ma quale è più.... italiano dei due?

Ora, al riguardo, non può non notarsi che, se pecca un pò di enfasi, l'affermazione dello SCIALOIA (il Progetto non può certo meritare il titolo di "italianissimo .." solo perchè, per talune norme si è creduto opportuno dai giuristi di entrambi i paesi riavvicinarsi un pò più alla formulazione ed al sistema seguito nella compilazione giustiniana), così eccede un pò nella sua critica il B. per il fatto di ritenere che, solo perchè il Progetto ha seguito in molte parti la intelaiatura ed il sistema del Trattato del Pothier, non possa consi-

derarsi nè italiano, nè all'altezza della coscienza nazionale e della moderna scienza giuridica.

Il Trattato del Pothier non è stato infatti imitato dai compilatori del Progetto con quel feticismo che le parole del B. vorrebbero fare apparire, nè, d'altra parte, il Pothier è creatore di un diritto nuovo, ed in questo le obbiezioni dello SCIALOIA e del D'AMELIO sembrano fondate, così da far ritenere che coloro, che di alcune, o di molte formulazioni contenute nella sua opera si sono serviti, abbiano fatta opera antinazionale, imitando modelli stranieri. In ogni caso, poichè queste ed altre osservazioni del B., più che critiche vere e proprie del Progetto, rappresentano delle impressioni eminentemente soggettive e personali, mi sembra inutile dilungarmi ancora sull'esame di esse, lasciando al lettore ed al... tempo il giudizio sulla loro importanza e fondatezza.

III. Fra gli altri scritti che si sono occupati del Progetto in modo generale, studiandone, vale a dire, l'opportunità ed i difetti che esso presenta nel suo insieme, in Italia, all'infuori di quelli, troppo compendiosi, del BETTI, dello SCIALOIA, e del D'AMELIO già esaminati, e degli altri, alquanto più diffusi, dello SCADUTO, del DE RUGGIERO e del MAROI, ben pochi ne sono apparsi che, in modo veramente esauriente (come invece è avvenuto per il Progetto del Codice Penale, per quello di Commercio e di Procedura Civile) abbiano avuto per scopo una esegesi veramente critica delle fondamentali innovazioni che il nuovo Progetto delle obbligazioni contiene. Il ricercare le cause di questo disinteresse mal celato della nostra miglior dottrina civilistica non è compito di queste brevi note, solo non può a meno dal rilevarsi come all'Estero il Progetto stesso abbia destato un interessamento indubbiamente maggiore, anche in Nazioni dove la nostra letteratura giuridica è generalmente in gran parte ignorata o poco conosciuta (cfr. gli scritti contenuti nell'Annuario di Diritto Comparato Vol. IV e V parte I°).

In ogni caso, sarà bene dare un breve cenno delle diverse note e studi che sinora sono apparsi presso di noi, in modo che si abbia una idea, il più possibile completa, di tutta la elaborazione dottrinale che, intorno al nuovo Progetto, si è avuta in Italia.

Uno, fra i primi studii apparsi dopo la pubblicazione del Progetto, è quello dell'ASCOLI (di quello dello SCIALOIA, in *Nuova Antologia* 1927 IV pag. 77, basterà solo far cenno, in quanto esso, per quanto

degno di nota, è anteriore alla pubblicazione del Progetto, e spiega solo i motivi che hanno consigliato questa unione legislativa relativamente alla parte delle obbligazioni, e che consiglierebbero l'unificazione legislativa anche per altre parti non meno importanti del nostro diritto privato.)

L'ASCOLI, che ha fatto parte della Commissione Italiana per la redazione del Progetto, non può non lodare, e giustamente, l'iniziativa ed il risultato che si è ottenuto. Nella sua breve nota (ASCOLI: *Il nuovo Codice delle obbligazioni e dei contratti* Riv. Dir. Civ. 1928, pag. 62 e 67 cfr. pure ASCOLI: *L'unificazione del diritto delle obbligazioni* in *Monitore Tribunali*, 1929, pag. 1 e segg.), dopo un breve cenno dei precedenti del Progetto in Italia ed in Francia, Egli si ferma brevemente sulle principali innovazioni introdotte dal nuovo testo (quelle specialmente in materia di atti illeciti, art. 74 e segg., ed azione generale di lesione, art. 22) che costituirebbero un reale progresso della norma legislativa civile. L'A. vuole soprattutto porre in rilievo la impossibilità di introdurre "novità rivoluzionarie", nel campo delle obbligazioni, le cui norme fondamentali, tramandateci dal Diritto Romano, e conservatesi immutate nella loro sostanza attraverso millenni di esperienza e di studi, costituiscono ancora la *ragione scritta*. Quest'opera legislativa, osserva l'A., alla formazione della quale hanno partecipato giuristi di due nazioni diverse, non è affatto una transazione od un compromesso tra due concezioni nazionali diverse, ma è un'opera fatta in *collaborazione*, senza pregiudizi o preconcetti campanilistici, che, d'altra parte, non sarebbero stati consentiti dalla materia sulla quale si è lavorato, e tendente al fine unico di codificare le grandi linee ed i principii fondamentali del diritto generale delle obbligazioni e dei contratti civili. A questi scopi sono ispirate le norme innovatrici sulla prescrizione, sulla cessione dei crediti (le cui norme sono state trasportate nella parte generale), sulla ammissibilità di titoli di credito puramente civili, sulla disciplina del contratto di lavoro, colonia parziaria, società etc. e le nuove norme sul pegno di cose corporali ed incorporali. Il progetto a questo riguardo non può venir considerato come un puro e semplice *ritocco* delle vecchie norme del codice Napoleone e del nostro codice civile, ma come una vera e propria *riforma completa*, alla quale non dovrebbe mancare l'approvazione dei poteri dello Stato e della pubblica opinione.

IV. All'esame del Progetto da un punto di vista d'insieme è anche dedicato uno studio del MARGHERI A. (*Intorno al Progetto del Codice delle obblig. e contratti*) in Riv. Dir. Comm. 1928, I, pag. 293 a 302.

Il M. elogia il Progetto per avere conservato la tradizionale distinzione tra norme di diritto civile e norme di diritto commerciale, rifiutando quella tendenza che, in qualche paese estero (Svizzera), ha condotto alla compilazione di un codice unico delle obbligazioni civili e commerciali. Ravvisa però un certo qual ibridismo nel Progetto per il fatto che in esso sono contenute alcune norme che vengono poi anche accolte, con leggere modificazioni, nel Progetto del codice di commercio (ad es.: norme sulla manifestazione del consenso tra persone lontane, sul regime monetario, ecc.); e pone in rilievo la necessità di un rigoroso coordinamento delle norme contenute nei due Progetti, allo scopo di evitare contraddizioni ed antinomie.

Venendo poi all'esame dettagliato di singole norme ed istituti, pone in rilievo una *inesattezza* di posizione nella quale incorre il Progetto nel regolare in luoghi differenti gli effetti della promessa unilaterale (art. 4 del Progetto), ed una *deficienza* per non avere compreso tra i mezzi di prova anche gli ultimi ritrovati della scienza radiotecnica, oggi così sviluppata.

Al M. appare opportuna la norma che contiene le sanzioni contro i patti usurari, per quanto gli sembri necessario consigliare al giudice una oculata valutazione delle diverse circostanze che possono aver consigliato la stipulazione di un tasso di interesse superiore al normale (ad es.: prestiti a cambio marittimo, elevatizza del rischio cui si espone il mutuante, ecc.).

Al M. sembra anche buona la formulazione dell'art. 323 del Progetto, che dichiara semplicemente *annullabile* la vendita di cosa altrui, non egualmente invece ravvisa opportuna, almeno per diritto civile, la norma dell'art. 636, dove, accanto alla figura del mutuo *reale*, si disciplina la figura della "promessa di dare a mutuo". Con tale ultima innovazione si sarebbe verificata, secondo il M., una estensione di norme tipicamente commerciali nella materia civile.

L'appunto non appare invero troppo fondato, se si pensa alla diffusione ed alla indubbia importanza che la promessa di mutuo ha anche nel diritto civile, giustamente quindi la sua regolamentazione doveva trovare posto in un Progetto per un codice delle obbligazioni.

Il M, critica, e mi sembra giustamente, l'art. 649 del Progetto, che trasforma in *mutuo* un contratto che la dottrina civilistica aveva considerato come *deposito*, in quanto la custodia era sempre stata considerata come elemento essenziale e predominante. Egli auspica pertanto che la regolamentazione di un tale istituto venga lasciata interamente al diritto commerciale, e termina questo suo breve studio ponendo in rilievo l'importanza ed il valore di questo Progetto "che onora i giuristi i quali lo predisposero, e che costituisce un ottimo saggio della unificazione legislativa imposta dalla vita moderna „.

V. Carattere puramente espositivo ed elogiativo ha invece l'articolo del DEGNI F. (*La solidarietà umana nella rinnovazione del diritto civile*) Riv. Dir. Comm. 1929, I, pag. 145 a 161 (1).

Da una prolusione non può certo pretendersi uno studio accurato ed una critica profonda ad un'opera dell'importanza del Progetto, e questo varrà a spiegare il carattere piuttosto vago ed incerto di molte osservazioni elogiative che il D. fa, e la mancanza assoluta di critiche, che pur tuttavia il D. riconosce necessarie a molte parti del Progetto.

Secondo il D., e vedremo che questo è anche il parere di altri studiosi, il nuovo Progetto di un codice unico Italo-Francese delle obbligazioni contiene delle profonde *innovazioni*, che hanno trasformato radicalmente quelli che si ritengono i principi informatori sia del nostro codice civile che di quello Napoleone.

Su queste innovazioni il D. dichiara di voler fermare la sua attenzione, e, fra esse, pone innanzi tutto in rilievo il nuovo principio, accolto nel Progetto all'art. 60, dove viene sancita la obbligatorietà della semplice promessa unilaterale, e l'altra importantissima innovazione dell'art. 25, che permette al giudice di trasformare in definitivo, mediante la sentenza, un contratto la cui conclusione sia stata semplicemente promessa. Il D. riconosce che in questo modo si fa uno strappo alla logica *astratta* del diritto, ma ritiene che la disposizione meriti elogio poichè tutela la buona fede, imponendo una norma di condotta che è più conforme alla solidarietà umana.

(1) Tale articolo costituisce la prolusione tenuta dal DEGNI al corso di diritto civile nella R. Università di Messina il 3 Dicembre 1928.

Così pure il D. ritiene siano da approvarsi le norme del Progetto che riguardano la cosiddetta "responsabilità senza colpa", (art. 74 a 78). Egli si ferma ad esaminare alcuni inconvenienti ai quali ha dato luogo la rigida applicazione del sistema accolto nel nostro codice civile, e le principali argomentazioni addotte dalla dottrina per attuarne la modifica, giungendo alla conclusione che il sistema seguito dai compilatori del Progetto è in sostanza buono e rafforza il sentimento della solidarietà umana.

Nel paragrafo IV° del suo studio il D. accenna brevemente alla questione sulla risarcibilità dei danni morali, schierandosi tra coloro che una tale risarcibilità hanno ammessa, ed approvando di conseguenza il disposto dell'art. 85 del Progetto, che accorda al giudice la facoltà di ordinare un tale risarcimento, non solo a favore della vittima, ma anche dei parenti, affini e del coniuge per il dolore sofferto in caso di morte della vittima stessa.

Nel paragrafo V° si occupa invece della norma dell'art. 22 del Progetto, colla quale si dichiara la annullabilità dei patti usurari. Il Degni, che una tale annullabilità ha ammessa anche *de iure condito*, nonostante il principio consacrato all'art. 1831 Cod. Civ., non può non approvare una norma la cui adozione porrebbe un termine al ripetersi di inconvenienti e di ingiustizie. Si impedirebbe così alla nostra giurisprudenza di continuare, anche per il futuro, a fare buon viso e sancire la validità di contratti usurari, tutte le volte in cui non è possibile al danneggiato provare che a tale contratto egli ha prestato il suo assenso sotto la minaccia di un male, consistente in un atto positivo e proveniente dall'altra parte. Il D. cita al riguardo le disposizioni contro l'usura contenute nelle principali legislazioni straniere, ritenendo che il sistema attuato nel nuovo Progetto sia il migliore, in quanto dà al giudice la facoltà, non solo d'annullare il patto usurario, come disponeva il Progetto Gianturco, ma quello di annullare l'intero contratto, il che potrebbe meglio convenire all'altra parte, contro la quale si sperimenta l'azione (Cfr. più avanti nella recensione al MAROI pag. 95, al DE RUGGIERO pag. 103, ed al MONTEL pag. 116 e segg. le non poche osservazioni che sulla portata ed efficacia di questa norma è necessario fare).

Conclude quindi il D. questo suo studio ponendo in rilievo il grande progresso che una tale opera legislativa segna per l'Italia e per la Francia. Ad essa possono esser mosse delle critiche per diverse mende e manchevolezze, che facilmente possono riscontrarsi

(il D. cita come esempio quella della mancanza di un assetto delle obbligazioni naturali, fra le quali dovrebbero venir compresi alcuni doveri morali: specialmente quello del padre di dotare la figlia, e quello del divieto del patto commissorio, che dovrebbe essere esteso a tutti i contratti, e non limitato al solo contratto di pegno), ma all'esame di queste deficienze il D. dichiara di non essersi voluto fermare, in quanto ha inteso fare una esposizione e non una critica.

VI. All'esame della parte generale del Progetto dedica il MAROI F. un accurato e diligente, per quanto necessariamente sommario e riassuntivo, studio dal titolo: "*Il Progetto Italo-Francese delle obbligazioni*", (pubblicazione della Facoltà di giurisprudenza della R. Università di Modena, 1928).

Anche questo studio però, più che un esame veramente obiettivo del Progetto (non deve dimenticarsi che il M. faceva e fa parte della Commissione Reale per lo studio della riforma dei codici e per la compilazione del nuovo Progetto: cfr. Relazione del Progetto pag. XXXII nota I) contiene una spiegazione, più ampia e completa di quella contenuta nella Relazione che precede il Progetto, delle finalità che i compilatori si sono proposte, e, soprattutto, delle più importanti innovazioni che sono state introdotte. Inutile quindi il ricercare in questo studio delle osservazioni critiche, chè scopo dell'Autore è stato quello di porre in rilievo l'importanza e la perfezione degli scopi raggiunti, e non quello di rilevare manchevolezze o dubbi, che le norme contenute nel Progetto, come in generale quelle contenute in ogni opera legislativa, presentano sempre in misura maggiore o minore, a seconda dei principî ai quali i compilatori si sono ispirati, e della via da essi seguita per il raggiungimento e la realizzazione dell'ideale di giustizia, purtroppo sempre vago e mutevole.

Il M. pone in rilievo nel suo lavoro le direttive e gli scopi che i componenti la commissione italiana e francese si erano proposti nell'opera di riforma, per far sì che il nuovo Progetto, pur non discostandosi dal tipo e dai caratteri dei vecchi codici a tipo latino, potesse realizzare quelle riforme che i bisogni di una civiltà molto più progredita rendevano ormai indispensabili. Nessuna radicale riforma, nessun sostanziale cambiamento, nessuna sistematica innovazione è stata ritenuta necessaria per il raggiungimento di

questi fini. Era solo necessario “ammodernare”, alcune norme che nel nostro codice erano state trasfuse dal codice Napoleone, od in quest’ultimo attraverso il diritto *coutumier* e le dottrine del DOMAT, POTHIER ecc. (pag. 7). Questo spiegherebbe il perchè non è stata introdotta una parte generale, a simiglianza dei codici di tipo germanico, in cui comprendere tutte quelle norme relative alla capacità, dichiarazione di volontà, ecc., norme che invece sono state lasciate dai compilatori del Progetto sotto il titolo delle obbligazioni.

Innovazione di altissimo valore sarebbe invece quella risultante dalla soppressione della enumerazione delle cause o fonti delle obbligazioni. È apparso partito migliore, osserva il M., quello di lasciare arbitra la dottrina di affrontare l’arduo tentativo di una tale elencazione delle fonti, e troncane in tal modo tutte queste discussioni sull’art. 1097 Cod. Civ., per stabilire se esso contenga una enumerazione tassativa capace di vincolare l’interprete.

Degna di rilievo e di encomio ritiene il M. la nuova definizione di contratto contenuta nel Progetto, la quale è comprensiva di qualsiasi convenzione, capace non solo di effetti giuridici obbligatori, ma anche traslativi e costitutivi di diritti reali. Per la conclusione dei contratti, è stato ritenuto opportuno accogliere il principio cosiddetto della “cognizione”, (*Recognitionstheorie*), con delle particolari attenuazioni consigliate dalla pratica degli affari, mentre si è ritenuto opportuno non accogliere il principio, strenuamente difeso dal Bonfante e dal Candian, che la proposta di contratto resti in vigore in ogni caso, nonostante la morte o la sopravvenuta incapacità del promittente. Al M. tali innovazioni appaiono giuste, ed Egli s’indugia infatti a spiegare le varie norme contenute nel Progetto, anche per quel che riguarda la *promessa di ricompensa al pubblico*, che viene considerata come una vera e propria proposta di contratto a persona indeterminata.

Nel paragrafo 7, il M. si sofferma a difendere, contro le critiche del Vassalli, il disposto degli art. 10 e 11 del Progetto che ha introdotto la distinzione tra requisiti di esistenza e requisiti di validità dei contratti, e nel paragrafo 8 si sofferma all’esame del disposto del tanto discusso art. 22 del Progetto, riportando a commento di questa norma alcune frasi del D’Amelio.

La disposizione avrebbe meritato invero maggiori difese, chè le critiche, che al riguardo sono state mosse da una gran parte della nostra dottrina sono di una tale importanza e di una tale fondatezza

da far veramente auspicare una revisione del disposto di questa norma del Progetto. Il D'AMELIO cit. dal MAROI (pag. 20) osserva: "che l'uso prudente ed intelligente che il magistrato *farà* di questa norma, varrà a dissipare le *pavide* preoccupazioni di una gran parte dei giuristi che ne hanno sempre ostacolato la concessione, temendo che essa renda incerte le obbligazioni e sempre più debole il senso della responsabilità del debitore per le obbligazioni assunte „

A parte il fatto della *possibilità* che il magistrato voglia fare un uso *prudente* di questa norma (anche la *prudenza* è lasciata all'...arbitrio dei vari magistrati che l'applicheranno, poichè nessuna guida fondata su dati obbiettivi viene ad essi fornita), non può nascondersi che, se lo scopo principale della norma dovrebbe esser quello di rendere *certo* il diritto nell'interesse della sicurezza delle contrattazioni, tale scopo è reso quasi completamente illusorio, in una materia di così difficile valutazione, dal modo col quale è concepita la norma dell'art. 22 cit.

" Il giudice *può* annullare il contratto o *ridurre* le obbligazioni „ dispone questo articolo; in quali casi le parti potranno avere la *certezza* che il loro contratto *non potrà* venire annullato, o che le obbligazioni contratte da una parte *dovranno* essere ridotte? In che modo potrà poi costringersi una parte a far note delle circostanze di fatto o delle valutazioni (spesso completamente *subbiettive*), che in molti casi si avrebbe tutto l'interesse e la necessità di tenere segrete, solo perchè il giudice possa ricostruire, in base ad esse, quel procedimento logico che le parti hanno seguito per la stipulazione del contratto, e questo allo scopo di accertare se in quella data ipotesi il consenso dalla parte che si ritiene lesa sia stato *sufficientemente libero*? Nella massima parte dei contratti la valutazione delle circostanze di fatto ha luogo non solo in base a criteri puramente personali, difficilmente dimostrabili, ma anche in base a cognizioni tecniche, che le parti possiedono in misura maggiore o minore, mentre esse possono essere del tutto ignote al magistrato, il quale, nell'accertare se le " obbligazioni di uno dei contraenti siano del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto „, si limita all'accertamento di dati obbiettivi.

Questi, nella maggior parte dei casi, possono essere del tutto inidonei per l'accertamento della *libertà* o meno del *consenso*, mentre le *circostanze del caso* possono consistere precisamente, in queste ipotesi, in quelle cognizioni tecniche ed in quelle impressioni sog-

gettive, del tutto imponderabili, che possono avere indotto una parte ad un contratto, che successivamente, per essa, si è dimostrato inutile o dannoso. Perchè permettere in queste ipotesi, una rivalutazione delle circostanze, fatta da una terza persona, per esaminare la convenienza dell'affare o la libertà del consenso, anche quando questo non sia stato viziato da errore, violenza, dolo? Anche il proverbio "del senno di poi....", è antico e saggio, e la norma dell'art. 22 del Progetto mi sembra fatta apposta per toglierli gran parte del suo valore. Non mi sembrano perciò *pavide* le preoccupazioni di coloro che tale articolo hanno criticato, ma ritengo utile e necessario l'auspicio di una integrale revisione di questa disposizione del Progetto, (cfr. per ulteriori osservazioni al riguardo le pagg. 103, 116 e segg. del presente lavoro).

Nei successivi paragrafi del suo lavoro il M. si sofferma ad esaminare le disposizioni del Progetto che riguardano l'oggetto dei contratti: in modo particolare l'obbligazione avente per oggetto una somma di denaro espressa in valuta estera, e l'ipotesi relativa alla promessa di contratto, risolta dal Progetto nel senso che la sentenza del Magistrato possa tener luogo della stipulazione del contratto (art. 25). Nel paragrafo 10 vengono riassunti gli articoli relativi alla causa nei contratti, alla rappresentanza, al contratto a favore dei terzi ed alla simulazione (§ 11). Si pone poi in rilievo (§ 12 e 13) l'importanza dell'art. 48 del Progetto che accoglie il principio: "*inadimplenti non est adimplendum*", e dell'art. 60 che accoglie l'altro principio della obligatorietà della promessa unilaterale (*pollicitatio*), in base al quale il Maroi ritiene possano venire risolte "molte *vexatae quaestiones* circa la costruzione di alcune fra le moderne forme di obbligazioni (titoli al portatore, costituzione di società per azioni mediante pubblica sottoscrizione), e la natura di talune dichiarazioni di volontà di maggiore importanza (contratti con le pubbliche amministrazioni dello Stato, che si considerano obbligatori per il contraente privato in pendenza dell'approvazione o registrazione) ..

Elogia poi il M. il Progetto per avere soppresso la figura del quasi contratto, disciplinando in sezioni varie la gestione d'affari (per essa si è posta in rilievo la necessità dell'elemento dell'*animus aliena negotia gerendi*), l'istituto della ripetizione d'indebito (a questo riguardo si è lasciato sopravvivere l'accento alle obbligazioni naturali, interpretandosi il termine "volontariamente", di cui all'art. 1237 cod. civ. vigente, nel senso di *spontaneamente* (art. 66 Progetto), per escludere così la possibilità della ripetizione quando il

debitore abbia pagato per errore), e l'ingiustificato arricchimento (art. 73).

Continuando nel suo esame, il M. spiega il significato e gli scopi delle norme riguardanti la responsabilità per atto illecito (art. 74 e segg. del progetto), l'abuso del diritto, risarcibilità dei danni morali (art. 85), compensazione delle colpe (art. 78). Questa norma il M. ritiene debba considerarsi un'applicazione generale dei principî in materia di colpa, il cui concetto si fonderebbe su un *dovere di prevedibilità*, in quanto, tutte le volte in cui il danneggiato tiene una condotta non conforme alla diligenza normale, egli viene ad attenuare necessariamente il presupposto della responsabilità piena ed ordinaria dell'agente, in quanto egli stesso, il danneggiato, viene col fatto proprio a cooperare alla produzione dell'evento. La limitazione della responsabilità dell'agente viene così ad essere impostata sull'idea della colpa del danneggiato (pag. 34, § 19).

Le norme sull'obbligo ad esibire (art. 86 Progetto) sembra al M. che risolvano la questione se ed in quali limiti la pubblica amministrazione sia tenuta all'esibizione di documenti e decreti a favore dei privati. Opportune ritiene il M. le norme degli art. 94 e 95 relativamente alla disciplina della mora, e l'innovazione contenuta nell'articolo 97, che restringe alle sole obbligazioni di custodia e di amministrazione la possibilità nel debitore di esimersi da ogni responsabilità per inadempimento, col dimostrare di avere usato la diligenza di un buon padre di famiglia.

Così pure degne di rilievo sono ritenute le norme relative alla misura del risarcimento del danno in relazione alla causa dell'inadempimento, la sanzione di nullità del patto *ne culpa lata praestetur* (art. 105), la facoltà concessa al giudice di attribuire al creditore di una somma di denaro il risarcimento dei danni sofferti per l'inadempimento del debitore, sempre quando questi si dimostrino superiori ai semplici interessi moratori, e la norma dell'art. 107, che risolve una delle più importanti controversie circa l'esperimento della Pauliana di fronte ai subacquirenti a titolo oneroso, col far salvi i diritti di costoro, quando essi non siano stati consapevoli della frode.

All'esame accurato, ma necessariamente sommario, delle innovazioni introdotte dal Progetto nelle norme che disciplinano le diverse specie di obbligazioni (condizionali, a termine, alternative, solidali, divisibili ed indivisibili, con clausola penale), i modi di estinzione delle

obbligazioni (tra cui la prescrizione estintiva), l'azione di annullamento (specie per quel che riguarda le obbligazioni dei minori), la cessione dei crediti e la prova delle obbligazioni dedica il M. la restante parte del suo lavoro, al quale non può venir negato un indubbio valore per la interpretazione e spiegazione delle più importanti e principali innovazioni introdotte dal nuovo Progetto, anche se, sulla bontà ed opportunità di alcune di esse, riserve e dubbi sia possibile avanzare.

VII. Carattere eminentemente critico ha invece lo studio, anch'esso breve e riassuntivo, dato il suo carattere di discorso inaugurale, del Prof. SCADUTO GIOACCHINO, *Osservazioni sul progetto di un codice unico delle obbligazioni per l'Italia e per la Francia*, Annuario di diritto comparato Vol. IV e V. P. I, Istituto di Studi Legislativi, Roma, 1930, pagg. 111 a 120.

Interessa porre in rilievo le critiche più salienti mosse dallo SCADUTO al nuovo Progetto, poichè un esame approfondito, di tutte non potrebbe essere fatto nel corso di questo lavoro data la vastità e l'importanza degli argomenti trattati dallo SCADUTO, su molti dei quali, notevoli commenti dottrinali si erano andati formando, anche prima della stampa del nuovo Progetto. Questo, in molte parti, ha tenuto conto dei suggerimenti della dottrina, ma, per alcune innovazioni, ha seguito invece una via opposta a quella auspicata dalla maggior parte degli studiosi; sarebbe pertanto impossibile restringere in breve spazio l'esame ed il commento delle ragioni e degli scopi che hanno indotto i compilatori a mantenere nel nuovo Progetto delle norme che avrebbero dovuto trovare posto in altro codice (quelle ad es. in materia di prove), e degli istituti, che sarebbero dovuti esser disciplinati dettagliatamente (ad. es. obbligazioni naturali, cessione e vendita di eredità ecc.), oppure del tutto soppressi.

Lo SCADUTO ritiene che, in generale, il contenuto del nostro codice, il quale, con le necessarie modificazioni, riassume il Diritto Romano, sia ancora buono; più che delle vere e proprie innovazioni sarebbero quindi da approvarsi delle parziali modifiche. Al riguardo lo SCADUTO si dimostra persuaso della possibilità e facilità di modificazioni legislative in tema di obbligazioni, solo pone in rilievo che, per il raggiungimento di questo scopo, è stato necessario introdurre delle innovazioni che intaccano i principi fondamentali

(le norme ad es. sull'abuso del diritto, riduzione del termine prescrizione, riconoscimento della personalità giuridica alle società civili, risarcimento dei danni morali ecc.). Così pure sembra allo SCADUTO che il Progetto non riproduca quella completa sistemazione della materia che la dottrina ha ormai raggiunto, ed al riguardo pone in rilievo quali errori del Progetto: l'aver compreso le norme sulla prescrizione estintiva sotto il titolo delle obbligazioni, la connessione della donazione alla materia delle successioni, e la collocazione delle norme sulle prove delle obbligazioni nel codice civile.

Venendo poi ad una critica più particolareggiata, lo S. critica l'art. 435 del Progetto perchè con esso viene accolto un criterio di miglioria particolare al locatore e non generale al fondo, criterio soggettivo e non oggettivo, in quanto si attribuisce al locatore il diritto alla rimozione dei miglioramenti ed al risarcimento dei danni ove quelli per *lui* non dovessero essere vantaggiosi.

Su tale punto invero anche altri studiosi sono intervenuti (RICCA BARBERIS - FUNAIOLI), come si vedrà in seguito, e, senza voler affrontare in pieno il problema, mi sembra che l'adozione del criterio obbiettivo, quale è auspicato dallo SCADUTO, importerebbe una eccessiva limitazione del diritto del proprietario, il quale deve pur sempre esser lasciato arbitro di valutare quelle utilità di cui intenda usufruire, senza che altri possa imporgli, sia pure in via indiretta, l'introduzione di miglioramenti le cui spese egli, anche per motivi puramente personali, non voglia sopportare. Il problema, però, lo ripeto, è di una importanza generale e merita un esame molto più approfondito di quanto non sia possibile fare in questo luogo.

Insufficiente appare poi allo SCADUTO lo sviluppo dato alla rappresentanza dal nuovo Progetto, ed all'istituto delle obbligazioni naturali (art. 66), incompleto l'art. 565 perchè in esso non è determinata la pubblicità a cui devono sottostare le società civili per avere la personalità giuridica, ed imperfetta sarebbe pure infine la forma dell'art. 676 per il fatto di avere accordato l'azione di revindica in nome proprio al creditore pignoratizio che abbia perduto il possesso della cosa.

“La scienza giuridica italiana, costruttiva e generale, appare sovrastata”, osserva lo SCADUTO, “dalla scienza giuridica Francese, incerta e particolare”, (pag. 114). Esempi se ne avrebbero nella norma dell'art. 649, che abolisce l'istituto del deposito irregolare

per sottoporlo alle norme del mutuo, mentre la dottrina e la giurisprudenza italiana hanno sempre riconosciuto una differenza tra questi due istituti; nella norma dell'art. 636, dove vengono confuse le due figure del mutuo (contratto reale) e promessa di mutuo (contratto consensuale), nella norma dell'art. 328 che snatura la promessa bilaterale di compra-vendita, facendola diventare vendita tostochè una delle parti abbia dichiarato di comprare o vendere; nella norma dell'art. 419 che, seguendo una teoria cara ai giuristi Francesi, abolisce qualsiasi distinzione tra cessione di locazione e subaffitto e riduce in ogni caso la prima al secondo.

Altra critica, a mio modesto avviso, abbastanza fondata che lo SCADUTO muove al progetto è quella che si riferisce ai troppo larghi poteri e facoltà che da diverse norme del Progetto sono stati attribuiti al magistrato, e questo precisamente in campi nei quali la massima chiarezza e precisione di disposizioni sarebbe stata indubbiamente necessaria, sia per evitare il sorgere di frequenti liti, sia per dare alle parti ed al giudice una sicura guida per la risoluzione dei non pochi casi dubbi. Esempi di norme di questo genere nel Progetto non mancano, e lo SCADUTO cita, fra le più importanti, le disposizioni dell'art. 22 che sottopone (pag. 118) ad accurata ed acuta critica (cfr. a questo riguardo anche le osservazioni fatte nella recensione allo scritto del MAROI e del MONTEL); dell'art. 25 (per l'inadempimento dei contratti preliminari si deve accogliere, secondo lo SCADUTO, o la tesi del risarcimento dei danni, che allo SCADUTO sembra da preferirsi, o quella della sostituzione della sentenza al contratto definitivo, senza lasciare adito ad una incerta applicazione ora dell'una ora dell'altra dottrina); dell'art. 102 (secondo lo SCADUTO, nel primo caso contemplato in questo articolo, il giudice *deve* annullare o ridurre, e, nel secondo, il creditore *deve* avere il diritto al risarcimento integrale dei danni, garantito di fronte a tutti, e non sottoposto ad un apprezzamento senza base del giudice). Identici difetti crede poi lo SCADUTO riscontrare nel disposto dell'art. 76 (in quanto si rilascia all'apprezzamento del giudice la concessione di un'idennità, *in considerazione della condizione delle parti*), e dell'art. 178, che dà facoltà al giudice di concedere modiche dilazioni al debitore, *usando di questa facoltà con grande moderazione*. Sembra, osserva lo SCADUTO, che il Progetto abbia avuto paura della norma così posta: si tratterebbe del ripristino dei termini di grazia, aboliti dall'attuale ordinamento.

Ingiusta appare poi allo SCADUTO la norma contenuta nell'art. 379 per il fatto che con essa viene accordata al compratore, nel caso in cui sia stata stipulata la condizione risolutiva espressa per il mancato pagamento del prezzo, la facoltà di pagare anche dopo il termine, quando non sia stato costituito in mora mediante la intimazione, perfezionando in tal modo la vendita dell'immobile. Ingiustificate poi sarebbero le innovazioni introdotte dagli art. 303 e 311, di cui il primo rimette all'apprezzamento del magistrato il giudizio sul valore della confessione stragiudiziale, anche se fatta alla parte, ed il secondo sottopone alla previa autorizzazione del giudice il giuramento decisorio. Così pure non immune da critiche sarebbe l'art. 111 del Progetto per avere introdotta una distinzione tra la condizione risolutiva illecita *determinante* e la non determinante, lasciando arbitro di una tale ricerca il prudente.... arbitrio del giudice.

Chiude quindi lo SCADUTO questo elaborato ed interessante studio ponendo giustamente in rilievo la necessità che, nella formazione delle leggi, ci si tenga aderenti a quel positivismo giuridico, del quale lo S. è stato giudicato un assertore, allo scopo di rendere la norma più aderente possibile alle esigenze della vita, e così precisa da avvicinare la scienza giuridica alla scienza matematica.

VIII. Lo studio più recente, di carattere generale, comparso in Italia sul nuovo Progetto, è dovuto anche esso ad uno degli illustri compilatori del Progetto stesso: il Prof. R. DE RUGGIERO, (*Il Progetto del codice delle obbligazioni e dei contratti dinanzi alla critica*, in *Scritti in onore di Alfredo Ascoli*, Messina 1931, pag. 775 a 809).

L'importanza e la profondità delle argomentazioni ed osservazioni, svolte dal D. R. con vigore dialettico e con quella forma limpida e smagliante che è peculiare ai suoi scritti, renderebbero necessario un attento esame di questo lavoro di altissimo interesse; lo scopo di queste brevi note non consente però un commento molto dettagliato, e più utile mi sembra invece limitarmi a porre in rilievo quei punti che nell'accurata e precisa difesa del D. R., non mi sono apparsi troppo persuasivi.

Più facile potrà in tal modo riuscire la valutazione delle principali critiche che contro molte disposizioni ed innovazioni contenute nel Progetto sono state da varie parti avanzate, e che il D. R. cerca confutare con un calore che, mentre dimostra il suo deciso atteggiamento di difesa ed un po' forse anche di intransigenza, fa appa-

rire questo suo nuovo lavoro come una delle più efficaci ed interessanti apologie del nuovo Progetto che siano sinora state scritte.

Il DE RUGGIERO, nel primo paragrafo, spiega le ragioni che hanno consigliato i compilatori del Progetto ad operare solo dei ritocchi nella legislazione vigente (fondata quasi esclusivamente sul Diritto Romano), anzichè una vera e propria riforma *ab imis*, la quale avrebbe prodotto più danno che utile. Che tale metodo sia stato il migliore ritiene il D. R. sia dimostrato dal fatto che, mentre alcuni studiosi hanno criticato il Progetto perchè non attua una riforma veramente radicale, altri lo criticano perchè ha accolto innovazioni troppo ardite.

Scendendo poi all'esame delle singole critiche mosse al Progetto, il DE RUGGIERO si ferma a ribattere quelle mosse dallo SCADUTO nello scritto più sopra riassunto (*Annuario Dir. Comp.*, Vol. IV e V pagg. 111 e segg.). Dimostra il D. R. l'infondatezza dell'accusa mossa ai giuristi italiani di essersi lasciati suggestionare e guidare dai giuristi francesi, e giustifica le innovazioni, che lo SCADUTO ritiene dovute a questa influenza (art. 649 del Progetto, abolizione del quasi contratto e quasi delitto, ecc.), col fatto che un codice non può essere un trattato, e che quindi può esimersi dal fare delle distinzioni, che è scopo della sola dottrina introdurre e giustificare.

Così pure combatte il DE RUGGIERO l'accusa di essersi il Progetto tenuto lontano dalle nuove correnti del pensiero giuridico (accusa che lo SCADUTO aveva mosso, adducendo ad esempio le norme del Progetto riguardanti il rimborso delle migliorie fatte dal conduttore dei fondi rustici), col dichiarare che la Commissione ebbe ben presenti tutte le difficoltà inerenti ad una buona soluzione del grave problema, e che cercò di ovviare alle principali, ponendo a base del diritto dell'affittuario al rimborso, il consenso espresso o tacito del locatore che non si opponga all'introduzione dei miglioramenti, pur essendone a conoscenza. Nell'adozione di un tale principio consisterebbe appunto la innovazione introdotta al riguardo dal nuovo Progetto.

Giustifica poi il DE RUGGIERO la norma dell'art. 328 del Progetto (equiparazione tra vendita e promessa di vendita), facendo osservare ch'essa non rappresenta che un "meditato ritorno all'antico", richiesto da ragioni di equità e dal senso pratico della giurisprudenza, che tale principio, più o meno velatamente, già aveva seguito. La soppressione di ogni disposizione tra cessione della locazione e sublocazione (art. 419) si giustificerebbe col fatto ch'essa,

in pratica, si è rivelata così capillare e sottile da essere quasi impercettibile ed inafferrabile. Il fatto poi della mancata introduzione nel Progetto di una *parte generale del negozio giuridico* non sarebbe affatto meritevole di biasimo in quanto, in tal modo, si sarebbe evitato al nuovo codice il rimprovero di eccessivo dottrinarismo che già fu mosso al codice tedesco.

Si ferma infine il DE RUGGIERO a combattere ed a discutere l'altra importantissima accusa mossa ai compilatori del Progetto, i quali avrebbero ampliato, secondo lo SCADUTO, in troppi casi i poteri del giudice. Tale accusa appare al DE RUGGIERO ingiustificata, ma forse è questo uno dei punti in cui l'affetto paterno, che Egli dimostra per il Progetto, lo induce ad una indulgenza non condivisa dalla grande maggioranza dei critici. Già nella recensione allo scritto del MAROI (cfr. pag. 95, cfr. anche a pag. 116 e segg.) ho espresso modestamente dei dubbi sui risultati pratici che da queste innovazioni potrebbero derivare. Il valore di esse, e soprattutto il pericolo che la loro attuazione presenta, non solo non erano sfuggite, ma erano anzi state rilevate dallo stesso D'AMELIO che, oltre a far parte della Commissione Italiana per la riforma del codice, ed esser stato quindi uno fra i principali redattori del nuovo Progetto, rappresenta il principale ed illustre esponente della nostra magistratura. Potrà quindi forse non apparire sufficiente la difesa che il D. R. fa della norma contenuta nell'art. 22 del Progetto, dato il valore delle critiche mosse a questo proposito da quasi tutti gli scrittori che alla redazione del Progetto non abbiano preso parte. La disposizione di quest'articolo 22 ha un'importanza che non può essere ridotta a quella di una norma repressiva dell'usura, se pur questo è stato lo scopo principale per cui essa è stata sancita, e l'affidare al giudice la valutazione *in ogni qualunque contratto* delle circostanze (non sempre facilmente dimostrabili e ponderabili da una persona diversa dai contraenti) che hanno indotto le parti a stipularlo, è innovazione che deve far riflettere sulle possibili conseguenze che deriverebbero dalla sua attuazione. Chi potrebbe infatti mettere in dubbio che le stesse circostanze di fatto possano apparire ad un giudice talmente gravi da far ritenere che, nel caso pratico, vi sia stato un abuso da parte di uno dei contraenti dello stato di necessità dell'altro contraente, mentre la sproporzione tra le obbligazioni assunte da uno dei contraenti ed i *vantaggi* che egli ritrae dal contratto, può non sembrare ad altro giudice, pur nelle stesse circostanze di fatto, tale

da doversi applicare le sanzioni di cui all'art. 22 del Progetto? Ed allora *quid iuris* per gli altri contratti che, per determinati affari, possono essere numerosissimi? Non sembra affatto esagerata a questo riguardo l'osservazione dello SCADUTO che afferma: "essere il più grande ideale di un ordinamento giuridico quello di eliminare la figura del giudice come *organo costitutivo del diritto* anche nella singola fattispecie „. Senza inutili critiche o superflue adulazioni, non deve dimenticarsi che il giudice è un... uomo ed i giudici sono... molti uomini!

Il richiamo che fa il DE RUGGIERO alle norme sancite negli art. 1165 e 578 Cod. Civ. non sembra invero sufficiente per giustificare una innovazione del genere di quella sancita nell'art. 22 del Progetto. A parte il fatto che quegli articoli hanno una sfera di applicazione molto più ristretta, non può non badarsi che, nel caso dell'art. 1165, al giudice è data solo *facoltà* di concedere una *dilazione* (e non già di annullare il contratto o ridurre le obbligazioni,) mentre l'applicazione dell'art. 578 è ristretta ad un caso specifico; la ricerca poi, nel caso pratico, di quale sia il vantaggio che possa derivare all'agricoltura ed all'industria dall'uso dell'acqua, è cosa molto più facile e meno pericolosa dell'accertamento, in un qualunque contratto, di una eventuale sproporzione tra prestazione e controprestazione che faccia presumere la insufficiente libertà del consenso in uno dei contraenti; si tratterebbe infatti per la applicazione dell'art. 578 dell'accertamento di un dato obbiettivo, e non subbiettivo come per l'articolo 22 cit. (1).

Questo largo potere discrezionale accordato al magistrato, mentre può rappresentare in qualche caso un "più largo posto fatto all'equità,, può trasformarsi spesso in un maggior arbitrio dato al giudice, arbitrio tanto più pericoloso in quanto è sottratto al sindacato della Cassazione, per esser rivolto alla risoluzione ed interpretazione di circostanze di fatto.

Scagiona infine il DE RUGGIERO i redattori del Progetto dalla critica fatta dallo Scaduto per essere stato lasciato insoluto il problema dell'esistenza o meno di obbligazioni naturali per il nostro diritto. Il dire, osserva il DE RUGGIERO, quando si abbia un'obbliga-

(1) Cfr., per le ulteriori osservazioni sull'art. 22, pag. 116 e segg. del presente lavoro.

zione che possa esser fatta valere giudizialmente, mediante azioni o solo eccezioni, oppure produca quegli effetti solo che sono riconosciuti alle obbligazioni naturali, è cosa impossibile al legislatore, è “lo spirito popolare”, è la “pratica giurisprudenza, che deve dirci, quando che sia, se l’uno o l’altro obbligo etico sia stato ormai attratto nella sfera del diritto, e verrà poi il legislatore a consolidare in un precetto fisso il risultato dell’esperienza”, (pag. 14 dell’estratto).

Orbene, anche se ottimo debba considerarsi un tale procedimento nel legiferare (si tenga conto che, molto spesso, esso è impossibile per il fatto che, o non esistono consuetudini in cui lo spirito popolare abbia avuto campo di manifestarsi con la necessaria chiarezza, oppure ad esse il legislatore ritiene necessario derogare); perchè non potrebbe oggi il nostro legislatore pronunciarsi, in un qualunque senso, su questa *vexata quaestio* della esistenza e degli effetti delle obbligazioni naturali, dopo che per tanti anni la giurisprudenza ebbe a pronunciarsi in senso spesso contraddittorio? Questo stesso fatto della incertezza della giurisprudenza non è forse la miglior prova della assoluta necessità di una guida nella legge? D’altra parte, perchè non dovrebbe tenersi anche conto della esperienza e dell’esempio di altre legislazioni, e degli studi e ricerche dei non pochi scrittori che questo argomento hanno trattato, facendo voti per la emanazione di norme legislative che valgano ad eliminare dubbi ed incertezze gravissime? (cfr. al riguardo COVIELLO L., *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*, in Giur. Ital., 1918, IV, pag. 42 e segg. § III, (1); GANGI, *Casi ed effetti delle obbligazioni naturali*, in Riv. dir. comm. 1928, I, pag. 130, nota 1 ecc.). Una risoluzione qualunque di questo annoso problema sarebbe indubbiamente preferibile alle incertezze e discussioni che risorgerebbero dopo che il Progetto fosse diventato legge.

(1) Credo opportuno riportare le parole con le quali l’Insigne Maestro dell’Ateneo Napoletano chiudeva nell’undici Marzo 1918, in questa Sua prolusione al corso di diritto civile, l’esame sullo stato della giurisprudenza e dottrina nei riguardi di questo delicato problema: “La questione pertanto delle obbligazioni naturali ha bisogno di venire risolta legislativamente, o sopprimendosi del tutto il capoverso dell’art. 1237 cod. civ. come una vacuità pericolosa, o estendendolo anche agli obblighi morali, come hanno fatto altri codici, per esempio quello germanico (§ 814), e il codice svizzero delle obbligazioni „ (COVIELLO L. op. cit. pag. 45).

Così pure non può a meno dal lasciare dubbiosi la lettura di quanto il DE RUGGIERO scrive, per scagionare i redattori del Progetto dall'appunto ad essi fatto per non avere collocato le norme relative alla donazione fra quelle che disciplinano i singoli contratti. Tale perplessità è più che giustificata solo che si leggano le belle pagine che il DE RUGGIERO ebbe a scrivere al riguardo nel *Corso di Istituzioni* (edizione V^a pag. 397 Vol. II) e tali pagine si pongano a raffronto con la conclusione cui oggi Egli perviene ritenendo che: "un trasporto di sede (delle norme sulla donazione) solo per fare omaggio al dogma del contratto significherebbe *sconvolgere tutto l'ordine ed il sistema del codice* ...

Nel paragrafo secondo del suo lavoro, il DE RUGGIERO si ferma a confutare, spesso con durezza, le diverse accuse e critiche mosse dal BETTI ai redattori del Progetto ed al Progetto stesso. Ritengo però inutile soffermarmi dettagliatamente su questa parte del lavoro, poichè tali critiche si riferiscono essenzialmente al fatto della pretesa dedizione dei giuristi italiani ai giuristi francesi, dedizione che il DE RUGGIERO vuol dimostrare inesistente, corroborando le risposte che già al riguardo avevano dato al BETTI lo SCIALOIA ed il D'AMELIO (cfr. al riguardo il presente lavoro a pag. 84).

Di grande interesse sono pure le risposte che il DE RUGGIERO dà alle critiche mosse al Progetto dal TEDESCHI, dal MONTEL, dal CALLEGARI e dal MAGNO (cfr. le recensioni di tali scritti in seguito).

Alle critiche mosse dal RICCA BARBERIS all'art. 435 del Progetto (*Due errori in una sola norma del Progetto Italo-Francese delle obbligazioni*, Riv. Dir. Agrario 1930, pagg. 670 a 672) il DE RUGGIERO oppone come l'interpretazione esatta di questo articolo non porti affatto alle conseguenze lamentate dal R. B. La frase infatti: "in difetto di queste condizioni .. contenuta nel secondo comma dell'art. cit. null'altro significherebbe se non "nel caso in cui si tratti di miglioramenti fatti o senza scienza del locatore o, peggio, contro il suo divieto ..". Solo per questo secondo caso non viene sancito l'obbligo assoluto al rimborso, in quanto tale obbligo è solo condizionato alla mancanza della prova, il cui onere è a carico del locatore, che il miglioramento non sia per lui di alcuna utilità.

Poichè però, in definitiva, come riconosce lo stesso DE RUGGIERO, sarà ben difficile che il locatore riesca a fornire una prova negativa di questo genere, tutti i miglioramenti, anche quelli alla introduzione dei quali esso locatore si fosse opposto, dovrebbero essere da

lui rimborsati. Ci sia permesso di elevare seri dubbi sulla equità e giustizia di una simile norma, che ci sembra abbia soverchiamente ristretto, senza alcuna impellente necessità, quelle facoltà che del diritto di proprietà hanno sempre formato le caratteristiche essenziali.

Per quanto poi riguarda il secondo errore, che il R. B. ritiene esista nella norma di cui all'art. 435, il DE RUGGIERO pone giustamente in rilievo come la disposizione del Progetto sia concepita in termini tali da abbracciare e disciplinare tanto il diritto del locatore di far togliere quei miglioramenti che non siano a lui utili, quanto il diritto del conduttore di togliere i miglioramenti stessi (*ius tollendi* lo chiama il R. B.) quando il proprietario locatore si rifiuti di pagarli.

Meritevole giustamente di elogio sembra al DE RUGGIERO la critica, mossa dal TEDESCHI, all'art. 86 del nuovo Progetto. *Sulla obbligazione di esibire secondo il Progetto Italo-Francese delle obbligazioni*, Riv. Dir. Civ. 1930, pagg. 582 a 595).

Alle critiche mosse dal TEDESCHI risponde il DE RUGGIERO facendo osservare come il fatto che la norma dell'art. 86 sia contenuta nel codice civile non può nè deve escludere che abbracci anche la esibizione nel processo. Così pure ritiene inutile il DE RUGGIERO la rettifica della formula contenuta in quel testo di legge in quanto esso, anche nella attuale formulazione, abbraccia entrambi i casi: quello in cui colui che domanda la esibizione abbia già un diritto in ordine alla cosa od al documento, e quello in cui egli voglia, con la esibizione, accertarsi se ha il diritto.

Dichiara pure il DE RUGGIERO di non aderire alla esemplificazione dei casi fatta dal TEDESCHI, e, specialmente, ad una larga applicazione della esibizione in tema di immobili, poichè l'azione ha la sua specifica sfera di applicazione per i mobili, e neppur per essi è sempre proponibile. Così pure, secondo il DE RUGGIERO, il giudice avrebbe la facoltà di negare l'esibizione richiesta quando sussistano gravi ragioni in contrario, sia nel caso di esibizione di documenti, sia nel caso di esibizione di una cosa.

Alla critica mossa dal TEDESCHI relativamente all'ampio potere discrezionale concesso anche a questo riguardo al giudice per la concessione o meno dell'esibizione, il DE RUGGIERO, pur riconoscendo la serietà del dubbio, risponde con un chiarimento che non a tutti forse potrà apparire soddisfacente. Egli infatti fa osservare che al

giudice non è dato il potere di *concedere* l'esibizione, ma solo quello di *negarla*, per un interesse legittimo od altro grave motivo.

L'art. 86 cit. I cpv. dice invero che: " il giudice può ordinarne la esibizione, e, occorrendo, la produzione in giudizio, ecc. ", nel II cpv.: " il giudice può tuttavia *negare* l'esibizione ecc. ", ed infine nell'ultimo cpv.: " il giudice può *subordinare* l'esibizione ecc. ". A chi quindi esamini attentamente la norma, non può sfuggire il fatto che il giudice è arbitro di concedere o meno l'esibizione, e, d'altra parte, che altro sarebbe il potere di negare se non quello di non... concedere? Se l'esibizione può essere *ordinata* dal giudice, come si può sostenere ch'egli non sia arbitro di concederla?

Il dubbio del TEDESCHI è quindi meritevole di attenzione.

Anche allo studio del MONTEL (*Osservazioni sugli art. 102 e 166 del Progetto Italo-Francese di codice delle obbligazioni e dei contratti*, Temi Emiliana 1929, p.te 2^a, col. 153 e segg.) ritiene il DE RUGGIERO debba muoversi l'appunto di diffidenza verso il potere discrezionale del giudice (è questo il punto più... debole del Progetto!).

Secondo il MONTEL la disposizione dell'art. 166 dovrebbe venire modificata nel senso che al giudice venga concessa la facoltà, non solo di *ridurre* la multa stipulata con una clausola penale, quando gli sembri eccessiva, ma anche il potere di *aumentarla* quando essa gli sembri insufficiente; e questo sia nel caso in cui la multa sia *periodica*, come in quello in cui essa sia stata stipulata in un'unica *pena fissa*.

Il DE RUGGIERO ritiene però non necessaria una tale estensione in quanto, mentre per l'aumento della pena non ricorrono ragioni serie, per il caso in cui la pena venga stipulata in una misura fissa è molto raro che accada che le parti non abbiano preveduto tutti i possibili eventi. Conclusioni anche queste di cui la prima mi pare veramente fondata per i motivi che spiegherò più avanti nella recensione al lavoro del MONTEL (cfr. pag. 40), mentre la seconda ritengo che non a tutti potrà apparire veramente persuasiva, solo che si consideri che non può essere accertato in modo alcuno se sia raro o meno il caso in cui, stipulatasi una penale in una somma fissa, questa risulti esorbitante od inferiore al danno veramente patito; e la possibilità che un caso del genere possa verificarsi, anche per il futuro, non renderebbe indubbiamente inutile una norma che lo contemplasse.

All'esame dei lavori del CALLEGARI (*I titoli di credito nel diritto civile*, Riv. Dir. Civ. 1929, pagg. 313 a 353) e del MAGNO (*Locazione*

d'opere e mandato nel Progetto Italo-Francese delle obbligazioni e dei contratti, Riv. Dir. Civ. 1929, pagg. 209 a 285) dedica il DE RUGGIERO i paragrafi 6 e 7 del suo lavoro.

Al CALLEGARI obbietta che non era possibile fare una trattazione completa della teoria dei titoli di credito nel codice civile, in quanto la tradizione e lo stesso diritto vigente additano come sede più opportuna il codice di commercio. I progetti di riforma di entrambi i codici dovranno perciò a questo riguardo venir coordinati.

Per le altre questioni minori trattate dal CALLEGARI, il DE RUGGIERO osserva che alcune sono di natura teorica, e la loro risoluzione deve essere lasciata alla scienza, altre sono di natura pratica ed è bene non “*intralciarle con determinazioni legislative*”, ed altre infine saranno affrontate e risolte in altra sede (quella ad es. della ipoteca a garanzia dei titoli, e della rivendicazione).

Alle obiezioni del MAGNO risponde brevemente il DE RUGGIERO facendo osservare come il legislatore non possa scegliere a suo arbitrio un qualunque carattere da elevare a criterio differenziale di istituti quali locazione d'opere e mandato, e, in ogni caso, il Progetto ha prescelto come criterio differenziale proprio quell'elemento della gratuità che il MAGNO propone.

Terminato così l'esame degli scritti principali comparsi in Italia sul nuovo Progetto, il DE RUGGIERO esamina due tra gli scritti pubblicati da insigni giuristi esteri, e raccolti nell'Annuario di Diritto Comparato (Vol. IV e V p. I).

Più precisamente il DE RUGGIERO ferma la sua attenzione sullo scritto del Prof. ROBERT WARDEN LEE dell'Università di Oxford (*Il Progetto Italo-Francese di un codice delle obbligazioni giudicato dal punto di vista del diritto inglese*, Annuario cit. pagg. 121 a 128), facendo notare come la disparità di vedute e molte delle osservazioni del giurista inglese siano giustificate dal fatto delle profonde diversità che esistono tra il diritto inglese e quello delle nazioni latine; ed in molti punti anche da un'inesatta intelligenza del testo e della terminologia nostra.

Con identiche considerazioni, e, soprattutto, col fatto che il Progetto viene giudicato ed esaminato da un angolo visuale del tutto diverso dal nostro, giustifica e spiega il DE RUGGIERO le critiche del Prof. IVAN PERETERSKIJ dell'Università di Mosca (*Il Progetto Italo-Francese di un codice delle obbligazioni e dei contratti ed il codice sovietico*, Annuario cit. pagg. 139 a 153). Se i due codici

(il Progetto ed il Cod. Sovietico) coincidono in qualche punto, ciò non toglie, osserva il DE RUGGIERO, che, data l'assoluta diversità di concezioni dalle quali sono partiti i nostri giuristi ed i giuristi sovietici nella riforma del diritto privato, non possa a meno dall'apparire impresa disperata anche la semplice comparazione di due legislazioni tra loro così diverse. Alla conclusione del PERETERSKIJ sulla grande difficoltà che possa esistere un diritto unico per l'Italia e per la Francia, per il fatto che i tribunali dei due paesi, pur nell'esistenza d'una norma eguale, non sono affatto obbligati ad interpretarla ed applicarla in identica maniera, il DE RUGGIERO risponde facendo rilevare come, anche in uno stesso Stato, questa divergenza sia possibile tra i giudicati di vari tribunali; tale divergenza però, lungi dall'esser nociva, dovrà portare a quel cozzo di opinioni da cui scaturirà quella soluzione unitaria che pone fine all'incertezza, che assicura la retta intelligenza della norma e ne promuove tutti gli ulteriori sviluppi.

IX. All'esame ed alla critica di singoli istituti e disposizioni accolti e disciplinati nel Progetto si rivolgono invece una serie di studi (molto pochi in verità, tenuta presente l'importanza dell'argomento), dovuti, alcuni a giuristi che alla redazione del Progetto hanno preso parte, ed altri a giuristi che alla redazione stessa sono rimasti estranei. Poichè di alcuni di tali scritti si è già avuta occasione di far menzione, di essi ora si farà un cenno il più possibile succinto. Di tali scritti uno fra i primi, in ordine di data, è quello dell'AZARA (*Della locazione secondo il Progetto Italo-Francese per un codice unico delle obbligazioni e contratti*, Riv. Dir. Civ. 1928, p. 521 a 580).

L'AZARA, che ha fatto parte della Commissione per la redazione dal Progetto, si propone in questo lavoro di fare un commento delle disposizioni generali in materia di locazione (art. 416-445 Progetto) illustrando e dando ragione delle innovazioni introdotte e delle modifiche apportate al diritto vigente. Elogia quindi il Progetto per avere ommesso una qualunque definizione della locazione e per avere trattato, in titoli distinti, della locazione (suddivisa nella locazione di case, colonia parziaria o mezzadria, locazione a soccida), del contratto di lavoro, del contratto di appalto, per avere elevato il termine massimo della locazione a novantanove anni, anzichè imitare i codici stranieri e lasciare libere le parti di fissare a loro arbitrio un termine qualunque.

Pone poi in rilievo le ragioni che hanno indotto i redattori del Progetto a dichiarare la nullità (art. 418) di tutte le locazioni ultranovennali stipulate da persone che non possono fare che gli atti di semplice amministrazione, e giustifica con motivi essenzialmente pratici l'avvenuta soppressione di ogni distinzione tra cessione di locazione e sublocazione (cfr. al riguardo le critiche dello SCADUTO e le giustificazioni del DE RUGGIERO). Soppressa questa distinzione, osserva l'AZARA, era giusto che si impedisse il sorgere di nuove questioni sul diritto del locatore di sperimentare l'azione diretta contro il sublocatore, e tale azione venne infatti espressamente concessa (art. 420). Così pure si provvede a concedere al conduttore il diritto di provvedere senz'altro, in caso di urgenza, alle riparazioni che occorrono alla cosa, anche se siano ad esclusivo carico del locatore, concedendogli il diritto al rimborso della somma spesa (art. 433, 3° comma).

Si sofferma dettagliatamente l'AZARA sulle diverse opinioni seguite in dottrina e giurisprudenza per cercare il fondamento della responsabilità del conduttore in caso d'incendio della cosa locata, e, al riguardo, pone in evidenza la giustezza della soluzione accolta implicitamente dal Progetto col fatto della soppressione degli articoli 1589 e 1590 Cod. Civ. Si viene a fondare così la responsabilità del conduttore verso il locatore, nel caso di incendio della cosa locata, sulla colpa contrattuale, mentre la responsabilità verso i terzi viene fondata sulla colpa aquiliana (art. 82 e 434 del Progetto), e, coerentemente a questi principi, è regolato il diritto di regresso dell'assicuratore contro il conduttore (art. 434 cit.).

L'art. 435 del Progetto, che regola il diritto al rimborso da parte del conduttore dei miglioramenti introdotti nel fondo locato, viene anche dall'AZARA commentato e spiegato diffusamente con larga comparazione di legislazioni straniere e citazioni di autori che dell'argomento si sono occupati (cfr. anche le osservazioni al riguardo del RICCA BARBERIS op. cit., e FUNAIOLI G., *Ancora sul problema dei miglioramenti fondiari nel contratto di affitto*, Riv. Dir. Agrario 1930, pagg. 638 a 658; e del DE RUGGIERO op. cit.).

Meritevole di rilievo e di elogio sembra poi all'AZARA il 2° comma dell'art. 440 del Progetto (che consente alla famiglia del conduttore di un immobile urbano, di ottenere lo scioglimento del contratto, quando la morte del capo non consenta più alla famiglia medesima di sopportare gli oneri della locazione), e la innovazione

introdotta con gli art. 441 a 443. A questo riguardo fa però rilevare l'AZARA come il Progetto taccia sulla necessità della trascrizione, necessaria a che possano venire opposti all'acquirente di un immobile i contratti di locazione ultrannovennale, ed egli sia tenuto a rispettarli. Il Progetto non ha voluto menzionare tale requisito perchè si è voluta riservare ad una legge speciale la completa disciplina dell'istituto della trascrizione: con questa legge, auspica l'AZARA, potrà venire risolto anche l'altro importantissimo quesito, presentatosi di recente alla nostra giurisprudenza (Cass. Sez. Un. 25 Giugno 1928), e da questa risolto nel senso che all'acquirente di un immobile possano venire efficacemente opposti, *anche se non trascritti*, due o più contratti di locazione da avere esecuzione l'uno al cessare dell'altro, i quali, singolarmente presi, non eccedono il novennio, mentre lo eccedono se sommati insieme.

X. Delle disposizioni del Progetto riguardanti il mandato e la locazione si occupa il MAGNO (*Locazione d'opera e mandato nel Progetto Italo Francese delle obbligazioni e dei contratti*, Riv. Dir. Civ. 1929, pagg. 209 a 285).

Scopo del lavoro è quello di trovare la distinzione esatta tra il negozio di mandato commerciale e civile e quello di locazione d'opera, che, nel Progetto del Codice italo francese delle obbligazioni e contratti, viene suddiviso nei due rami di contratto di lavoro (*locatio operarum*) e contratto di appalto (*locatio operis*). Il M., dopo un esame abbastanza accurato delle varie teorie espresse sull'argomento, viene però alla conclusione che il sistema adottato dal nuovo Progetto manchi di un qualsiasi fondamento logico e razionale, e non sia da accogliersi (pag. 280). Mentre infatti, secondo il M., sarebbe possibile una distinzione tra mandato commerciale da un lato, e locazione e mandato civile dall'altro, per il fatto che il mandato commerciale ha sempre per oggetto il compimento di atti subbiettivi ed obbiettivi di commercio, nessuna distinzione sarebbe più possibile trovare tra il mandato civile oneroso e la locazione d'opera (la distinzione tra mandato civile gratuito e locazione d'opera sarebbe data dal carattere della gratuità), e, per questo, si dovrebbe auspicare, secondo il M., che il nostro legislatore si decidesse a sopprimere la figura del mandato civile gratuito, per rendere così possibile una chiara e netta distinzione anche tra la figura del mandato civile e quella della locazione d'opera, (cfr. le osserva-

zioni fatte al riguardo dal DE RUGGIERO op. cit. pag. 28 e segg. dell'estratto).

XI. Il CALLEGARI dedica un accurato studio alle norme del Progetto riguardanti i titoli di credito nel diritto civile (*I titoli di credito nel diritto civile. Osservazioni al Progetto del codice delle obbligazioni e dei contratti*, Riv. Dir. Civ. 1929 pagg. 313 a 353.)

La critica del CALLEGARI riguarda innanzi tutto la "*sedes materiae*", in quanto le norme generali sui titoli di credito dovrebbero tutte trovar luogo nel codice civile, e, precisamente, dovrebbero venir collocate tra le *fonti* delle obbligazioni.

I titoli di credito, osserva il CALLEGARI, in definitiva altro non sono che *forme* dalle quali discendono particolari vincoli obbligatori, (pag. 353 cit.). Molte riserve vi sarebbero invero da fare ad una definizione di questo genere, e non poche al desiderio del CALLEGARI di includere i titoli di credito tra le "*fonti*", delle obbligazioni.

La questione è però indubbiamente molto complessa, nè questa è la sede più idonea per un esame anche sommario.

Si ferma poi il CALLEGARI all'esame della nozione dei titoli di credito, rilevando al riguardo la maggiore precisione e completezza del Progetto D'AMELIO del Codice di Commercio, e la lacunosità del nuovo Progetto delle obbligazioni, specialmente per quel che riguarda i titoli nominativi, il carattere e la forma dei titoli di credito in generale.

Scendendo poi all'esame delle singole norme del Progetto, non pochi rilievi ritiene necessari il CALLEGARI, soprattutto quando si pongano in raffronto i due Progetti del codice civile delle obbligazioni e del codice di commercio.

Le critiche principali mosse al Progetto delle obbligazioni sono quelle riguardanti le norme sulla trasmissione e circolazione dei titoli di credito (art. 266 Progetto) (op. cit. pag. 338 e segg.), specialmente importanti quelle riguardanti l'ipoteca a garanzia dei titoli al portatore, materia questa di cui il Progetto non si occupa perchè di essa, come osserva il DE RUGGIERO (op. cit. pag. 28 dell'estratto) si parlerà quando si procederà alla riforma e revisione del regime ipotecario, ed infine il pegno dei titoli di credito civili.

Termina pertanto la sua diligente ed accurata ricerca il CALLEGARI, lamentando la mancanza di norme nel nuovo Progetto che

regolino l'ammortamento dei titoli nominativi ed all'ordine, la rivendicazione dei titoli al portatore, la emissione di duplicati, la conversione dei titoli nominativi in titoli al portatore e viceversa. L'applicare infatti a questo riguardo le corrispondenti norme del diritto commerciale anche ai titoli di credito civili sembra al CALLEGARI cosa non opportuna, tenuta presente la minore importanza e la limitata circolazione di quest'ultima specie di titoli.

XII. Sul commento e critica degli art. 102 e 166 del Progetto ha pubblicato un interessante ed accurato studio il MONTEL (*Osservazioni sugli art. 102 e 166 del Progetto Italo-Francese delle obbligazioni e dei contratti*, Temi Emiliana, 1929, N. 12).

Egli si occupa della innovazione introdotta dal nuovo Progetto in tema di risarcimento di danni, quando il debitore di somma di denaro non adempia alla sua obbligazione. Mentre, secondo il nostro codice civile, in tale ipotesi i danni vengono valutati complessivamente nell'ammontare degli interessi legali dopo la messa in mora del debitore e fino al pagamento, il nuovo Progetto ha inteso eliminare questi inconvenienti, dando *facoltà* al giudice di concedere al creditore un risarcimento di danni superiore all'ammontare complessivo degli interessi legali di mora, tutte le volte in cui il creditore possa dimostrare di avere sofferto effettivamente un danno maggiore.

L'innovazione è buona, e viene approvata dal MONTEL. Essa, oltrechè rispondere ad un bisogno effettivamente sentito, viene ad evitare tutte quelle controversie che si erano sollevate in dottrina e giurisprudenza sulla possibilità o meno di poter concedere un risarcimento di danni, in forma diversa da quello sancito dell'art. 1241 cod. civ., al creditore che dimostrasse di averli effettivamente subiti come diretta conseguenza dell'inadempimento del debitore. Soltanto, e questo è indubbiamente un difetto della nuova legge, non è fatto *obbligo* al giudice di concedere sempre al creditore un tale risarcimento, quando questi abbia dato la prova di avere subito un danno maggiore quantitativamente agli interessi moratori, ma gli è data semplicemente la *facoltà* di condannare il debitore ad un tale risarcimento maggiore. Ora, non vi ha dubbio che, se una tale misura può rispondere, sotto certi aspetti, a dei principî di equità, presenta dei gravi inconvenienti al lato pratico. Ed infatti, non trovando una

tale facoltà del magistrato dei precisi limiti nella norma di legge, essa potrà essere invocata, e di essa il giudice potrà valersi, entro limiti larghissimi, favorendo così il sorgere e moltiplicarsi di liti, per la conseguente incertezza del diritto al risarcimento, che, volta per volta, il magistrato dovrà giudicare se dovuto ed in quale ammontare dovuto, tenendo evidentemente presenti le speciali circostanze del caso. Sarebbe quindi necessario, o indicare entro quali limiti tale facoltà debba venire esercitata dal giudice, e questo non tanto per un senso di sfiducia, quanto soprattutto perchè alle parti sia reso possibile accertare quali siano i rispettivi diritti ed obblighi senza necessità di ricorrere al magistrato, oppure tramutare questa facoltà del giudice nell'*obbligo* di ordinare un risarcimento maggiore, nell'ipotesi in cui un danno maggiore dei puri e semplici interessi legali il creditore abbia effettivamente risentito.

Altro punto sul quale il MONTÉL ha fermata la sua attenzione è quello della facoltà (il nuovo legislatore indulge un pò troppo a questo concetto) riconosciuta al giudice di diminuire la penale, stipulata sotto forma di multa periodica, per il caso di inadempimento delle obbligazioni, sempre quando l'ammontare di questa penale risulti esorbitante.

Anche a questo proposito i rilievi possibili sono numerosi e gravi. Anzitutto perchè parlare ancora di "possibilità", nel giudice di ordinare questa diminuzione, anzichè di obbligo? E poi, perchè permettere che la penale venga diminuita nel solo caso in cui essa sia stata stipulata sotto forma di una multa periodica? L'unico vantaggio che una tale norma produrrebbe al lato pratico sarebbe quello di far sì che le penali vengano di preferenza stipulate sotto forma di multa fissa, da pagarsi immediatamente. Ora, se veramente si è sentita la necessità di limitare in questa ipotesi l'efficacia delle obbligazioni che volontariamente le parti abbiano assunte, poteva permettersi la riduzione della penale, nel caso in cui l'ammontare di questa risultasse esagerato, in qualunque modo il pagamento di essa dovesse aver luogo.

Non mi è invece possibile concordare col MONTÉL nell'auspicare che il nuovo legislatore voglia sancire una norma che permetta al giudice di aumentare la penale nel caso in cui questa risulti insufficiente. Va bene che una norma del genere la si trovi sancita nel cod. civ. germanico (§ 340), ed anche nel codice svizzero (art. 161), per quanto da questo codice si richieda che, per ottenere questo maggior

risarcimento, il creditore debba dare la dimostrazione della colpa del debitore; ma, per quel che riguarda il nostro diritto, una tale norma mi sembra urterebbe contro la regola generale ora sancita dal nostro codice (art. 1137 cod. civ.), e dal Progetto (art. 57) secondo la quale il contratto si interpreta, nel dubbio, a favore di chi ha contratto l'obbligazione.

Tale principio di indulgenza a favore del debitore, che il Progetto implicitamente accoglie anche all'art. 22 (al giudice non è mai data facoltà di aumentare le obbligazioni di una parte, anche se il consenso dell'uno o dell'altro dei contraenti risulti non sufficientemente libero) verrebbe, con la modifica auspicata dal MONTEL, violato, senza che se ne presenti, a mio avviso, una vera e propria necessità. Le parti stabiliscono infatti la clausola penale per fissare evidentemente nel massimo tutti i danni prevedibili, ed è logico ritenere che, se il debitore avesse pensato alla probabilità di dover risarcire danni maggiori, o non avrebbe contratta l'obbligazione, o l'avrebbe contratta a condizioni diverse.

Non mi sembra quindi giusto permettere al giudice di aumentare la penale quando, per il verificarsi di circostanze previste dalle parti, la multa si verifichi insufficiente a risarcire il danno risentito dal creditore in seguito all'inadempimento dell'obbligato. Tanto più poi che, nel caso in cui i maggiori danni risentiti dal creditore trovino la loro causa in fatti colpevoli del debitore, a cui le parti non abbiano avuto riguardo nel contratto, un risarcimento superiore alla penale potrebbe venir concesso dal magistrato in base ai noti principi sull'inadempimento colpevole delle obbligazioni.

Questo senza badare alle argomentazioni che il MONTEL cerca combattere (pag. 16 dell'estratto, nota 3), ma che pure nei casi normali, hanno indubbiamente il loro peso.

XIII. In altro studio, il MONTEL si ferma ad esaminare alcune fra le principali questioni cui può dar luogo la disposizione dell'art. 22, che è senza dubbio una fra le più criticate e discusse del nuovo progetto (*Considerazioni sull'art. 22 del progetto italo francese di codice delle obbligazioni e contratti*, Foro Subalpino 1930, fascic. 12).

Con questa disposizione viene introdotta una specie di azione di rescissione, estesa a tutti i contratti, ma basata su elementi del tutto diversi da quelli sui quali si fonda la azione di rescissione

nella compra vendita di immobili, le cui regole sono mantenute nel nuovo progetto quasi immutate (art. 394 a 402).

Il MONTEL, richiamandosi ad alcune osservazioni del BOLAFFIO (*La rescissione per lesione enorme nelle speculazioni commerciali immobiliari*, Foro Ital. 1927, I, 289), critica il rimedio della rescissione per lesione così come è disciplinato nel nostro diritto per le vendite di immobili, e, per quel che riguarda le innovazioni introdotte col nuovo Progetto, dichiara assurda la coesistenza dei due rimedi (annullamento generale per consenso non sufficientemente libero, e rescissione per lesione enorme nella compravendita di immobili) (op. cit. n. 6 pag. 20 dell'estratto).

Da approvarsi sembrano invece al MONTEL la innovazione introdotta dall'art. 22 del progetto, per quel che riguarda la facoltà data al giudice di indagare i motivi interni dei contraenti, al fine di accertare se il consenso sia stato o meno libero, ed il potere a lui accordato di pronunciare l'annullamento del contratto, oppure ridurre l'entità della obbligazione del contraente leso, quando i vantaggi che questi ritrae dal contratto non siano proporzionati alle obbligazioni da lui assunte od alla prestazione dell'altro contraente.

Già ripetutamente ho manifestato, nel corso di questo lavoro, il mio dissenso su questo punto, spiegando i motivi che inducono a ritenere troppo pericolosa una innovazione del genere.

Il MONTEL fa osservare che la applicazione del rigido criterio obbiettivo, accolto per la azione di rescissione, è suscettibile di produrre degli inconvenienti, che sarebbero invece evitati col nuovo criterio, accolto dal progetto per l'azione generale di annullamento. Ammesso pure che tali inconvenienti possano verificarsi, e l'esperienza mi pare abbia dimostrato che essi in pratica non sono poi nè tanto frequenti nè tanto gravi se nel nuovo progetto le norme sulla rescissione per lesione sono state riprodotte quasi immutate, il criterio accolto con l'art. 22 non mi pare proprio il più idoneo per evitarli e per rafforzare la sicurezza dei contratti. Per colpire l'usura ben altri mezzi meno pericolosi e meno generali di questo potevano venire adoperati.

Se l'art. 22 diventasse legge, non il giudice, ma, prima di lui, ciascun contraente sarebbe costretto ad indagare, nel momento in cui si stipula un qualunque contratto, quali siano i motivi che inducono l'altra parte a contrattare, quali i vantaggi che questa potrà ricavare, e quali infine le circostanze speciali che possono dirsi esi-

stenti nel momento della stipulazione, anche se particolari all'altro contraente; e, nella ipotesi in cui vedesse che l'affare, in base a tutti questi elementi, potrebbe riuscire pericoloso per l'altro, dovrebbe addirittura astenersi dal contrattare, per non correre l'alea di vedersi, ad un determinato momento, annullare il contratto, o ridurre le prestazioni che gli sono dovute in base a questo.

Il Progetto non richiede infatti che la insufficiente libertà del consenso di una parte debba essere causata da un fatto dell'altra o, quanto meno, essere da questa conosciuta, ed il contratto verrebbe quindi egualmente annullato, o verrebbero ridotte le obbligazioni, anche se il contraente, il cui consenso sia stato libero, desse la prova di avere stipulato il contratto in piena buona fede, senza conoscere affatto le particolari condizioni dell'altro contraente, che potevano far presumere in lui una insufficiente libertà di consenso.

Io non nego che *astrattamente* una innovazione di questo genere possa anche apparire molto bella, come pur bello sarebbe eliminare le discordie tra gli uomini, le grandi sperequazioni di ricchezza, ecc., ma ho la persuasione che *praticamente* l'accertare se il *consenso* di uno dei contraenti sia stato *sufficientemente* libero, prendendo per base i *vantaggi* che egli trae dal contratto (anche se le prestazioni delle due parti siano *equivalenti per costo*: MONTEL, op. cit. n. 5 pag. 18), e le *circostanze* in cui questo è stato stipulato, sia cosa estremamente difficile e pericolosa, soprattutto quando tale accertamento venga lasciato all'arbitrio del magistrato il cui giudizio, non essendo guidato da dati veramente *obiettivi*, non potrà che essere necessariamente variabile da uomo ad uomo e da caso a caso.

Diverso il modo con cui un terzo può valutare le diverse *circostanze* in cui un affare si è concluso, od i *vantaggi* che un delle parti può ricavare dal contratto, diversissima poi la posizione del magistrato, che tale valutazione compie a tavolino, con tutta la calma e ponderatezza necessarie, dalla posizione del contraente, che può aver concluso l'affare con una telefonata, dopo una riflessione di pochi minuti o secondi, in previsione di vantaggi che *egli solo conosce* e sa apprezzare, e che più tardi, accorgendosi che l'utile, il vantaggio sperato è mancato per circostanze a cui non aveva magari pensato, trova una comoda e facile scappatoia nell'art. 22 per togliere all'altro contraente quell'utile che questi ha tutto il diritto di pretendere in base al contratto, ed in previsione

del quale, può aver concluso una quantità di altri affari. Questo art. 22 fornirebbe proprio il mezzo ideale per permettere e facilitare la conclusione degli affari così detti "sballati", con la certezza in colui che li ha compiuti di non doverne eventualmente subire le conseguenze disastrose, chè poi, quanto alla prova delle circostanze che facciano presumere una "insufficiente libertà del consenso", chi abbia un po' di pratica della vita e del Foro, sa che non è difficile poterla ottenere, soprattutto se qualcuno dei contraenti abbia preveduto di doverla fornire e non abbia troppi scrupoli.

Che poi questi non siano timori puramente *teorici*, lo si può agevolmente dimostrare solo che si abbia riguardo a tutti quei contratti in cui la sproporzione tra i vantaggi dell'un contraente e le obbligazioni da lui assunte o le prestazioni a cui è tenuto l'altro contraente, sia stata voluta veramente dalla parte che si dice lesa, per dei motivi puramente soggettivi, che essa ha tutto l'interesse di non rivelare e tenere nascosti (scopi reclamistici, ad esempio, o di concorrenza, ecc.).

Orbene, in tali ipotesi, mancato o raggiunto lo scopo *sperato*, l'art. 22 arriverebbe veramente provvidenziale, e come potrebbe riuscir facile al venditore dimostrare, ad esempio, che a quelle vendite sotto costo egli si è indotto in un momento di panico, per far fronte a degli impegni reali o fittizi, per evitare un fallimento, per impellenti necessità familiari ecc. (tutte *circostanze* che farebbero veramente *presumere* una insufficiente libertà del consenso), così pure potrebbe non riuscire difficile ad undatore di lavoro dimostrare di essersi impegnato a pagare forti salari ad operai od impiegati ecc., per evitare che essi abbandonassero il lavoro, per evitare un arresto dannoso nella lavorazione, per salvarsi da gravi conseguenze, anche puramente personali ecc., in uno stato insomma in cui il suo consenso doveva presumersi non sufficientemente libero.

Orbene, sarebbe giusto in tutti questi casi permettere al venditore od al datore di lavoro (tra i molti possibili, ho scelto esempi più facilmente realizzabili in pratica) di far ridurre le obbligazioni da essi assunte dopo avere completamente usufruito, per scopi anche puramente personali ben difficilmente dimostrabili, delle prestazioni dell'altra parte?

L'unico mezzo *forse* sicuro di premunirsi contro l'esperimento di una tale azione generale di annullamento sarebbe allora quello di stipulare il contratto, nei casi dubbi, dinanzi ad un pubblico

ufficiale che dia atto delle diverse circostanze esistenti a quel momento e della sufficiente libertà del consenso dei contraenti. Ma sarebbe ancora questo un *buon* mezzo, se successivamente si dimostrasse che i *vantaggi* che una parte ritrae dal contratto sono sproporzionati alle obbligazioni assunte od alle prestazioni dell'altro contraente?

Il MONTEL fa osservare (n. 5, nota 18) che la sproporzione, e la correlativa onerosità, della prestazione di uno dei contraenti deve essere *obbiettiva* e non *subbiettiva*, ma anche la adozione di questo giusto criterio mi pare possa venire agevolmente neutralizzata quando si rifletta che, oltre all'indagine sulla sproporzione tra le prestazioni dei due contraenti, è necessaria anche quella sul *vantaggio* che ciascuna delle parti ritrae dal contratto, e, sotto questo profilo rientrerà quell'indagine sugli elementi *subbiettivi* che il MONTEL vorrebbe evitare. L'esame infatti, che il giudice deve compiere sui vantaggi che un contraente ritrae dal contratto, non può essere fondato su soli elementi *oggettivi*, ma deve necessariamente aver riguardo e riferimento alle condizioni *subbiettive* del contraente (l'art. 22 parla dei "vantaggi che *egli* (il contraente leso) ritrae dal contratto „, mentre, se dovesse ritenersi giusta l'osservazione del MONTEL, avrebbe dovuto dire "i vantaggi che si potrebbero trarre dal contratto „). D'altra parte, è evidente che dovendosi in definitiva giudicare sulla libertà o meno del consenso di una parte, dovrà aversi riguardo all'utile che essa *individualmente* ritrae dal contratto stesso, poichè, mentre la mancanza di quell'utile o la presenza di un utile minimo potrà far presumere un consenso non libero, la presenza di un utile giusto e proporzionato alle obbligazioni assunte darà luogo alla presunzione contraria.

Ora, per la valutazione di quest'utile dovranno essere tenuti presenti anche dati *subbiettivi* (lo speciale valore di affezione che una cosa può avere per una parte, lo speciale vantaggio che una parte può ricavare dall'avere una cosa in un determinato momento o circostanza ecc.) e, correlativamente, dovrà anche essere tenuto presente il carattere di speciale onerosità che una prestazione abbia in relazione alle particolari condizioni *subbiettive* di uno dei contraenti. Sarebbe addirittura impossibile altrimenti giudicare della vantaggiosità o meno di un contratto, poichè potranno sempre trovarsi delle persone per le quali questo possa essere di indubbia utilità, ed altre che da esso non trarrebbero utile alcuno.

Ponendo a base della azione generale di annullamento la man-

canza di libertà nel consenso, da accertarsi secondo le circostanze del caso singolo, non si può assolutamente evitare una ricerca ed un riferimento alle condizioni subbiettive del contraente, mentre, d'altra parte, essendo scopo della norma quello di colpire i patti usurari, tale insufficiente libertà del consenso dovrebbe vedersi *in re ipsa*, nel fatto stesso, ad esempio, della stipulazione di interessi eccessivi. Ma, se dovesse giungersi a tale conseguenza, sarebbe evidentemente possibile, a chiunque avesse bisogno di denaro, procurarselo promettendo somme vistose per interessi, e, dopo ottenuta la somma necessaria, chiedere al magistrato la riduzione dell'interesse al tasso legale. L'annullamento del contratto, ammesso che il magistrato volesse concederlo, potrebbe poi praticamente essere inattuabile se il mutuatario avesse impiegato la somma e non potesse restituirla che alla scadenza del contratto di mutuo. E, dato per ammesso che una soluzione del genere possa in questo caso anche apparire giusta, sarebbe poi giusta la estensione di un tale rimedio in generale a tutti i contratti?

Il vero si è che, a mio modesto avviso, i meno ad essere colpiti da questa norma sarebbero proprio i patti usurari aggiunti al contratto di mutuo, contro cui la norma è invece particolarmente indirizzata poichè le parti, valendosi di uno degli espedienti escogitati e praticamente in uso per eludere le norme fiscali, potrebbero aggiungere gli interessi superiori al tasso legale alla somma effettivamente data a mutuo, costringendo l'altra parte a pagarli allo scadere del contratto come se si trattasse di somma veramente mutuata.

Ed allora questa disposizione dell'art. 22 del Progetto non servirebbe ad altro se non ad introdurre nel nostro diritto una nuova azione generale di annullamento, oltre quella solita di annullamento per vizio di consenso, in una forma però che si rivela quanto mai pericolosa, e che condurrebbe sicuramente, nella sua attuazione pratica, a conseguenze ingiuste, dando luogo a controversie e dubbi molto più intricati e numerosi di quelli esaminati dal MONTEL in questo suo accurato ed interessante lavoro (n. 7 e segg. pag. 21 e segg. dell'estratto).

XIV Sulla disposizione dell'art. 435 del Progetto si appuntano le critiche del RICCA BARBERIS (*Due errori in una sola norma del Progetto Italo-Francese delle obbligazioni e dei contratti*, Riv. Dir. Agrario 1930, pag. 670 a 672).

L'articolo del Progetto incriminato contempla, come già si è indicato (cfr. la recensione allo scritto del DE RUGGIERO), le ipotesi di miglioramenti introdotti dal conduttore nel fondo locato. Secondo tale testo legislativo i miglioramenti saranno rimborsati dal proprietario se furono fatti *a sua scienza e senza opposizione*. Se questa condizione non si verificasse, il locatore se provi *che tali miglioramenti non gli sono utili*, può farli togliere e farsi risarcire del danno che derivi al fondo da tale rimozione. Se preferisce tenerli, dovrà pagare, o l'ammontare della spesa sostenuta dal conduttore, od il maggior valore del fondo.

Il primo errore consisterebbe nel fatto di applicare la distinzione della utilità dei miglioramenti a quelli introdotti senza la scienza del proprietario, mentre la distinzione nella Relazione è applicata solo a quelli introdotti senza opposizione del proprietario, che era a conoscenza del fatto della loro introduzione. Si verrebbe in questo modo a sottoporre a condizione, secondo il R. B., un diritto che dovrebbe essere pieno ed assoluto (il diritto del proprietario di far togliere i miglioramenti introdotti a sua insaputa).

Il secondo errore sarebbe invece dato dal fatto di permettere al locatore (anzichè al conduttore) di far togliere, ove possibile, i miglioramenti introdotti a sua insaputa. Secondo il R. B. questa disposizione è fondata sulla inveterata confusione tra il diritto di chi migliorò, a togliere il miglioramento, e quello a farlo levare da parte di colui nel cui fondo venne apportato. Giusto sarebbe stato ammettere in questo caso non il secondo, ma il primo diritto, concedendo al conduttore l'*ius tollendi*. La norma, secondo il R. B., dovrebbe pertanto essere così concepita: "Il conduttore che, sciente e non opponentesi il locatore, abbia fatto costruzioni, piantagioni od altri miglioramenti non autorizzati nè vietati dal contratto, e che non rientrino nelle disposizioni di qualche legge speciale, avrà diritto ad essere risarcito nella somma minore tra lo speso ed il migliorato. Se le costruzioni, le piantagioni od i miglioramenti furono fatti ad insaputa del locatore, il conduttore non avrà diritto se non ad asportare ciò che gli sarà possibile ...

(Cfr. al riguardo le risposte e le chiarificazioni del DE RUGGIERO, op. cit. pag. 20 e segg., vedi anche il presente lavoro a pag. 106).

XV. Ad obbietto identico a quello trattato dal RICCA BARBERIS sono rivolti due studi del FUNAIOLI G. B. (*Ancora sul problema dei*

miglioramenti fondiari nel contratto di affitto, Riv. Dir. Agrario 1930, pagg. 638 a 658 - *Nell'attesa di una soluzione legislativa del problema dei miglioramenti nel contratto di affitto*, Studi Senesi 1930, pag. 34 e segg.).

Si tratta di una critica al nuovo Progetto per quel che riguarda la disposizione dell'art. 435. La tesi che il FUNAIOLI ritiene migliore, e che è da lui sostenuta e difesa, si è quella che l'affittuario non possa introdurre nel fondo miglioramenti (che il FUNAIOLI definisce come "opera che modifica lo stato del fondo, incrementandone la produttività ed il valore, caratterizzata dunque per straordinarietà di esecuzione e stabilità di durata,") non pattuiti, o, almeno, non autorizzati. Ove li impenda, il proprietario potrebbe chiedere lo scioglimento del contratto, od anche, al termine di esso, la rimozione dei miglioramenti compiuti, salvo il risarcimento del danno. Se però i miglioramenti siano stati introdotti, e non si possa o non si voglia chiederne la rimozione, debbono essere dal proprietario rimborsati nella minor somma tra lo speso ed il migliorato. Dovrebbe quindi riconoscersi all'affittuario, secondo il FUNAIOLI, un diritto al rimborso delle migliorie introdotte nel fondo, che il proprietario non voglia o non possa togliere, e non già un diritto nell'affittuario ad introdurle.

XVI. Tra gli ultimi scritti, in ordine di data, comparsi in Italia sul progetto è quello molto accurato e diligente del TEDESCHI (*Sull'obbligazione di esibire secondo il Progetto Italo - Francese delle obbligazioni*, con postilla dell'ASCOLI; Riv. Dir. Civ. 1930, pagg. 582 a 595).

Il TEDESCHI critica il disposto dell'art. 86 del Progetto per il fatto che, secondo l'interpretazione che egli ritiene debba darsi a questa norma, ingiustamente non si sarebbe permesso al giudice di negare l'esibizione di una cosa, quando il detentore invochi un interesse legittimo od altro grave motivo per rifiutarvisi.

L'ASCOLI, nella postilla, dimostra però come tale interpretazione non sia fondata, in quanto il secondo comma dell'art. 86 abbraccia ambedue i casi di esibizione di cosa e di esibizione di documenti, ed in entrambi quindi, e non solo nel secondo, il giudice può negare l'esibizione quando esista un interesse legittimo od altro giustificato motivo nel detentore.

Ritiene poi il TEDESCHI che la esibizione civilistica sia com-

pletamente scissa dalla esibizione processuale e per questo sarebbe incongruo il richiamo fatto nella relazione ai paragrafi: 809-812 B. G. B. ed all'art 879 Cod. Civ. Svizzero, (cfr. però al riguardo la risposta del DE RUGGIERO op. cit. pag. 23 dell'estratto e pag. 107 del presente lavoro).

Illustra quindi il TEDESCHI i diversi casi ai quali il disposto dell'articolo 86 può applicarsi, e si sofferma a criticare il troppo largo arbitrio accordato al magistrato per concedere o negare l'esibizione, arbitrio che non trova che un limite molto generale e fuggevole nella necessità della esistenza di " un interesse legittimo od altro grave motivo „ perchè l'esibizione possa venir rifiutata.

In altro lavoro di data più recente (*Legittima difesa, stato di necessità e compensazione delle colpe*, in Riv. Dir. Comm. 1931, I, pag. 738) il TEDESCHI si ferma all'esame ed alla critica di altri due articoli del Progetto (art. 77, 78).

La norma dell'art. 77 appare innanzi tutto al T. *inadeguata*, in quanto in essa dovrebbe esser fatto rientrare il caso di chi arreca danno ai beni degli altri trovandosi in istato di necessità di difendere i beni propri da un danno grave ed imminente. La norma del Progetto sarebbe invece limitata al caso di difesa della propria o della altrui persona, esclusa quindi la difesa dei beni. Il Progetto poi con tale norma avrebbe dichiarato *illecito* l'atto di chi arreca danno agli altri per preservare sè stesso o per proteggere un terzo da un danno imminente e molto più grave, mentre tale atto, secondo la opinione accolta dal TEDESCHI, dovrebbe considerarsi lecito anche se debba dichiararsi l'autore tenuto al risarcimento.

Da censurare poi appare al TEDESCHI il largo potere concesso al giudice nel concedere il risarcimento " nella misura che riterrà equa „. Tale " formulazione giudiziale del diritto „, dovrebbe essere limitata ai casi in cui essa è giustificata o da " una grande varietà possibile di fattispecie o da un ragionevole perplessità del legislatore a decidere rapporti rispetto ai quali non è ancora formata la coscienza giuridica popolare „, mentre tali ragioni non esisterebbero nei casi in esame.

Assolutamente imprecisa sembra poi al TEDESCHI la norma contenuta nell'art. 78 del Progetto. In essa la parola " fatto „, non potrebbe intendersi per " fatto colposo „, ed il criterio stabilito per la ripartizione del danno sarebbe quindi inattuabile " quando si rifletta che, nella teoria della compensazione delle colpe, si tratta di sta-

bilire da chi debba risarcirsi un danno quando ad un *unico evento dannoso* abbiano concorso danneggiante e danneggiato e che la causa non è graduabile „.

Conclude quindi il TEDESCHI questo accurato esame auspicando che tanto il disposto dell'art. 77 quanto quello dell'art. 78 vengano nel nostro futuro codice più felicemente formulati.

Questi i principali studi sinora comparsi a commento e critica del nuovo Progetto. In altri lavori, anche di più larga mole di quelli sinora esaminati, alcune norme del Progetto sono state richiamate e fatte oggetto di critica (cfr. ad es. MONTEL: *La mora del debitore*, Cedam, Padova, 1930, pag. 131 e segg., pagg. 252, 254 e segg. ecc. - DEGNI: *Lezioni di diritto civile, Compravendita*, Cedam, Padova, 1930, pag. 15, 23 ecc. - ROMANO S: *Opposizioni al pagamento*, cit. pag. 21, 36 ecc.), di essi sarebbe però impossibile fare menzione dettagliata, in quanto l'esame richiederebbe dei commenti troppo larghi, cosa questa non consentita dallo spazio e dallo scopo di queste brevi note.

Una conclusione mi sembra però possibile trarre dall'esame obiettivo delle critiche sinora apparse; ed è quella che, se nel Progetto non mancano delle profonde innovazioni meritevoli di elogio, vi sono pure delle manchevolezze e delle mende, anche se non eccessivamente gravi, che è necessario correggere. Occorrerebbe limitare anzitutto, in misura molto maggiore di quel che si sia fatto i poteri accordati al giudice in troppe norme del Progetto (es. art. 22, 25, 86, 435 ecc.) e questo, non tanto per un ingiustificato senso di sfiducia verso la nostra magistratura, quanto soprattutto per evitare giudicati discordanti in materia di così alto interesse, e dare alle parti, senza necessità di ricorso al giudice, elementi sicuri per accertare quando il contratto da esse stipulato debba considerarsi davvero inattaccabile, e quando invece abbiano il *diritto* di chiederne l'annullamento o la modifica.

Così pure appare giustificata la richiesta di una disciplina, anche generale, ma il più possibile completa, dell'istituto delle obbligazioni naturali, e degli effetti che esse producono (semprechè si ritenga utile un istituto del genere per il nostro diritto), e necessaria appare pure una completa revisione delle norme sulla introduzione e rimborso dei miglioramenti agrari. Le norme accolte nel Progetto al riguardo appaiono lesive delle facoltà principali che ad

un proprietario debbono venir riconosciute nella disposizione ed utilizzazione della cosa propria, e quanto mai pericolose nella loro applicazione, soprattutto oggi che, per le mutate condizioni della economia generale, e del mercato degli immobili e prodotti agrari in ispecie, l'introduzione di miglioramenti (intesa questa parola nel suo senso più generale) anche contro la volontà o ad insaputa del proprietario, potrebbe dar luogo a dei veri e propri ricatti e conflitti di interesse, che sarebbe molto opportuno evitare.

LINO SALIS

Direttore responsabile: Luigi Renzetti

Coi tipi dello Stabilimento Tipografico Editoriale Urbinato - Urbino

