

fratelli o discendenti da essi, ed aveva legato alla Favara l'usufrutto dei beni, di cui i figli suddetti erano stati istituiti eredi; costoro perciò, non trovando altri interessati contro cui poter proporre la domanda, convennero la madre, la quale, come era da prevedersi, vi si associò *to corde*.

Il giudizio in tal modo divenne una lustra, e però mentre il tribunale non si accorse della strana impostazione ed esaminò il merito della domanda, il pubblico ministero ha creduto di sanarne la evidente nullità chiedendone la integrazione con l'intervento degli eredi dello Scavonetto.

Egli però non si è dato cura di precisare chi siano tali eredi, nè d'altronde la indicazione gli sarebbe stata possibile se tali sono i soli Favara, attori nel giudizio stesso.

Discende che nella specie non solo si è parlato ineattamente di mancata integrità del giudizio; non solo non c'entra la nullità di esso per mancata citazione di coloro contro cui la domanda avrebbe dovuto proporsi; ma si tratta addirittura di improponibilità dell'azione, concorrendo nella persona dei Favara la duplice legittimazione attiva e passiva.

Il codice, nel libro I « Delle persone », infatti, all'articolo 274 [276] stabilisce che la domanda per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità deve essere proposta nei confronti del presunto genitore, o, in mancanza di lui, nei confronti dei suoi eredi.

Nella specie il genitore è morto, e la domanda non avrebbe potuto perciò essere proposta che contro gli eredi. Ma eredi sono gli stessi Favara, e quindi l'azione è improponibile, negandone in sostanza la legge la esperibilità quando concorre nella stessa persona la qualità di figlio riconoscibile e di erede, e non esistono nemmeno altri eredi che possano essere chiamati a risponderne.

La gravità delle conseguenze cui, nel caso in esame, conduce la lettera della legge ha fatto sorgere il dubbio che l'art. 274 suddetto, attraverso gli eredi, abbia fatto riferimento ai successibili; si è rilevato infatti che la ricerca della paternità, oltre al contenuto patrimoniale, ne ha un altro, non meno interessante, quale è quello morale del diritto alla famiglia ed al nome; che però se mentre sotto il primo aspetto l'azione deve essere proposta contro gli eredi interessati a resistervi, sotto il secondo essa non può essere ragionevolmente diretta che contro i parenti del *de cuius*, potendo solo essi avere motivo legittimo di opporsi alla inclusione nella loro parentela di coloro che pretendono di esservi ammessi, tanto più che l'erede può essere un terzo estraneo, od anche un ente di beneficenza, cui nulla importa dell'accoglimento o meno del contrastato riconoscimento.

Tali dubbi non hanno però ragion d'essere: anzitutto

stiva azione. Una volta ammesso, in omaggio all'art. 276 cod. civ., che la morte del preteso genitore non fa venir meno il diritto del figlio alla declaratoria, una volta riconosciuto che un negozio di mera indole privata, come l'adizione di un'eredità, non preclude al preteso figlio l'esercizio del diritto, non patrimoniale, che gli compete, non si può ammettere, nell'economia della legge, che resti, per una mera accidentalità di fatto, senza tutela un diritto nel quale non sono in gioco soli interessi privati. E allora la mancanza del contraddittore non può essere superata altro che col sostituire al contraddittore ordinario, che non c'è, quello nominato dal presidente del tribunale, a sensi dell'articolo 78 cod. proc. civ. Se si tutela, colla nomina di un curatore speciale, il diritto meramente privato di chi non esiste e potrebbe non esistere mai, a maggior ragione si deve tutelare un diritto, gli ordinari portatori del quale — il preteso figlio e il preteso genitore — lottano giudizialmente in ordine a un rapporto giuridico in cui si riscontra, come preminente, l'interesse pubblico. Anche gli ordinari contraddittori della domanda di dichiarazione giudiziale di paternità o maternità attuano un interesse pubblico di cui la legge li fa tutori. Questo interesse non può essere lasciato, se uno di essi manca, senza tutela, ed è perciò che deve venire in considerazione l'art. 78 cod. proc. civ.

ERGOLE MALCHIODI  
Avvocato in Torino.

perchè il legislatore ha dato all'art. 134 del codice delle successioni [588] la definizione dell'erede, e non può ammettersi che l'abbia poi trascurata nel momento in cui dettava una norma apposta sulla legittimazione passiva di questi giudizi, con la conseguenza che non si saprebbe nemmeno chi tra i successibili dovrebbe essere convenuto; poi perchè di quella duplice funzione dell'azione in esame ha tenuto chiaramente conto nello stesso suddetto articolo 274 del libro I [276], nel cui capoverso ha disposto che alla domanda può contraddire chiunque vi abbia interesse, consentendo così ai parenti del genitore ricercato di farvi valere le loro ragioni; in fine perchè, anche quando dalla controversia esula ogni interesse patrimoniale e la domanda viene spiegata per sole ragioni morali, il legislatore ha espressamente disposto che essa deve essere proposta contro l'erede, chiunque esso sia (art. 98, 1° capoverso, delle disposizioni transitorie, relative al libro I), confermando così che solo l'erede, il quale assomma su di sé la rappresentanza completa dei beni patrimoniali e morali, è quegli che deve risponderne, salvo, come già si è detto, l'interesse dei terzi.

Escluso però in tal modo che la domanda possa essere proposta contro altri che non sia l'erede, ciò conferma la lacuna esistente nella legge relativamente al caso in esame, in cui eredi siano quelli stessi che intendono proporre l'istanza per la dichiarazione giudiziale di paternità.

In proposito nè i lavori preparatori, nè la relazione al Re danno alcuna spiegazione o giustificazione del sistema adottato; in mancanza di disposizioni contrarie deve ritenersi che il figlio naturale, il quale accetti la nomina di erede da parte del suo presunto genitore, implicitamente rinunci alla ricerca giudiziale della paternità, la quale in sostanza è consentita solo ai figli naturali, i quali siano tutt'al più donatari o legatari, o che si accontentano di perseguire ciò che loro spetta per legge in conseguenza della dichiarazione giudiziale di paternità. (Omissis)

Per questi motivi, ecc.

#### CORTE D'APPELLO DI TRIESTE.

Udienza 17 febbraio 1942: Pres. GAETANO P. P., Est. CAO, P. M. TITI (concl. conf.); **Giuristi** (Avv. PUECHER) e **Vatta** (Avv. GHERSA).

**Matrimonio — Matrimonio civile celebrato nel 1931 in Italia fra un cittadino italiano cattolico e una ebrea croata — Validità** (Cod. civ. del 1865, disp. prelim., art. 6; cod. civ. del 1865, art. 105; Convenzione dell'Aja 12 giugno 1902, per regolare i conflitti di legge in materia di matrimonio, art. 3, resa esecutiva con legge 7 settembre 1905, n. 523).

**Israeliti — Disposizioni per la difesa della razza italiana — Limiti alla facoltà di contrarre matrimonio — Matrimonio celebrato anteriormente — Inapplicabilità** (Cod. civ. del 1865, disp. prelim., art. 2; R. D. legge 17 novembre 1938 n. 1728, sulla difesa della razza italiana, art. 1).

*Per l'art. 3 della Convenzione dell'Aja 12 giugno 1902, sui conflitti di legge in materia di matrimonio, è valido il matrimonio civile celebrato nel 1931 in Italia fra un cittadino italiano cattolico ed una ebrea croata, benchè il § 64 della legge matrimoniale austriaca, applicabile alla sposa, considerasse impedimento assoluto la disparitas cultus. (1)*

*Le disposizioni per la difesa della razza non hanno efficacia retroattiva e, pertanto, non invalidano il matrimonio anteriormente ad esse celebrato fra un cittadino italiano di razza ariana e una straniera di razza ebraica. (2)*

(1-2) Con la sentenza riportata, della quale sono riassunte le massime in *Dir. eccl.*, 1942, 208, sotto la data di decisione del

La Corte, ecc. — Secondo l'assunto dell'attore il matrimonio celebrato fra le parti sarebbe nullo perchè alla convenuta, ebrea croata, mancava la capacità a contrarre matrimonio con un cristiano, a norma del § 64 della legge matrimoniale austriaca, ostandovi l'impedimento della *disparitas cultus*, impedimento che valeva anche per l'Italia in quanto, per l'art. 6 delle disposizioni preliminari al codice civile, la capacità delle persone è regolata dalla legge nazionale dello straniero.

Il Tribunale ha accolto la tesi attrice rilevando che la Goranic era vincolata alla sua legge nazionale (la legge austriaca imperante in Croazia nel 1931) che elevava ad impedimento assoluto inderogabile la diversità di confessione religiosa e rendeva insanabilmente nullo il matrimonio contratto in onta al divieto, e che la Goranic era incapace di contrarre matrimonio con persona di altra fede religiosa in quanto la causa che impedisce di contrarre un determinato matrimonio si risolve nella incapacità a compierlo.

E, pur ammettendo il principio di diritto internazionale privato, consacrato nell'art. 3 della Convenzione dell'Aja del 12 giugno 1902, secondo il quale la legge del luogo di celebrazione può permettere il matrimonio di stranieri nonostante il divieto della legge nazionale, qualora si tratti di divieto basato esclusivamente su motivi di natura religiosa, ha negato che da tale principio fosse stata influenzata la capacità della Goranic ed ha concluso che la persistente incapacità originaria della sposa, essendo venuta a coincidere in modo concreto col divieto della nuova legge razziale e cioè con la regola attuale dell'ordine pubblico, il giudice italiano era autorizzato a proclamare la nullità del matrimonio, già invalido fin dallo origine.

La Corte non condivide il pensiero dei primi giudici e non può approvare la soluzione che essi hanno creduto di adottare nella controversia in esame. Anche il P. M. ha concluso per la riforma della sentenza.

Il Tribunale per giustificare la tesi della nullità insanabile del matrimonio contratto ad onta del divieto della *disparitas cultus* pone sullo stesso piano ed assimila tale divieto ad una causa di incapacità vera e propria confondendo concetti e categorie che la dottrina ha sempre tenuto distinti.

Altra cosa è la capacità che riassume gli attributi dello stessa personalità e che nella soggetta materia ha riferimento ai requisiti fondamentali considerati indispensabili per contrarre matrimonio, altra cosa sono i divieti o impedimenti che a seconda della maggiore o minore importanza portano alla nullità ed alla annullabilità del matrimonio celebrato malgrado il divieto.

La legge austriaca con la disposizione del par. 64 citato pone il divieto ai matrimoni fra cristiani e persone di diversa confessione religiosa e considera assoluto e inderogabile l'impedimento e insanabilmente nullo il matrimonio contratto in onta al divieto.

17 dicembre 1941, la Corte d'appello di Trieste riforma la sentenza 13 agosto 1941 (*Riv. dir. matrim.*, 1942, 34 con nota critica del PAGANO), con la quale il Tribunale di Trieste aveva ribadito la propria giurisprudenza instaurata con sentenza 18 settembre 1940 (*Foro it.*, Rep. 1941, voce *Matrimonio*, n. 41, e *Riv. dir. matrim.*, 1941, 142, con nota critica di PAGANO).

La tendenza giurisprudenziale del Tribunale di Trieste è criticata dal BASSANO, *Disparità di culto, disparità di razza ed annullamenti matrimoniali* (*Arch. dir. eccles.*, 1942, I, 258), il quale sostiene che l'*impedimentum disparitatis cultus*, che ha tratto alla religione, è estraneo alle disposizioni 17 novembre 1938, che si prefiggono la difesa della razza italiana, e che non sussiste la coincidenza fra fattore razziale e religioso ai fini della identificazione degli ebrei (su di che, la circolare ministeriale, riprodotta in *Riv. dir. matrim.*, 1939, 140).

Si veda per qualche riferimento Trib. Milano 6 luglio 1942 in questo stesso fascicolo, col. 301, con ampia nota di richiami. Sull'interpretazione degli art. 2 e 3 della 1<sup>a</sup> Convenzione dell'Aja si consulti FENOZZI, *Il diritto internazionale privato, Teorie generali e diritto civile* (*Trattato diretto dal Fedozzi e dal Romano, vol. IV*), Padova, Cedam, 1935, pag. 413.

Tale rigore non trova riscontro neppure nel diritto ecclesiastico il quale se raccomanda ai vescovi ed agli altri pastori di adoperarsi perchè i fedeli *a mixtis nuptiis, quantum possunt, abstineant* (can. 1064) non stabilisce alcuna sanzione di nullità, ma ritiene valido, se contratto, anche il matrimonio misto.

Ma l'Austria ha aderito alla Convenzione dell'Aja e vien fatto di pensare che per quanto abbia mantenuto il formale divieto della propria legge al matrimonio fra persone di culto diverso, ne abbia mitigato il rigore in coerenza al mutato orientamento della coscienza giuridica. Ha infatti accolto le disposizioni dell'art. 3 della Convenzione che feriva direttamente l'essenza del par. 64 della propria legge in quanto riconosceva che la legge del luogo di celebrazione permettesse il matrimonio nei casi in cui la legge nazionale dei nubendi lo vietasse per motivi di carattere religioso.

E se ha il diritto di non riconoscere come valido un matrimonio celebrato in queste circostanze, l'aver allentato le maglie del divieto e l'essersi adattata alla facile evasione, segna già un passo notevole sulla via dell'uguaglianza delle persone, indipendentemente dalla loro fede religiosa, nei riguardi del matrimonio.

Ma a prescindere da ciò, è fuor di dubbio che fosse pur nullo in modo assoluto il matrimonio Vatta-Goranic per la legge nazionale della sposa, era incondizionalmente efficace e valido per la legge italiana, la quale non conosce l'impedimento della *disparitas cultus*, ma ammette invece l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge senza riguardo alla confessione religiosa ed in materia di diritti civili parifica gli stranieri ai cittadini.

Ciò vale in forza dei principi fondamentali del sistema legislativo italiano ed a maggior ragione deve valere dopo la Convenzione dell'Aja che ha dato a siffatta disciplina del matrimonio il crisma di norma di diritto internazionale privato.

Per l'art. 103 cod. civ. del 1865 lo straniero che voglia contrarre matrimonio nel Regno deve presentare all'ufficiale dello stato civile una dichiarazione dell'autorità competente del paese a cui appartiene dalla quale risulti che nulla osta, giuste le leggi da cui dipende, al divisato matrimonio.

La eventuale infrazione a siffatta norma non è però accompagnata da sanzione di nullità, e d'altra parte si comprende di leggeri che l'ostacolo al matrimonio secondo la legge nazionale degli sposi in tanto può essere apprezzato dall'autorità italiana in quanto non sia riferibile a motivi di natura religiosa, dal momento che per il citato disposto dell'art. 3 della Convenzione dell'Aja, gli Stati aderenti si sono riservati il diritto di permettere in tali casi particolari la celebrazione del matrimonio.

La legge recente sulla difesa della razza ha portato un profondo mutamento ai principi basilari del sistema legislativo italiano limitando la facoltà di contrarre matrimonio con persone di qualsiasi fede religiosa e vietando categoricamente i matrimoni fra ariani e non ariani.

Ma i mutamenti degli ordinamenti giuridici imposti, sia pure, dall'evoluzione sociale e regolati da nuove discipline non possono influenzare rapporti giuridici già consolidatis nel tempo in cui altre norme erano in vigore, perchè le nuove discipline non possono impossessarsi dei fatti anteriori ponendo nel nulla fatti giuridici e diritti sorti in virtù della legge del tempo in cui si sono prodotti e che sono entrati quindi legittimamente a far parte del patrimonio delle persone.

Quello che era valido secondo la legge del tempo, resta valido anche dopo; qualunque sia il mutamento apportato dalla nuova legge, e ciò per il rispetto che si deve ai diritti quesiti costituiti in conseguenza di un fatto idoneo a produrli e per il principio fondamentale di diritto della non retroattività delle leggi.

Se in via di eccezione e per superiori necessità siffatto principio dev'essere vulnerato, in siffatti casi la legge lo dichiara in modo espresso e provvede a contemperare con disposizioni transitorie i contrastanti interessi.

Il matrimonio celebrato fra il dott. Vatta e la Gora-

nic nel 1931, sotto l'impero della vecchia legge che lo permetteva, rimane dunque integro e valido nonostante il mutamento della legislazione successivamente intervenuto con l'emanazione della legge razziale.

Dopo aver riconosciuto che manca identità di contenuto fra l'impedimento *disparitas cultus* e la legge razziale, la sentenza impugnata trova che fra i due impedimenti ricorre, rispetto agli ebrei, una coincidenza concreta in quanto all'impedimento della legge croata dell'epoca della celebrazione fa riscontro il divieto della legge nuova italiana.

Ma l'affermata coincidenza non è che un'accidentalità senza rilevanza; non bisogna infatti dimenticare che la legge italiana del tempo della celebrazione consentiva quelle nozze che oggi non sarebbero più possibili e che allora il matrimonio era valido e tale permane malgrado l'emanazione della legge razziale, la quale, regolando i rapporti giuridici nella soggetta materia ha provveduto per l'avvenire, lasciando integri ed immutati i matrimoni compiuti anteriormente sotto l'impero della legge del tempo.

Col riconoscere oggi la nullità del matrimonio celebrato nel 1931 fra le parti nelle note circostanze, il Tribunale ha creduto di uniformarsi alla regola dell'ordine pubblico attuale, ma si è lasciato prender la mano dall'amore di una tesi attraente ed è caduto in un errore manifesto perchè in ogni caso, per le ragioni già spiegate, si dovrebbe aver riguardo non già all'ordine pubblico attuale ma a quella che secondo la coscienza giuridica ed il sistema della legislazione italiana del tempo era la concezione dell'ordine pubblico nel 1931, per quanto concerneva la materia dei matrimoni misti e la politica razziale.

L'istanza del dott. Eugenio Vatta dev'essere quindi respinta.

Per questi motivi, ecc.

#### TRIBUNALE DI ROMA.

Ordinanza 17 febbraio 1943; Pres. ed est. GENTILE P.; Vallesi (Avv. VALLESI) c. Sarzana (Avv. PASSE-RINI).

**Spese giudiziali — Onorari — Ingunzione per prestazioni giudiziali e stragiudiziali — Opposizione ai sensi dell'art. 645 cod. proc. civ. — Forme — Procedimento (Cod. proc. civ., art. 121, 156, 633, 637, 645; legge 13 giugno 1942 n. 794, sugli onorari di avvocato e di procuratore per prestazioni giudiziali in materia civile, art. 29, 30).**

*Avverso il decreto ingiuntivo riguardante onorari spettanti al professionista forense per prestazioni giudiziali, il cliente, ai sensi dell'art. 645 cod. proc. civ., può proporre opposizione mediante citazione a comparire avanti il tribunale in Camera di consiglio per data da fissarsi dal presidente in base ad istanza che l'opponente si riserva di presentare, se tale istanza, in una con l'atto di opposizione, sia in effetti depositata presso la cancelleria nei tre giorni dalla notificazione della opposizione stessa e in calce ad essa abbia il presidente stilato il decreto di comparizione delle parti avanti il tribunale in Camera di consiglio. (1)*

*La opposizione avverso il decreto ingiuntivo riguardante onorari dovuti dal cliente al professionista forense per prestazioni giudiziali e stragiudiziali, deve essere istruita e decisa secondo la procedura di cui agli art. 645 e segg. cod. proc. civ., e non già avanti il tribunale in Camera di consiglio nella forma indicata dagli art. 29 e 30 della legge 13 giugno 1942, n. 794. (2)*

*La opposizione avverso il decreto ingiuntivo riguardante onorari dovuti dal cliente al professionista forense per prestazioni giudiziali, non può essere istruita e decisa in Camera di consiglio nelle forme indicate negli articoli 29 e 30 della legge 13 giugno 1942, n. 794, se il cliente non si limiti a contestare la misura degli ono-*

*rari, ma contesti la esistenza del rapporto fra lui e il professionista forense. (3)*

(1-3) Per intendere le questioni procedurali, che il Tribunale di Roma ha affrontato con profonda coscienza della loro estrema delicatezza ed ha risolto in maniera quasi del tutto soddisfacente, occorre tener presente che:

a) il patrono, che intende ottenere la liquidazione degli onorari dovutigli dal cliente per prestazioni professionali può sperimentare la procedura disciplinata dagli art. 28 e 29 della legge 13 giugno 1942, la quale, se la caratteristica del provvedimento monitorio consiste nell'essere esso emanato *inaudita altera parte*, non ha con il processo ingiuntivo alcuna parentela, ma, nella famiglia dei processi sommari, ha notevoli punti di contatto con la convalida di licenza per sfratto;

b) sulla opposizione formata, ai sensi dell'art. 645 cod. proc. civ., dal cliente contro il decreto ingiuntivo la Istruzione si svolge in Camera di consiglio, e, se il tentativo di conciliazione non riesce, si decide con ordinanza non impugnabile la quale costituisce titolo esecutivo anche per le spese di procedimento: qui, le divergenze dalle linee ordinarie del processo monitorio consistono in ciò che sono abolite le garanzie del giudice istruttore, della pubblica udienza, e del doppio grado di giurisdizione.

Se l'adozione della prima procedura non dà luogo a difficoltà degne di rilievo, tutt'altro che piana si presenta l'armonizzazione degli art. 645 cod. proc. civ. e 30 della legge speciale.

Il primo problema si pone in ordine alla forma dell'atto di opposizione: l'ordinanza riportata fa richiamo a ben tre modi (due dei quali con variazioni), che i solerti clienti romani avrebbero adottato per opporsi ai decreti ingiuntivi ai loro danni provocati dai patroni, e, pur non nascondendo la preferenza per il primo di essi, non esita a concludere che tutti sono idonei a conseguire lo scopo di investire il giudice competente della cognizione della opposizione.

Come si vede, il principio della libertà delle forme, nel quale è stata vista una delle caratteristiche essenziali del nuovo processo (CARNELUTTI, *Ist.*, 3<sup>a</sup> ed., I, n. 329, e *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, 50, contrastato da CALAMANDREI, *Ist.*, pag. 222), comincia ad essere applicato in pratica, e sarà interessante vederne gli sviluppi, i quali alla fin fine non potranno non contrastare con quella aspirazione alla certezza del diritto intesa quale normale prevedibilità delle conseguenze dei propri atti, che attualmente è in cima ai pensieri di molti.

Per mio conto, l'armonizzazione dell'art. 30 della legge speciale con l'art. 645 cod. proc. civ. è poi meno difficile di quel che sembra a prima vista: la specialità del giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo qui considerato si coglie non già nella fase iniziale, ma in quella di introduzione della causa nel senso che alla istanza per la nomina del giudice istruttore e per la fissazione della prima udienza di trattazione avanti a quest'ultimo, è sostituito il ricorso al presidente affinché questi ordini la comparizione delle parti avanti il Collegio in Camera di consiglio. Punto e basta: per il resto, come la opposizione deve contenere l'invito rivolto al patrono convenuto a costituirsi in cancelleria nei termini ridotti, di cui all'art. 645 cod. proc. civ., così il ricorso al presidente alla stessa guisa dell'istanza di designazione del giudice istruttore, può essere contenuto nella stessa opposizione ovvero redatto in atto a parte, il quale va depositato in cancelleria entro quindici giorni dalla scadenza del termine fissato per la costituzione del convenuto. Insomma, la posizione del ricorso al presidente di cui all'art. 29, sullo stesso piano dell'istanza di designazione del giudice istruttore, costituisce, almeno a mio avviso, il filo di Arianna nel tutt'altro che inestricabile labirinto. Ciò posto, aderisco, per altro, *totò corde* alla liberale concezione del Tribunale, che considera legittime tutte le forme di opposizione fin qui escogitate.

Il secondo problema verte sulle forme del procedimento nell'ipotesi in cui il decreto ingiuntivo abbia per oggetto onorari per prestazioni giudiziali e stragiudiziali, postochè il *modus procedendi* considerato dall'art. 30 della legge speciale, come chiaramente ha dimostrato il Tribunale, si applica ai soli onorari per prestazioni giudiziali: anche qui, nella ordinanza riportata, è stato visto giusto perchè la cognizione della opposizione al decreto ingiuntivo nella parte relativa agli onorari per prestazioni stragiudiziali non può essere condotta con quelle minori garanzie, che l'art. 30 ha ritenuto sufficienti per la opposizione al decreto ingiuntivo riguardante onorari per prestazioni giudiziali.

Non posso essere invece d'accordo con il Tribunale là dove questo qualifica la relazione fra la opposizione ordinaria di cui all'art. 645 e la opposizione sommaria, regolata dall'art. 30 della legge speciale, come un rapporto di competenza: il criterio di