CASI E QUESTIONI

INDICE ELENCO DEI « CASI E QUESTIONI »

pag.

Sull'uso generale di beni demaniali [1908] 421

A proposito di fonografi e dei diritti di chi canta [1913] 431

Prova scritta della paternità naturale [1943] 449

Aspetti giuridici della tragedia aeronautica di Superga [1951] . . . 455

Alienazione della porzione e rescindibilità del contratto divisionale [1953] 465

In tema di brevettabilità dei processi di produzione di medicamenti [1955] 487

Sulla tutela della denominazione e della sigla [1957] 509

La cessione dei contributi statali come mezzo di pagamento [1957] . . 521

Sulla nozione di eccessiva onerosità [1959] 531

SULL'USO GENERALE DI BENI DEMANIALI

[1908]

A proposito dei provvedimenti del Consorzio autonomo del porto di Genova

Maggiore attenzione dagli studiosi meritava, a mio avviso, un *caso* discusso or non è molto davanti alla IV sez. del Consiglio di Stato e (per la questione di competenza) alla Cassazione di Roma (1), come quello il quale, ponendo a cimento della pratica certe moderne costruzioni scientifiche, le ha rivelate, a mio avviso, meritevoli di revisione. Il che mi propongo di esporre in questa mia nota, brevissimamente.

Il Consorzio autonomo del porto di Genova, in adempimento del suo « mandato di provvedere all'esecuzione delle opere, alla gestione e al coordinamento dei servizi del porto » e in ispecie « di regolare e disciplinare in simile maniera (*scil.*: « nei modi legali ») ogni genere di prestazione dell'opera personale fatta dagli individui addetti ai lavori ed ai servizi del porto. » (art. 1 l. 12 febbraio 1903), aveva creato (decreto del presidente 15 giugno 1904) dei ruoli chiusi di lavoratori, fissati orarii e tariffe, s'era riconosciuta la attribuzione di assegnare esso stesso gli operai (di ruolo) ai commercianti che ne abbisognassero per le operazioni di scarico e carico, la attribuzione di percepire esso le mercedi per distribuirle esso agli operai, ecc.

Alcuni commercianti attaccarono tali provvedimenti innanzi alla IV sezione, affermando che « disciplinare nei modi legali » significava « disciplinare rispettando l'ordinamento giuridico vigente », mentre

---

Pubblicato in Riv. di dir. comm. 1908.

(1) La sentenza della Cassazione può vedersi in *Temi Genovese*, 1907, 34 e seg.; la decisione della IV sezione *ib.* 35 e seg. e in *Foro*, 1907, 3, 17 nonchè in *Giur. it.* 1907, 3, 173.

Il *Foro* (*ib.*, 116) ha pubblicato altresì un'interessante nota del prof. RAGGI alla decisione della IV sez., nota che avrò occasione di citare più avanti.

i provvedimenti del Consorzio ledevano la libertà di contrattare, la libertà del lavoro, la libertà della proprietà, l'uguaglianza dei diritti civili e politici, ecc. Gli attori prospettavano dunque i provvedimenti del Consorzio come limitanti lo *status libertatis* dei cittadini e quindi, come tali, eccedenti la competenza e i poteri del Consorzio (2).

Della esattezza di questa impostazione della controversia doveva conoscere, a mio avviso, la Cassazione, adita per la questione di competenza, in seguito ad analoga eccezione sollevata dai resistenti. La Cassazione dichiarò bensì la competenza della IV sezione, aderendo così implicitamente all'assunto dei commercianti ricorrenti; ma con una motivazione così vaga (3) da lasciare intata la questione teorica. Ora è precisamente su questa, che io richiamo l'attenzione degli studiosi.

---

(2) V. la sentenza cit. in nota prec. La Cassazione disse in sostanza mancare nella specie « la lesione di alcun diritto concretata in atti specifici ». Ma non disse chiaro se non vedesse il diritto o non vedesse la lesione. Ora, che un diritto lesibile fosse in questione lo sostengo nel testo. Che poi il regolamento impugnato potesse costituire per se stesso una lesione di tale diritto parmi dubitabile (v. sulla questione, MORTARA, *Comm.*, I, 325), in quanto alla impossibilità (relativa) di fatto di esercitare il diritto stesso sostituiva il diritto al pubblico servizio.

(3) Anche un nostro valoroso pubblicista, il ROMANO, scrive nei suoi *Princ. di dir. amm.*, p. 456, n. 469: « se un funzionario illegalmente interdice di passare per una strada, ecc... egli non violerà un diritto civico, la sfera giuridica positiva dell'individuo, ma violerà la sua libertà personale. E questa sembra che sia la natura che all'uso generale delle cose demaniali è da attribuirsi; esso dà lugo ad un diritto di libertà... tal diritto di libertà assume la speciale figura dell'interesse legittimo »(?). Però data la configurazione che l'A. assegna al diritto di libertà (v. in *Tratt.* dell'ORLANDO, I, p. 159 e s.), non mi pare che la sua affermazione coincida precisamente coll'assunto dei commercianti genovesi ricorrenti, combattuto nel testo. Il che non toglie, che parecchie delle osservazioni che verrò svolgendo tocchino più o meno direttamente anche l'opinione del chiaro scrittore, se pure l'ho esattamente compresa, poichè la sua esposizione parmi in questo punto men lucida del consueto. Il che fa maggiormente sentire il bisogno che questo punto sia ridiscusso.

Le mie osservazioni toccano invece la dottrina del MAYER, *Verw. r.*, II, p. 116, che scrive brutalmente: « Der Anspruch öffentliche Sachen in gewisser Masse zu gebrauchen ist nicht anders als ein Stück (!) der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit » e a pag. 117 a proposito di *Individualrecht*: « mehr als ein blosser Name ist damit kaum gewonnen. Aber von dieser Art und in dieser Weise geschützt ist auch der Gemeingebrauch ... » e cita a torto il SARWEY (vedilo cit, in contrario senso nelle note segg.).

Non si occupa di questo problema il MAYER (*Prinz. des Enteignungsr.* p. 645), che vedo cit. da JELLINEK, *Syst.*, a pag. 77, note.

Debbo risalire per ciò a qualche premessa d'indole generale. « Libertà », nella sua accezione volgare, significa negazione di ostacoli alla esplicazione della attività personale. Ma tale esplicazione può avvenire solo in un mezzo (campo) ambiente: non si può camminare se non sopra un terreno, nè navigare se non sull'acque.

Cosicchè la libertà di fatto, la libertà effettiva, la libertà *integrale* potrà conseguirsi solo se da un lato non si esercitino impedimenti sulla persona, e dall'altro sia sgombro il campo in cui essa persona esplica la sua attività. E in vero se immaginiamo un mobile in un campo d'azione noi possiamo in due modi limitare la sua mobilità-libertà di fatto: o esercitando un'azione su di esso (per es. imprimendogli una spinta), o limitando il suo campo (p.es. con un ostacolo). È chiaro però, quanto siano intimamente diverse queste due categorie di limitazioni. La libertà di fatto, effettiva, *integrale* risulta dalla assenza di queste *due* categorie di vincoli od ostacoli.

Ora io osservo che in astratto il diritto garantisce *a tutti* egualmente il potere di esplicare in *tutti* i campi giuridicamente leciti la propria attività, in quanto esso (diritto) provvede ad eliminare (direttamente o indirettamente) gli impedimenti che, *iniuria*, venissero creati *alla persona*, mentre essa esplica tale attività (dal che il c.d. diritto subbiettivo di libertà personale o individuale, che assume nelle sue varie direzioni i più varii nomi: p. es. libertà del lavoro, di locomozione, ecc.) (4).

---

(4) È questo, a mio avviso, un contenuto essenziale del c.d. *Individualrecht* o *Recht der Persönlichkeit*: cfr. in proposito da ultimo MESSINA in *Studi per Fadda* (*Sui c.d. diritti potestativi*) VI, p. 312, a cui pienamente aderisco. Non del tutto giustificata però parmi la sua critica al RAVÀ nota 2 *ib.*, i cui concetti, su questo punto, parmi non differiscano *essenzialmente* da quelli del MESSINA e miei (v. le interessanti indagini e osservazioni del RAVÀ, in *Diritti sulla propria persona* capo IV: in ispecie § 4). Nè del tutto esatta parmi la citazione del JELLINEK in nota 1 *ib.*, (vedi sotto). Sul rapporto tra l'*Individualrecht* e gli altri diritti (in ispecie reali), da ultimo ancora il KOHLER, *Urheberrecht an Schriftwerken*, § 1, pag. 3 e ss. a proposito dei noti svolgimenti di GIERKE, *Priv. R.*, I, p. 748 e ss.

Lo *status libertatis*, amio avviso, è lo stesso *Recht der Persönlichkeit* o *Individualrecht* (in questo suo contenuto), nei rapporti con lo Stato. Ciò fu or visto, ora intravisto dai pubblicisti (cfr. per es. SARWEY, *Off. R.*, §§ 9, 32 e passim ; CAMMEO, *Comm.*, p. 117 nota 1 e passim), ma scarsamente utilizzato per una più completa costruzione dell'*Individualrecht*.

Contro il concetto dell'*Individualrecht* o *Recht der Persönlichkeit* è il JELLINEK anche nella 2ª ed. del *Syst.* (p. 83 e note), evidentemente non al corrente della più moderna elaborazione del concetto stesso.

Ma quanto ai mezzi o ai campi con cui o in cui esplicare l'attività personale bisogna distinguere. Vi sono dei mezzi o campi aperti e sgombri a tutti, in cui non vi è alcun limite *di diritto* all'esplicazione dell'attività personale, ma solo *il fatto* dell'attività altrui: p. es. aria, mare. Vi sono altri mezzi o campi in cui solo determinate persone, esclusivamente, possono esplicare *di diritto* la propria attività (o certe forme della propria attività). Il diritto, sotto determinati presupposti, garantisce cioè la appartenenza a singole persone di *certi* determinati mezzi materiali in cui o con cui esse possano esplicare la propria attività (o meglio il proprio potere di attività) con esclusione (quanto a *quei* mezzi) di tutte o determinate altre: c.d. diritti reali, diritti sulle cose. Giova soggiungere che sia in quanto il diritto garantisce la *indipendenza* (potere di attività) *della persona*, sia in quanto garantisce la *appartenenza* ad essa di determinati mezzi o campi esterni, si dice che il diritto tutela la libertà (5), ma dalle osservazioni che ho premesse, mi pare evidente che nei due casi esso tutela invece due fattori diversi (e complementari fra di loro) della libertà effettiva. Quando si dice che in ambedue i casi tutela la libertà, si applica il termine (libertà) che esprime il fenomeno nel suo complesso, ai singoli fattori da cui esso risulta. Perseguendo

---

(5) Che la proprietà (come ogni diritto reale) siano la garanzia giuridica di un campo di esercizio dell'attività personale, fu già osservato, svolto ed... esagerato specialmente dalla dottrina tedesca. Cfr. in proposito RAVÀ l.c. in ispecie a pagg. 154 e 155.

La appartenenza a singole persone di certi mezzi materiali (e cioè il diritto reale) risulta dall'obbligo fatto a tutte le altre o determinate altre di astenersi dall'usare o godere di quei dati mezzi, con che si determina a favore delle prime la possibilità esclusiva di esplicare in essi o con essi la propria attività. Ciò fu recentemente rimesso in nuova luce anche dal PEROZZI (*Obbl. romane*, p. 22 e seg. e note: *Istit.*, § 74), che finisce anch'esso per definire questa possibilità in termini di libertà (« libertà sociale d'azione » scil. sulla cosa).

Anche la libertà individuale di cui parlavo più sopra risulta di simili limitazioni fatte a tutti gli altri, ma diverge pel contenuto e per le sanzioni.

Però appunto perchè i due fattori della libertà integrale effettiva, distintamente e diversamente tutelati dal diritto, come espongo nel testo, sono complementari fra di loro, essi sono ambedue in giuoco in una serie infinita di azioni umane, cosicchè i mezzi di tutela accordati all'uno e all'altro, si intrecciano, si sovrappongono, spesso anche sono sostituibili l'uno all'altro. Scrive bene il KOLHER, l.c.p. 17 « Wir finden be Eigenthumssachen, beim Inhalt an Vertrauensbriefen, beim Inhalt literarischer Darstellungen dasselbe Moment: überall muss das Recht der Per önlichkeit auf eine gewisse Schönung gewarht werdem; und ist nun dieses Recht das gleiche, so ist es unsere wissenschaftliche Aufgabe dieses Element aus seinen Verrbindungen zubefreien. Das ist die Aufgabe der juristischen Analyse... ».

l'esempio testè accennato: il diritto garantisce nella prima forma la indipendenza del muoversi (a tutti, sempre ed egualmente, in tutti i campi leciti), nella seconda invece, la disponibilità del campo in cui muoversi (limitata a certi campi e certe misure, sotto certi presupposti). La distinzione di questi due fattori è una distinzione logica, che sta prima e fuori del diritto (6). Il diritto l'ha semplicemente riconosciuta e consacrata, ordinando, come ho accennato, istituti profondamente diversi a tutela di questi due diversi fattori.

Tutto ciò premesso, torno al mio *caso*. Quando si sostiene o ritiene che col limitare l'uso del porto (7) si limita lo *status libertatis* dei cittadini si scambia l'un fattore od elemento della libertà con l'altro. Si ritiene cioè, in sostanza, che si limiti il potere di attività personale spettante a tutti i cittadini (e quindi il *Recht der Persönlichkeit* o *Individualrecht*: v. note prec.), mentre in realtà si limita il campo esterno in cui questa attività poteva esplicarsi. È un errore logico, a mio avviso, che le precedenti osservazioni dovrebbero mettere in luce. Per esser coerenti, coloro che accolgono questa opinione dovranno dunque ritenere che se il Consorzio del porto avesse per avventura emanato una ordinanza con cui vietava ai privati l'uso del porto o se lo avesse (in assurda ipotesi) materialmente ostruito, avrebbe con ciò limitato o leso lo *status libertatis* dei cittadini, ciò che mi sembra palesemente assurdo e contradditorio al concetto stesso di *status*. E se un privato (sempre in assurda ipotesi) avesse occupato il porto qual diritto dei cittadini avrebbe leso, secondo l'opinione che combatto? lo *status*? Non credo, perchè un privato non può limitare lo *status* di un altro. O forse riterranno che non avrà leso nessun dirito dei cittadini?

Ciò rivela che l'errore logico sopra notato non è del tutto innocuo nelle sue conseguenze giuridiche. Infatti seguendo l'opinione da

---

(6) Per conseguenza quando sorgesse il dubbio se un determinato atto lede piuttosto la libertà o una pertinenza (diritto reale) altrui, è la logica volgare che può darci la risposta, meglio di un testo di diritto. Tutti diranno che la belva che azzanna il domatore o si divincola contro il laccio che la soffoca, difende la propria libertà, ma se si azzuffa con un'altra che le contenda il covile o la preda, diranno che difende la pertinenza a se stessa di quei beni.

(7) In sostanza le prescrizioni del Consorzio sono di questa forma: « tu, commerciante, non potrai far uso del porto per scaricare e introdurre in terraferma nè per caricar sulle navi le tue merci, se non impiegando a ciò gli operai che io ti assegnerò, nelle ore che io ti stabilirò, coi mezzi meccanici che io ti fornirò, ecc. ». Limitano dunque l'uso del porto. Cfr. anche la nota seguente.

cui dissento, si dovrebbe concludere (come lo prova il *caso* da cui muove questa noticina) (8), che se un'amministrazione demolisce una strada od ostruisce un canale navigabile, i privati cui l'una e l'altro erano necessari pei loro traffici, potranno forse ottenere la revoca platonica del provvedimento, ma non la ricostruzione né i danni *ob rem*; se un privato occupa una strada, acquiescente l'amministrazione, un altro interessato non avrà (oltre ai reclami amministrativi) la *vindicatio usus*, ma solo eventualmente l'*actio iniuriarum* (per *iniuria* alla persona), se e quando per avventura se ne verifichino gli estremi e *item* se un privato fa ostruzionismo *ad aemulationem* su di un qualsiasi bene demaniale e cosí di seguito. Conseguenze tutte, che credo non soddisfacenti ed anzi incongrue nella nostra vita moderna in cui l'attività umana si intensifica e si rende più rapida e spedita di giorno in giorno, aumentando così il bisogno di precisione e di sicurezza nel funzionamento dei meccanismi mediante i quali si svolge.

Scartata questa costruzione errata, non è ancora risolto il problema: se il campo dei beni demaniali di uso generale sia aperto e sgombro a tutti (come l'aria e il mare) o se vi sia piuttosto una certa *appartenenza* di esso ai singoli soggetti, tutelata dal diritto (diritto dei singoli a tipo reale). In realtà dal lato logico sarebbe forse attendibile una costruzione che configurasse la *fornitura* di un campo demaniale (beni demaniali), aperto e sgombro all'attività di tutti, come un *fatto* dello Stato a cui i singoli hanno interesse e non diritto, interesse difeso dai reclami amministrativi ed eventualmente di illegittimità (contro lo Stato) e dall'*actio iniuriarum* quando l'impedimento all'uso assurga a lesione della personalità. Ma anche questa ultima costruzione condurrebbe alle stesse conseguenze giuridiche della costruzione sopra combattuta, conseguenze che io credo giovi evitare (9).

---

(8) Nella specie si trattava di *limitazioni* o più precisamente di condizioni (=requisiti) a cui veniva subordinata la possibilità giuridica e di fatto di usare del porto; ma in realtà subordinare a determinate condizioni l'esercizio o vietarlo sono provvedimenti che rispetto ad un determinato diritto appartengono alla stessa categoria logica: una siffatta limitazione non è che un divieto limitato.

(9) Gli autori che accettano questa costruzione debbono guardarsi dall'ammettere l'azione giudiziaria all'effetto del risarcimento dei danni per le limitazioni dell'uso dei beni demaniali, che *non* costituiscano *iniuria* alla persona, chè in tal caso (contro la loro tesi) innalzano l'interesse a diritto (tanto più che, a mio avviso, dovrebbero in tal caso logicamente ammettere l'azione anche in funzione vindicatoria): un ragionamento analogo vedo per es. anche in PEROZZI, cit. *Obbl.*, p. 26 nota 2. In questo risultato finisce per cadere fatalmente il JELLINEK a proposito di pubblici servizii (l.c. pag. 75) e mal se ne difende.

Cosicchè credo si possa pervenire alla costruzione di un diritto d'uso a tipo reale, che potrà *chiamarsi* anch'esso, se si vuole, diritto di libertà, ma nel secondo dei significati sopra notati, e cioè nel senso di *appartenenza* a qualcuno od a tutti di un mezzo materiale in cui esplicare la propria attività. Gli autori che costruiscono il diritto d'uso come un diritto di libertà *sui beni*, oscillano, a mio avviso, senza accorgersene, tra questa costruzione e la precedente, equivocando appunto sul significato di libertà (10). Io sono ben lungi dal voler tentare la costruzione di questo diritto d'uso dei beni demaniali in questa noticina: qui vorrei semplicemente rilevare l'opportunità di una revisione di questo punto del sistema e possibilmente mostrare anche la opportunità di riprendere il vecchio concetto di un vero e proprio diritto a tipo reale spettante ai privati, tanto più che la circostanza che la demanialità è dichiarata per legge e tradizionalmente, quasi istintivamente ormai, la si ascrive al diritto civile (c. civ. art. 425 e s.), offrirebbe una base positiva a siffatto assunto (11). Ma io credo che in questo caso si dovrebbe affrontare risolutamente la difficoltà di costruire un diritto (ad immagine reale) *sui generis* per quanto al contenuto; diritto spettante *in potenza* a tutti i cittadini, *in atto* a coloro che ne abbisognano dal momento e in quanto ne abbisognino (diritto avente cioè il proprio titolo attuale nel bisogno dell'uso), ritenendosi tra più richiedenti *prior in tempore potior in iure*. La possibilità di costruire tale diritto sulla cosa discende dalla limitazione delle cose demaniali da un lato e dalla limitazione di coloro che ne abbisognano in ciascuna unità di tempo dall'altra; diritto necessariamente *sui generis* in quanto è « corporativo », come ben fu detto (12) e cioè discendente dall'appartenenza del soggetto allo Stato (salva la eventuale parificazione, che è contingente, degli stra-

---

(10) MAYER cit. e JELLINEK, e forse ROMANO.

(11) Questo assunto fu sostenuto tra noi specialmente dal MEUCCI, *Ist.*, p. 378-416, ma è innegabile che la sua costruzione non resiste alla critica. Credo tuttavia che a tale risultato l'abbia tratto lo sforzo, evidente nelle sue pagine, di voler configurare il diritto d'uso dei beni demaniali su qualche tipo di diritto reale, già noto e ben delineato nel diritto civile. Per questa via dopo aver detto che il diritto d'uso è un diritto privato (pag. 386), l'A. giunge viceversa alla conclusione (p. 393), che si tratta di una comproprietà pubblica (?).

Che il diritto d'uso dei beni demaniali sia un vero diritto con contenuto patrimoniale, parmi ammetta il SARWEY, *Off. R.*, § 44, p. 501 e s., ma non si cura di definirlo.

(12) Così lo stesso ROMANO in *Princ.* l.c.

nieri). Con questa costruzione si porterebbe in sostanza sotto l'impero del diritto civile, ciò che inopportunamente ora si suol respingere tra gli affari di polizia. E sarebbe pur sempre un progresso, tanto più che analoghe soluzioni dovrebbero valere in vari casi, per i servizi pubblici, che vanno oggimai complicandosi a vista d'occhio, offrendo spesso troppo scarse garanzie *civili* del loro esatto e sicuro funzionamento (13). Il che da un certo punto di vista, sarà lumeggiato forse dalle osservazioni che seguono.

La IV sezione respinse il ricorso dei commercianti genovesi, perchè ritenne che la legge autorizzasse il Consorzio perfino ad organizzare il servizio di carico e scarico nel porto come servizio pubblico, dal che la legittimità *a fortiori* dei provvedimenti impugnati, che essa IV sezione assimilò precisamente ad una organizzazione di pubblico servizio. Io non so se la legge, oscura ed ambigua, avesse veramente siffatta portata. Il *caso* però serve a mostrare come il porto *possa* eventualmente divenire stromento di un pubblico servizio (carico e scarico delle navi). Il che lumeggia la analogia, anzi vorrei dire l'identità di funzione tra servizio pubblico e uso pubblico dei beni, quasi che siano due forme successive (l'una meno, l'altra più complessa) di soddisfazione degli stessi bisogni collettivi. Il bene demaniale d'uso pubblico serve alla soddisfazione di un bisogno collettivo, in quanto gli individui portatori dei bisogni (individuali), terminali del bisogno collettivo, possono soddisfare direttamente e automaticamente questi bisogni utilizzando il bene stesso (che è sempre stromentale) mediante i propri mezzi privati. Per es.: il porto serve al bisogno collettivo della viabilità e delle comunicazioni, in quanto i commercianti caricatori e scaricatori, i viaggiatori, gli uffici postali, utilizzando il porto in combinazione coi mezzi di trasporto privati (navi, chiatte, pontili, ecc.), possono soddisfare quei bisogni propri individuali (carico e scarico, imbarco e sbarco) da cui

---

(13) Vedo con piacere che la Cassazione di Roma con sentenza 11 dicembre 1906 (*Temi Gen.*, 1907, pag. 33) ha ritenuto implicitamente, che il ritardo da parte del Consorzio nel fornire ad un commerciante gli operai richiesti per una operazione di scarico, dà diritto a costui d'esser risarcito. Questo ritardo non è che un ostacolo posto all'uso del porto: se dà diritto a risarcimento vuol dire che c'era diritto all'uso (tempestivo), ciò che nel caso discusso qui nel testo, la Cassazione avea negato. La motivazione della sentenza tenta sfuggire a tale contraddizione, ma con dubbio risultato. Ciò sta a dimostrare in ogni modo che anche il Supremo Magistrato ha sentito il bisogno di garantire *col diritto civile*, il funzionamento del porto.

risulta la soddisfazione del bisogno collettivo (comunicazioni). Così si spiegherebbe come il diritto all'uso del bene demaniale abbia il titolo nel bisogno, secondo la possibile teoria che abbozzavo testè, dacchè questo bisogno individuale è in funzione del bisogno collettivo. Può venire un giorno in cui questa soddisfazione automatica e diretta dei bisogni individuali mediante il bene demaniale diviene impossibile od insufficiente (per es. per la complicazione delle operazioni necessarie, o per la limitazione dei beni demaniali o altro): ecco che il semplice fornire all'uso pubblico il bene demaniale diviene insufficiente alla soddisfazione del bisogno collettivo; nasce la necessità di fornire non più il semplice stromento (bene demaniale: es. porto), ma lo stesso servizio già organizzato (es. servizio di carico e scarico) ai portatori dei bisogni individuali, terminali del bisogno collettivo.

Il diritto all'uso si trasforma nel diritto al servizio. Questo processo secondo il pronunciato della IV sez. del Consiglio di Stato, si è ormai quasi compiuto rispetto al porto di Genova per quanto al carico e allo scarico delle navi.

Questo dato offerto dalla pratica parmi non debba esser trascurato nella formulazione della teoria della demanialità; soprattutto parmi ponga in dubbio l'affermazione accolta e ripetuta da molti, che la demanialità repugni agli stromenti di pubblici servizii (14) ed è questo un secondo punto della controversia da cui mosse questa noticina, sul quale parmi utile richiamare l'attenzione degli studiosi.

---

(14) Il RAGGI nella nota cit. si tien fermo a questa tesi (citando RANELLETTI in *Riv. It.*, XXV, p. 23 e s.), e giustifica la legge e la decisione della IV sez. osservando, che per il carico e scarico delle navi occorre altresì l'uso di cose pubbliche patrimoniali e che i provvedimenti del Consorzio possono considerarsi come diretti a disciplinare e sottoporre a condizioni l'uso di tali cose. La soluzione è senza dubbio molto ingegnosa. Ma non basta a togliermi il dubbio che sia da sottoporsi a revisione la tesi da cui parte.

A PROPOSITO DI FONOGRAFI E DEI DIRITTI DI CHI CANTA

[1913]

SOMMARIO: I. *La « cosa mentale »*. — II. *Le cose corporee*. — III. *Il canto e i fonogrammi*. — IV. *Diritti di chi ha cantato*. — V. *De iure condendo*.

I.

La « cosa mentale »

Ha ritenuto la Corte di Milano che chi suona o canta della musica d'altri, abbia poi « diritti d'autore » in ordine alla « esecuzione » o al canto che ha modulato, se un apparato fonografico ne abbia impressi sulle sue cere i segni.

Non credo che questa proposizione, allo stato della legge vigente, sia fondata. Ma di ciò ragioneremo fra un momento (*infra* III).

Vorrei rilevare intanto e prima di tutto come la Corte stessa riconosca, che i supposti ed affermati diritti d'autore non fanno e non farebbero tuttavia acquistare a chi ha suonato o cantato, la proprietà di quelle cere. E per verità dovrebbe essere una constatazione molto banale questa: che i diritti d'autore non sono *mai* titolo nè modo d'acquisto della proprietà di cose corporali.

La nostra legge « sui diritti spettanti agli autori delle opere dell'ingegno » intende assicurare in sostanza ed entro certi limiti agli « autori » stessi la facoltà « esclusiva » di impedire — o viceversa di concedere ad altri, anche per prezzo — di pubblicare o riprodurre le loro « opere ». Ma per ottenere questo risultato, la legge non altera

---

Questo scritto (che nelle sue origini era un parere) fu pubblicato da prima come nota alla sentenza della Corte di Milano 1 ottobre 1912 in Foro it. 1913. Riveduto ed espurgato dalle scorie professionali fu poi ristampato in un opuscolo a sè stante (Parma 1913) che qui riproduco.

per nulla il regime ordinario della proprietà o quanto meno dei modi di acquisto della proprietà, in ordine agli esemplari corporali o corporei delle opere stesse. Essa vi provvede invece ponendo al servizio dell'« autore » un sistema di divieti di fabbricare, di commerciare e altri simili, imposti a tutti gli altri soggetti fuor che a lui, divieti i quali hanno piuttosto il carattere di limiti alla libertà altrui, e così a quella che si chiama libertà industriale, libertà di commercio e simili (1).

È vero che tali divieti possono apportare (*es.*, *infra*, III) anche dei limiti — sia pure indiretti — al diritto di godere e di disporre di esemplari materiali o corporei dell'opera, ed è vero ancora che fra le sanzioni — penali, si noti bene! — che vi si accompagnano, figurano anche delle misure di spropriazione di esemplari corporei, e di sequestro, e quel singolare « deposito » in museo per autorità del giudice, dell'art. 38. Ma cotesti limiti, appunto perchè in funzione di sanzione di *altre* norme, *extrinsecus veniunt* rispetto al regime della proprietà di cose materiali, simili in questo, per esempio, alla confisca, che per l'art. 36 cod. pen. può colpire il proprietario delinquente. E rimangono in ogni modo in vigore, inalterate rispetto ad esse cose, le norme del codice civile sui modi d'acquisto (2).

---

(1) La limitazione della libertà altrui crea all'autore un nuovo e ben definito *campo* d'azione, riservato a lui (che è poi il « diritto *esclusivo* di pubblicare ecc. », di cui all'art. 1 della legge), necessariamente analogo *per la sua struttura* ai diritti di proprietà, *campi* d'azione che risultano anch'essi da divieti, e cioè da limiti alla libertà, posti agli altri (vedi da ultimo, su questo punto, il mio volume: *Il giudizio civile con pluralità di parti*, n. 111 e segg. e note 161-162), ma assolutamente diversi per il contenuto. Da ciò la disputa — mal posta — se il diritto d'autore sia riducibile al tipo proprietà e poi il concetto dell'*Immaterialgüterrecht*, su cui da ultimo De Gregorio, *Contratto di edizione*, n. 10 e segg. Su un più recente tentativo di ridurre per altra via il diritto d'autore a proprietà vedi la nota seg.

(2) Un'idea radicalmente diversa, anzi opposta, ha lanciato di recente Carnelutti in una sua nota alla sentenza del Tribunale di Milano 19 febbraio 1912 (*Riv. di dir. comm.*, 1912, II, pag. 925 e segg.), prospettando la possibilità di ridurre il diritto d'autore a vero ed autentico diritto di proprietà sull'idea incorporata in ciascun esemplare materiale dell'opera, quasichè l'idea stessa vi si ritrovasse come cosa (materiale) congiunta, ma giuridicamente distinta, come è l'energia elettrica in un accumulatore (infusa? commista? *adplumbata*?). Ecco: non si può non ammirare la nota come razzo d'ingegno, i francesi direbbero *à épater le bourgeois*. Ma di quella pretesa proprietà dell'autore nel senso dell'art. 536 cod. civ. non solo nella legge speciale non c'è la menoma traccia, ma nessuna delle sue disposizioni fondamentali si lascia, a mio avviso, ragionevolmente costruire su quella base e in quel senso. Lo

Questo vale anche per gli esemplari corporei « originali » delle opere dell'ingegno, come per tutti gli altri, senza distinguere. La chiave e la base del sistema della legge or ora adombrato, sta infatti nel concepire l'« opera dell'ingegno » come qualche cosa che sta fuori e *prima* di qualunque suo esemplare corporeo, come pura immaginazione o ideazione, e di cui qualunque esemplare corporeo, anche l'« originale », è traduzione, esecuzione o riproduzione.

Qui sta il punto critico della tesi, perchè questo modo di concepire l'opera e le sue riproduzioni si discosta dal parlare e dal pensar volgare.

Bisogna ricordare come l'opera dell'ingegno viene al mondo: da quell'oscuro tumulto d'immagini e d'intuizioni, che accompagnano in tutti noi tanti atti della nostra vita e l'affacciarsi di tanti suoi problemi, fa opera dell'ingegno, nel senso della legge, chi ne libera un'immagine, un ragionamento, un gruppo di osservazioni, e queste elabora e polisce a tal forma di idea o di fantasma, da poter essere in qualche modo rappresentata *agli altri* per mezzo d'un fatto o d'un oggetto, fisico, corporeo. Fatto od oggetto (serie logica di parole o armonica di note, combinazione di linee o di colori, sagoma marmorea o morbida cera), non importa, semprechè serva a risvegliare negli altri che lo percepiscano, un immaginare o ragionare analogo a quello dell'autore. L'immaginare o il ragionare dell'autore, ridotto nella sua mente a questa forma nitida e polita, rappresentabile nel fatto o nell'oggetto che servirà in qualche modo di mezzo di comunicazione spirituale con gli altri, è appunto l'opera dell'ingegno allo stato *puro*.

Dicono che Leonardo contemplasse accidioso in atto, per ore e per giornate, il muro grezzo del Cenacolo « cercando con la mente l'invenzione »: quell'« invenzione » era ed è opera dell'ingegno, e non lo strato di colore che la salsedine del muro rode e distacca.

Ed è dello stesso Leonardo la espressione più icastica per caratterizzare il puro fantasma artistico: « *cosa mentale* ».

---

stesso CARNELUTTI non ha data, del resto, nè tentata dimostrazione in proposito, limitando in sostanza il suo sforzo a dimostrare che ciò che afferma è *pensabile*.

Maggiori sviluppi del suo concetto della energia-cosa agli effetti giuridici si trovano in *Riv. di dir. comm.*, 1913, I, 254 e segg. (*Studii sulle energie come oggetti di rapporti giuridici*), a proposito di somministrazione di energia elettrica e di contratto di lavoro, ma non vi si trova ulteriormente sviluppata l'idea lanciata con la nota di cui sopra.

II.

La cosa corporea

Discende dalle stesse premesse concettuali or ora adombrate, e si spiega con ciò, come la legge, per quel che riguarda il regime della proprietà o meglio dei modi d'acquisto della proprietà, possa considerare *tutti* gli esemplari corporei delle opere dell'ingegno, e quindi *anche gli « originali »*, ad una stessa stregua, senza distinguere, rinviando per tutti, senza distinguere, al codice civile. Al codice civile pertanto bisogna chiedere, in proprietà di chi cadono, nascendo, essi esemplari corporei, compresi gli « originali ».

Ed allora è inesatto quel che volgarmente si pensa e si dice: che la statua è dello scultore o il quadro del pittore « perchè » è una sua opera dell'ingegno o, ciò che torna lo stesso, un'opera del *suo* ingegno. La legge speciale non dice niente di questo genere, e quanto al codice civile, a cui essa rinvia, esso non conosce in sè e per sè l'ingegno nè l'opera dell'ingegno come titolo o modo d'acquisto. Sarà ben vero, di solito, che la statua nasce in proprietà dello scultore, ma perchè era suo il marmo o suo il bronzo o perchè egli stesso con la sua « mano d'opera » lo ha specificato, e vengono allora in applicazione gli art. 463 e segg. del codice civile. E può anche essere, del resto, che statua o quadro nascano in proprietà altrui, se l'artista nel produrli non lavorava *suo nomine*. Di Leonardo è l'« invenzione » della sua cena, ma la pittura sul muro è nata e sarebbe nata in ogni modo proprietà di quei frati. E palazzi e monumenti, per quanto mirabilmente ideati dall'architetto, non per questo nascon suoi. È sempre il codice civile che decide; e in questi ultimi casi non solo con le sue norme sull'accessione, ma con quelle sui contratti.

Tutte queste constatazioni e ragionamenti eliminano l'equivoco a cui si prestava il caso deciso dalla Corte di Milano.

Nel caso deciso, un artista pretendeva la proprietà dei dischi fonografici che recavano materialmente impressi i segni del suo canto, perchè — diceva — venivano a raccogliere anzi ad *esser* così un'opera del suo ingegno. In realtà non era che troppo facile assimilare quei segni sulla cera al segno della spatola del modellatore, e la cera stessa pertanto all'originale materiale, corporeo, dell'opera di canto, con che, secondo il pensar volgare, si sarebbe dovuto concludere che l'assunto era fondato. Ma le considerazioni ed i ragiona-

menti svolti più sopra additano l'errore che lo vizia, eliminato il quale errore, diventa inutile per la questione della proprietà dei dischi anche il ricercare, se l'artista avesse o non avesse sul suo canto diritti di autore: della proprietà dei dischi come cose corporee deve decidere in ogni caso e in ogni modo il codice civile.

Ma anche in materia di codice troviamo una questioncina elegante.

Bisogna innanzitutto aver presente il caso, che è questo: un imprenditore industriale fabbrica i dischi con un certo suo sistema, per cui i suoni vengono impressi con l'aiuto di una macchina apposita, e per mezzo di uno speciale processo di incisione, in un discomatrice, negativo, per così dire, sul quale vengono poi formati o possono venir formati infiniti dischi positivi, atti cioè ad esser applicati ai fonografi. E pone in commercio questi ultimi. Questo industriale conchiude con un artista di canto un contratto, con cui l'artista si obbliga a cantare esclusivamente per lui, per tanti anni, dei brani o dei « pezzi », come si dice, di musica, onde ricavarne, col processo or ricordato, dei dischi; e come compenso l'artista stesso si stipula una certa percentuale su tutti i dischi che saran venduti in quegli anni. Il contratto ha regolare esecuzione per del tempo. Ma poi un bel giorno, per ragioni che qui non interessa analizzare, l'artista chiede la risoluzione del contratto per inadempimento dell'industriale fabbricante, e in questa ipotesi pretende la restituzione dei dischi matrice su cui sono impressi in segni, i brani che egli ha già cantati, perchè, egli afferma, quei dischi son « suoi ».

Supponendo che l'ipotesi si avveri, si tratta di sapere se egli ne abbia effettivamente acquistata la proprietà. Questo è il caso e questo il problema.

Dato ora che la materia non era sua (dell'artista) egli non potrebbe vantare altro titolo, secondo il codice civile, che la specificazione per l'art. 470.

Niun dubbio che il suo canto si possa considerare in questa funzione alla stregua di « mano d'opera ». Nè di siffatta qualificazione può offendersi l'artista che canta, come se fosse per lui offensiva o disdicevole. Essa si può applicare infatti anche al lavoro dell'autore necessario a foggiare l'originale corporeo della sua opera d'arte. Si narra che Michelangelo mettesse mano talvolta al mazzuolo e allo scalpello. Ma lo facesse lui stesso in persona e lo facessero i suoi aiutanti, sbozzare il marmo era sempre lavoro fisico, di mano d'opera. Così, poi che il canto « fonografato » concorre a trasformare cosa

in cosa, bruta cera o metallo in disco fonografico, evidentemente viene a far parte secondo l'art. 470 della « mano d'opera », con cui la trasformazione si compie.

Ma tutto ciò premesso ed ammesso, può dirsi che a buon diritto l'artista di canto vanti nella specie il titolo di cui all'art. 470?

Non lo credo. La specificazione può costituire come ho detto, titolo di acquisto per l'artefice quando sia compiuta da lui, per sua iniziativa e per suo conto, *suo nomine*, come dicono i giuristi romani, mirabili scrittori sempre quando ci vedon chiaro. « Quum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit... », si legge in un passo di GAIO, *rer. cott.* (in D. fr. 7 § 7 *de acq. rer. dom.* 41, 1), e inversamente in un passo di CALLISTRATO, *Inst.* (in D. fr. 25 *eod.*), « propter consensum.. domini tota res eius fit cuius nomine facta est ».

Ma nel caso nostro l'artista cantava e avea cantato, là davanti alla cieca macchina fonografica, per iniziativa e per incarico dell'industriale, che aveva ideata e organizzata e tutelata coi brevetti la produzione dei dischi, e che per essa forniva tutti gli altri elementi, a cominciar dall'ambiente, le cere e il metallo, le macchine e l'opera degli artefici. Ed era retribuito l'artista per cantare là davanti. Sta bene che era retribuito con una partecipazione sugli utili, e correva così anch'esso in questo senso l'alea dell'impresa, ma ciò non muta carattere alla retribuzione; lo dice perfino, e non si sa che bisogno ce ne fosse, l'art. 86 del codice di commercio. Nessun dubbio pertanto che quei dischi venissero al mondo come cosa dell'industriale imprenditore.

La questione, che resta ad esaminare, però è un'altra e cioè questa: se, risolto per ipotesi il contratto fra l'industriale e l'artista, le regole della specificazione non divengano applicabili *ex post facto*.

La Corte la ha esaminata, sia pure in subordine; e in proposito leggo ora una nota di MUSATTI, che, precisando meglio, la prospetta all'incirca in questi termini: pronunciata la risoluzione del contratto, le cose tornano nello stato in cui erano, come se l'obbligazione non avesse mai avuto luogo: art. 1158. Bisogna dunque trovare un'altra legge, non contrattuale, che regoli i fatti e i prodotti del rapporto già posti in essere. Questa legge potrebbe anche essere data dalle norme sulla specificazione. (3).

---

(3) MUSATTI, *Specificazione e personalità* (nota alla stessa sentenza della Corte

Neanche questo mi persuade, perchè non credo esatto il punto di vista o meglio il punto di partenza, secondo il quale, risoluto il contratto, le cose dovrebbero tornare nello stato in cui erano, come se l'obbligazione non avesse mai avuto luogo. Per ritenerlo esatto, bisognerebbe ritenere che la risoluzione per l'art. 1165 abbia sempre effetto retroattivo nel senso degli artt. 1158 e 1170 (o, come si dice, effetto *ex tunc*), anche in materia di contratti continuativi, quale è quello di cui si discute: contratto continuativo di somministrazione di lavoro contro mercede (locazione, come vedremo). Questa tesi ha avuto, da noi, l'onore della maggiore e migliore trattazione, da parte di BARASSI (4), ma tuttavia men che mai mi convince. BARASSI come altri, tratta per questo lato la risoluzione dell'art. 1165 alla stessa stregua della risoluzione dovuta al verificarsi di condizioni risolutive espresse, apposte dalle parti. Ora quanto a queste ultime potrei anche accettare ciò che egli scrive (salvo dare maggior peso in concreto alla intenzione delle parti stesse). Ma non così quanto al caso dell'art. 1165. Secondo me, infatti, è nello spirito di questa disposizione, dettata da motivi di opportunità pratica e di equità, che ci debba essere una tal quale proporzione tra l'inadempimento (causa) e la risoluzione (effetto.) La risoluzione può e deve esser pronunciata in quanto e per quanto l'inadempimento verificatosi, ragionevolmente la giustifica. Ed è proprio la necessità, testualmente riconosciuta, che la risoluzione sia pronunciata *causa cognita*, che fa salvo quel che io credo lo spirito della disposizione legislativa. Ciò posto o supposto, io domando: un fatto di inadempimento che sopravvenga, per esempio, in corso di locazione, quando questa ha già avuto per del tempo il suo pieno ed esatto adempimento, dando luogo in quel periodo a dei fatti o dei prodotti per sè completi e perfetti, giustifica, può giustificare, sempre e necessariamente, la risoluzione *ex tunc*, cioè la imposizione alle parti stesse di regolare (*nunc* cioè *ex post*) la loro reciproca posizione, come se tutto quanto è già avvenuto in pieno ed esatto adem-

---

di Milano 1 ottobre 1912, che sto annotado anch'io) in *Riv. di dir. comm.*, 1913, II, pag. 309 e segg.

(4) BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, pag. 477 e segg. In contrario, e cioè nel senso da me sostenuto nel testo, ma con incerte giustificazioni, è la prevalente dottrina francese (cfr. per tutti LAROMBIÈRE, *Obl.*, II, n. 72, e segg., all'art. 1183 *code civil*) e italiana (GALLAVRESI, *La condizione risolutiva sottintesa nei contratti bilaterali*, n. 59).

pimento del contratto, avesse avuto luogo viceversa (uso le parole di BARASSI) *senza* preventivo accordo fra loro? Se questo avesse voluto prescrivere sempre e necessariamente il legislatore con l'art. 1165, avrebbe prescritta la cosa più balorda che si potesse pensare. Ma il contrario risulta, a mio avviso, oltrechè dal suo testo e dalla sua *ratio* e dalla sua storia, da applicazioni sparse in materia di contratti continuativi, che ci sono nella legge stessa e così, per dirne una, dall'art. 1735 in cui l'inadempimento vien menzionato insieme con l'inettitudine fisica sopravvenuta, e così anche dall'art. 1741 *code civil* che non credo *sostanzialmente* mutato diventando il 1595 del nostro codice (5). Per il nostro caso risulta anche dal confronto con quanto avviene nel recesso unilaterale, tanto più che son d'accordo con BARASSI, che va riportata a questo campo la disposizione dell'art. 1641, e che questa ha un significato e un valore generale (6).

Non credo dunque che, risoluto giudizialmente il contratto, sia pure per colpa dell'industriale, si debbano regolare i destini del prodotto, fra cui i dischi venuti al mondo quando esso trovava la sua piena e perfetta esecuzione, *come se* fosser stati generati *fuori* d'ogni rapporto contrattuale fra le parti.

In ogni modo, neanche ammettendo la risoluzione *ex tunc*, si potrebbe poi ragionevolmente ricorrere alle norme sulla specificazione, e così, per esempio, all'art. 470, che invocherebbe, con qualche esitazione, nella sua nota MUSATTI (7). L'art. 470 suppone infatti che si pongano sulla bilancia dei valori, la materia da un lato e la « mano d'opera » dall'altro. Ma nel caso nostro ci sono anche degli altri elementi da tenere in conto, per cui non bastano più i due piatti della bilancia e la regola dell'art. 470 non s'attaglia più; c'è il lavoro che nella produzione dei dischi ha pur conferito l'industriale; c'è soprattutto da parte sua la ideata e avvenuta organizzazione della produzione, che nessuna risoluzione di contratto può più cancellare; c'è in proposito l'uso dei suoi processi brevettati. Tentare una valutazione comparativa di questi elementi, per far prevalere magari la « mano

---

(5) In questo senso, sull'art. 1741 *code civil*: CROME, *Le teorie fondamentali del dir. franc. delle obbligazioni*, trad. Ascoli e CAMMEO, § 16, nota 44, mentre in genere afferma anch'egli con argomentazioni scolastiche la retroattività. Contro CROME, sull'art. 1741-1595, BARASSI, *Contr. di lavoro*, nota 2 a pag. 479. Per il contratto d'assicurazione cfr. VIVANTE, *Foro it.* 1902, I, 334 e segg.

(6) BARASSI, *Contr. di lavoro*, pag. 862 e segg.

(7) Nota cit. in *Riv. di dir. comm.*, 1913, II, pag. 311 e segg.

d'opera » del cantante, non sarebbe più applicazione del 470 cod. civ., ma mero arbitrio.

Sempre secondo la tesi (che io contesto) della risoluzione *ex tunc*, meno che mai si potrebbe ricorrere poi con MUSATTI, al diritto di personalità, per decidere della proprietà dei dischi. Caduto il contratto « ... mi pare impossibile, mi pare intollerabile — osserva in questo campo il MUSATTI, con la sua consueta eleganza di frase — *non può* essere nel diritto di terzi contro la mia volontà la mia voce; e nemmeno il semplice potere di rifarla viva, in parola o in canto » (8). Senonchè l'osservazione non mi pare decisiva nè, forse, concludente per la questione della proprietà dei dischi: rilevante potrebbe essere, se mai, per la questione del diritto di servirsi ulteriormente delle matrici, diritto di cui passerò a parlare fra un momento, ma non per la proprietà dei dischi. La ribellione più che altro istintiva che ha dettate quelle parole, non ha più ragione d'essere, dal momento che l'artista stesso ha messo in commercio la sua voce, cioè appunto « il potere di rifarla viva in parole o in canti ». Ne subisce le conseguenze. Nè avverrebbe diversamente, per passare ad un altro esempio di MUSATTI, se una qualunque modella avesse messo o fatto mettere in commercio, contrattando con un fotografo, le riproduzioni delle sue beltà, magari callipigie.

Tirando le somme: i dischi come cose corporee, son venuti al mondo in proprietà dell'industriale. Nessuna delle vie tentate per ritogliergli questa proprietà al momento della risoluzione del contratto conduce a risultati persuasivi. E per conseguenza si deve anche ritenere che i dischi da lui venduti prima della risoluzione, sono stati (bene) venduti *a domino*.

III.

Canto e fonogrammi

La conclusione alla quale sono pervenuto circa la proprietà dei dischi come cose corporee, non esaurisce però il tema sottoposto al giudizio della Corte di Milano ed ora al nostro esame. Rimane da decidere se l'imprenditore, rimasto proprietario delle matrici, abbia

---

(8) Nota cit., *ib.*, a pag. 315 e segg., in ispecie in fine (pag. 318).

ancora il diritto o la facoltà di riprodurre ulteriormente dei dischi e commerciarli.

Qui potrebbe entrare in campo per davvero il problema se l'artista che ha cantato o suonato abbia diritti d'autore sulla sua « esecuzione », in quanto riproducibile con quei meccanismi. Cotesti diritti, se sussistessero, potrebbero apportare senza dubbio delle limitazioni alla libertà-facoltà dell'industriale di fabbricare e commerciare, non ostante che egli abbia acquistata la proprietà delle matrici corporee. Per una vaga analogia si può ricordare come sia stato deciso, per esempio, che l'acquisto della proprietà di un manoscritto, non implica necessariamente l'acquisto del diritto di riprodurlo. Riprendiamo dunque il caso nostro *ab ovo*.

È fuor di dubbio che chi suona o chi canta musica altrui (ed abbia anima d'artista) deve aver ricomposti nella propria mente i motivi melodici, le soluzioni armoniche e toni e tempi e accentuazioni espressive o sentimentali della musica che « eseguisce ». In una parola deve aver « interpretata » (come si suol dire) la « composizione » del musicista ed offre a chi ascolta la propria interpretazione. Ma ho già accennato più sopra che agli occhi della legge vigente, « opera dell'ingegno » è l'invenzione, il fantasma mentale (la « cosa mentale » di Leonardo). Ora si può dire che quel travaglio dell'interprete per cui la musica cantata o suonata da lui esce ridotta al *suo* modo, alla *sua* forma di intenderla e di esprimerla con la *sua* voce o il *suo* istrumento costituisce (sempre, ben si intende, agli occhi della legge) una ideazione originale ed autonoma e pertanto un *nuovo* fantasma? Il problema ha assunta una importanza del tutto inattesa proprio per effetto dei nuovi processi fonografici che (bene o male) consentono di riprodurre meccanicamente gli stessi suoni all'infinito. Questi non possono essere se non i suoni dell'opera-composizione musicale eseguita e « interpretata » dall'artista. E allora quale è l'opera che si deve considerare riprodotta a sensi e per gli effetti della legge sui diritti d'autore? quella del compositore o quella del cantante?

La legge è completamente muta a questo proposito per la buona ragione che ai suoi tempi nessuno pensava neanche per sogno a congegni di quel tipo. Il primo fonografo riproduttore, fu fabbricato se non erro, da Edison nel 1887, ma neanche Iules Verne giunse ad immaginare quali ne sarebbero state le fortune. Qualche vaga somiglianza ci può essere con i problemi che erano sorti (e che la legge non ha del tutto ignorati) per altri generi di opere d'arte. Ma i modi

di incorporazione e di estrinsecazione dell'opera e di eventuali interpretazioni o riproduzioni sono così diversi che non se ne può ricavare neppure qualche analogia normativa. Non è chi non veda, per esempio, la differenza che c'è (agli effetti che qui interessano) fra un'opera dell'ingegno la quale trovi per gli altri la sua espressione piena e perfetta in una cosa corporea *inconsumabile* in questa sua funzione, come è la statua, il quadro, il palazzo, che non dilegua mentre appare ed infinite volte può deliziare chi lo contempla, oppure viceversa in atti che si esauriscono nel compierli, come il recitar sulla scena o il muovervi in danza o il modulare un suono.

Il caso nostro appartiene a questo secondo genere: la musica nella sua espressione piena e perfetta non può pensarsi se non come serie di suoni, che dileguano mentre si fanno udire; « ci tocca dentro e s'allontana » — dice un delicato verso recente — « e torna sì, ma non s'arresta mai ». Esclusa pertanto in questo genere di casi la possibilità di una qualsiasi analogia normativa, bisogna pensare che resti affidato al (buon) senso comune il giudizio se la interpretazione-esecuzione si possa considerare come opera *nuova* (originale ed autonoma) alla stessa stregua della composizione del musicista e secondo quel concetto dell'opera d'arte o dell'opera dell'ingegno che ha adottata ai suoi tempi la legge sui diritti d'autore, invecchiata ormai fin che si vuole, ma ancora in vigore. E spetterà poi ai commentatori appurare, se i congegni pratici delle sue disposizioni, si prestino ad essere applicati anche alla interpretazione-esecuzione che si faccia col suono o col canto (e che sia poi meccanicamente riproducibile in quei modi che sappiamo).

Dal primo punto di vista (concettuale) direi che il giudizio del (buon) senso comune è negativo: comunemente si pensa cioè che si possa recitare una commedia altrui o cantare una altrui melodia senza per questo ridurla ad opera nuova; non pensiamo cioè che sia opera nuova finchè giudichiamo, come ci avviene ogni giorno, che la commedia o la musica recitata o cantata davanti a noi è *quella stessa* che altri aveva ideata o composta. E a questo effetto, la pietra di paragone ci è data dalla scrittura o notazione simbolica.

Per la musica come per il discorso, sono stati escogitati infatti dei segni simbolici di notazione, osservando i quali gli iniziati possono fingersi o figurarsi nel loro cervello parole e musica, come se le percepissero in atto. Anzi è caratteristico della storia della civiltà lo sforzo di perfezionare e divulgare i sistemi di notazione. Così ci avviene di dover decifrare dalle aride pagine d'un libro il poema

che i nostri antichi udirono dalla viva voce del cantore. Orbene in questo campo, secondo il dato del senso comune, pensiamo e chiamiamo opera dell'ingegno l'invenzione o ideazione come ed in quanto può esser fissata con la scrittura, e neghiamo che il canto, la lettura o la recitazione possano darci un'opera *nuova* e diversa, finchè, esprimono quel che fu scritto o notato da altri, per quanto del suo cuore o del suo cervello v'abbia poi messo chi ha letto, cantato o recitato. E si capisce. In fondo in fondo il lavorio intellettuale che deve aver fatto quest'ultimo, è omogeneo a quello che dobbiamo o dovremmo far noi leggendo, per comprendere il pensiero dell'autore e dividerne le emozioni, piuttosto che a quello che l'autore stesso ha fatto creando o componendo e scrivendo. Anche noi, quando leggiamo il dramma, bisogna che pensiamo le persone ed i gesti, e se noi leggiamo la musica, bisogna che udiamo dentro di noi le note come se nel nostro cervello si cantasse: è tutto un lavoro di sviluppo e di reintegrazione della espressione necessariamente mutilata anzi ridotta a figurazioni embrionali nella notazione simbolica, che noi dobbiamo compiere in noi stessi, ed è questo medesimo che vediamo tradurre in azione da chi canta o recita dinanzi a noi. E allora è naturale, è inevitabile che assegniamo il lavoro di costui, che recita o che canta, alla categoria del lavoro di riproduzione e non a quella della creazione di opere nuove, e pensiamo viceversa l'opera scritta o notata, come se portasse già in sè ed in potenza tutti questi sviluppi. Di Wagner possente, fu detto che « mille anime intona ai cantanti metalli », e non dell'orchestra o del suo direttore.

Per quanto concerne poi la possibilità di adattare ed applicare nell'ordine pratico le disposizioni della legge sulle opere dell'ingegno alla esecuzione-interpretazione che si fa col suono o col canto, direi che bisogna giungere ad una soluzione altrettanto negativa. E questa è nello stesso tempo anche la riprova della soluzione precedente. Non si prestano infatti ad essere applicate al caso le norme sulle formalità (artt. 21 e segg.) o quelle sui termini, sulle decorrenze etc. Comunque rimarrebbe sempre insolubile il problema della concorrenza o della conciliazione coi diritti del compositore. Per tentare di risolverlo a somiglianza di quello che ha fatto la legge, con norme singolari, in materia di traduzioni o di diritti del « librettista » e del compositore della musica, bisognerebbe fare delle *freie Rechtsfindung* (ciò che è estraneo al nostro sistema).

Ne concluderei pertanto che l'artista *non* ha diritti d'autore *nel senso della legge, t.u. 19 settembre 1882*, in ordine alla sonata o al canto, ch'egli moduli su musica altrui.

IV.

I diritti di chi ha cantato

Ma allora (mi si chiederà) se quella della legge sui diritti d'autore è una via che non conduce, l'artista che ha cantato davanti alla diabolica macchina, non avrà dunque nessuna protezione? E l'industriale divenuto proprietario delle matrici potrà dunque ricavarne sempre nuovi dischi e venderli a scopo speculativo, senza limiti e senza termini? A queste conseguenze si ribella istintivamente o per intuito il nostro senso giuridico. È la ribellione della quale si è fatto antesignano Musatti. Ed io concordo pienamente con lui nel fine e nello spirito, ma bisogna poter dare una base positiva più attendibile alla soluzione che si va ricercando.

Ricorderò allora come sia principio del nostro ordinamento giuridico, che nessuno può trar profitto, per sè, del lavoro di un altro, se non in quanto ne abbia (o ne abbia acquistato) il diritto per legge o nei modi che la legge consente. Al quale effetto bisogna capacitarsi che lavoro (come ho adombrato più sopra) non è sempre e soltanto la fatica manuale o fabbrile, ma anche il travaglio di elaborazione intellettuale (puro o concorrente con quello manuale), che pur non assurga al carattere di creazione o composizione-opera dell'ingegno, caratterizzabile come tale secondo la legge. Il lavoro così inteso nel mondo in cui viviamo, è tutelato e protetto contro le appropriazioni e gli abusi altrui, nelle relazioni per così dire extracontrattuali (*neminem laedere*); e può divenire oggetto e materia di contrattazione. Tale principio generalissimo ispira ed informa di sè tutte le regole vigenti sul contratto di locazione d'opera e d'opere, e di tutti i contratti sul lavoro, come la soccida, la mezzadria, il mandato, e di tutta una serie di rapporti e di istituti contrattuali e non contrattuali in cui il lavoro viene in questione, dalla gestione di negozio alle prestazioni professionali (non più liberali) fino alle norme sull'enfiteusi. E si può aggiungere che, in fondo in fondo, e in una figura anche più primitiva, è lo stesso principio che ispira la norma fondamentale dell'art. 470 sulla specificazione; ed è in fondo

lo stesso che a traverso un'altra, ma altrettanto umana, valutazione ispira l'acquisto per occupazione o l'acquisto per scoprimento e concessione di miniere (9). È questo stesso principio che ispira gli istituti dei diritti di autore, delle privative industriali e dei modelli e disegni di fabbrica. Questi varii istituti, queste varie discipline ne regolano, ne prescrivono, qualche volta ne esagerano l'applicazione in diverse contingenze, ma il principio, quale emerge, soprattutto come presupposto dei contratti di lavoro, vige anche fuori di essi, singoli istituti concreti, precisamente come principio generale. Tutto un ramo assai vasto di quei diritti sulla propria persona e di personalità, intorno a cui la dottrina s'affatica, si riducono a questa semplice, banale, evidente scaturigine, sol che s'intenda il lavoro con quell'ampiezza che conviene alla vita moderna.

Ma il cavar dischi fonografici dal canto altrui, il riprodurli e il commerciarli è appunto, e senza dubbio, un modo di trar profitto, col concorso del lavoro proprio, dal lavoro compiuto a sua volta dal cantante. *Igitur* non se ne possono cavar dischi, riprodurli e commerciarli, se non se ne è acquistato dal cantante il diritto, nei modi di legge. Ecco in buona sostanza il risultato che si voleva, senza bisogno di invocare dei diritti che la legge speciale (preistorica, come essa è) non conosce.

E sempre restando al caso nostro, tutto si chiarisce e si illumina mettendosi da questo punto di vista, così semplice, e a mio avviso, così evidente. L'industriale nel caso in questione, come e perchè aveva potuto fabbricar dischi fonografici, servendosi fra l'altro del canto dell'artista, divenuto poi suo avversario in causa? perchè ne aveva acquistato il diritto nel modo più banale, cioè per mezzo d'un contratto di somministrazione di lavoro (canto) contro retribuzione. Risolvendosi per ipotesi questo contratto, secondo i concetti già esposti (sopra, II), cessa da un lato l'obbligo di cantare (fornir lavoro) e il diritto alla mercede, dall'altro il diritto di far cantare nuovi brani di musica per cavarne nuovi dischi e l'obbligo alla mercede. I dischi già fabbricati restano di proprietà dell'industriale, e così anche le matrici. Ma la proprietà delle cose corporee di per sè, come ho detto, non risolve e non decide niente circa il diritto di riprodurle. In base ai principii, le soluzioni possibili su questo punto sono solo due: o che rimanga all'industriale il diritto di servirsi di

---

(9) Cfr. su questo punto anche CARNELUTTI, nota cit., *ib.*, pag. 926.

quelle matrici per stampare nuovi dischi; e allora non ostante la sopravvenuta cessazione (risoluzione) del contratto egli dovrà corrispondere all'artista che ha cantato, il compenso a misura anche sui dischi che sia per produrre e per vendere in avvenire, nella misura originariamente convenuta e salve le correzioni che vi si possano apportare in sede di risoluzione sotto il profilo extracontrattuale (o dei danni) — oppure che cessi il diritto di riprodurre ulteriormente i dischi; e allora bisognerà liquidare globalmente (*à forfait* cioè in una sola volta) le rispettive ragioni di contenuto economico in sede di liquidazione dei danni, tenendo conto naturalmente del tenore del contratto, delle responsabilità per averne causata la risoluzione e delle conseguenze che siano per derivarne sia per l'una che per l'altra parte. Il decidere in un senso o nell'altro diventa a questo momento questione di fatto cioè di interpretazione del contratto e di valutazione dei rispettivi comportamenti e dei rispettivi interessi. La prima delle due soluzioni possibili può apparire più difficilmente giustificabile dal punto di vista della logica del diritto (la figura di un contratto che non c'è più, ma continua a produrre degli effetti postumi, è quanto meno anomala), ma può essere sorretta da considerazioni di interesse reciproco. Più attendibile sarà di solito la seconda. Comunque l'essenziale si è che in ogni ipotesi, anche in sede di risoluzione e di liquidazione, il « diritto di chi ha cantato » conservi il suo giusto peso economico, anche se sull'altro piatto della bilancia pesi per avventura la considerazione della colpa o di altri accidenti. La questione sotto questo aspetto può essere solo di modo, e di *quantum*, e non di *an*. Ma poichè il decidere in proposito diventa *res facti*, e può assumere aspetti diversi secondo le circostanze, il problema non può essere oggetto di esame in questa sede.

Gioverà aggiungere piuttosto che sulla base ed in applicazione degli stessi principii generali l'esecutore-interprete che abbia cantato o suonato, avrà la possibilità di chiedere ed ottenere protezione contro chiunque altro, senza averne acquistato il diritto, trovi il modo di riprodurre (per un abuso extra-contrattuale) la di lui esecuzione (per esempio riproducendo dischi da dischi). E sarebbe protetto, secondo me, l'esecutore anche contro terzi che abusassero del di lui nome per fabbricare e commerciare dei dischi che non riproducano una sua esecuzione o che la riproducano malamente. La tutela generale della « illesa estimazione » si deve estendere infatti anche alla tutela di quelle manifestazioni della propria personalità

che si estrinsecano in un lavoro intellettuale, infungibile, e nel suo prodotto.

V.

De iure condendo

Le osservazioni e le distinzioni fatte, ci dicono infine quale dovrebbe essere *de iure condendo* la posizione logica e sistematica di eventuali provvedimenti legislativi in questa materia. Chè essendovi già qualche precedente (10), c'è ragione di attenderne (e di auspicarne) una non remota emanazione.

La nuova legge dovrebbe prima di tutto rispettare i diritti dell'autore-ideatore, e non confonderli con i diritti degli esecutori che essa tenderebbe a tutelare. Essa dovrebbe cioè trattare l'opera di questi ultimi come una categoria di lavoro (« di riproduzione ») anch'esso (nel suo genere) intellettuale, ma di ordine e di natura diversa, distinto e indipendente dal lavoro di invenzione delle opere dell'ingegno, propriamente dette, — sia pur tutelandolo, a sua volta, con norme suscettibili di una razionale combinazione. Resterebbe allora integro il diritto, che anche oggi la giurisprudenza riconosce, dell'autore dell'opera o, per intenderci, della « composizione», di vietare o permettere la riproduzione meccanica, fonografica, fotografica o cinematografica ricavata da una esecuzione (11). Ma oltre ad esso e parallelamente si riconoscerebbe un diritto dell'esecutore analogo per la sua struttura ma distinto, ripeto, dal primo, di vietare o permettere a sua volta la riproduzione ricavata *dalla sua esecuzione*, che, come tale, è lavoro suo. Conseguenza: non potrebbe procedere alla riproduzione meccanica se non chi per un verso o per un altro ne avesse acquistato il diritto dal compositore *e* dall'esecu-

---

(10) Cfr. per es. il decreto 25 maggio 1912 che promulga in Francia la convenzione per la protezione delle opere artistiche e letterarie tra la Francia stessa e la Russia (*Journal officiel*, 9 giugno, n. 155) art. 11-13. Ci deve essere inoltre in materia qualche disposizione di leggi americane, di cui in questo momento mi sfugge l'esatta citazione.

(11) App. Firenze 1 luglio 1905 (*Riv. di dir. comm.*, 1906, II, pag. 11, pag. 39, con nota favorevole e *Foro it.*, Rep. 1906, voce *Diritti d'autore n.* 13); App. Milano 19 febbraio 1907 (*Foro it.*, 1907, I, 835, con ampia nota di richiami dottrinali). Cass. Torino 5 dicembre 1908 (*id.*, 1909, I, 603); cfr. anche Trib. Milano 9 marzo 1912 (*Diritti d'autore*, 1912, pag. 66).

tore, come adesso. Ma i contratti relativi a questo diritto muterebbero alquanto, da quel che possono essere ora. Forse resterebbe facilitata rispetto all'esecutore la applicazione di certa giurisprudenza in cui e per cui si parla di contratto di edizione. E lo stesso diritto di riproduzione rivelerebbe allora gli stessi caratteri analoghi a quelli dei diritti reali, che si sono rivelati nel diritto cosiddetto di edizione, ma che ci sono già, del resto, nella locazione e che hanno il loro pieno sviluppo, per esempio, quando la locazione trasmodi in enfiteusi

PROVA SCRITTA DELLA PATERNITÀ NATURALE

[1949]

1. — Si dice che l'art. 269, n. 2, pone semplicemente una regola probatoria. Per ciò (si prosegue), anche se in quell'articolo si legga che la dichiarazione-prova deve essere « non equivoca », questa non è che una superfetazione retorica, un attributo decorativo, e cioè in conclusione un pleonasmo inconcludente, al quale l'interprete può anche dar di frego. Infatti se una prova convince il giudice vuol dire *eo ipso* che non è equivoca, se non convince il giudice vuol dire che (per lui) non è prova. E comunque per sapere se un certo dato o elemento dimostrativo convince o non convince (è o non è una prova), bisogna sempre interpretarlo e valutarlo nel quadro complessivo di tutte le risultanze, e non si può cavarlo fuori di là per considerarlo isolatamente dal resto.

Si potrebbe e si dovrebbe rispondere, che a rigore neanche questo è vero. Il legislatore non è un retore comiziante. Si deve supporre che le sue proposizioni anzi le sue parole, siano precettive e non enfatiche. Una interpretazione che deve cominciare col cancellarne qualche parola, è per ciò stesso inattendibile o quanto meno sospetta.

In realtà di fronte al problema della prova, il giudice deve fare *normalmente* un giudizio di probabilità bilanciata. Le regole ordinarie sull'*onus probandi* non significano cioè: « hai un dubbio? rigetta ». Significano che la bilancia può pendere dal lato di un piatto anche se su quell'altro pesino (ma pesino meno) delle ragioni o dei dubbi o degli scrupoli in contrario. Questo non esclude però che *in determinati casi* e *a tutela di determinati interessi, contro determinati pericoli*, il legislatore prescriva viceversa al giudice: « se in coscienza

---

Nota a sentenza della Corte d'Appello di Milano 17 maggio '48 pubblicata in Giur. it., *1949. Le massime della sentenza risultano dal testo della nota.*

ti rimane un dubbio, rigetta (anche se in questo modo prevalga la probabilità minore) ». E allora non è più vero che sia un pleonasmo privo di senso il prescrivere che una prova debba essere « non equivoca », certa o manifesta. Avrà, se si vuole, un valore di gradazione, piuttosto che un valore lineare e matematico. Ma un valore innegabilmente lo ha. E per le stesse ragioni ha un valor pratico precettivo prescrivere al giudice: « attienti a questi determinati elementi e prescindi dagli altri, che io (legislatore) ritengo *a priori* malfidi ».

2. — Comunque non è questo, secondo me, il nostro caso (dell'art. 269, n. 2).

Per il legislatore, il mistero della paternità maschile è e rimane pur sempre in se stesso insondabile (*pater nunquam certus*). Per ciò esso non avoca in linea di massima la soluzione del mistero ai giudici dello Stato (a differenza di quanto avviene per la maternità: art. 272). In massima se ne rimette invece al convincimento e alle considerazioni che sia per fare in proposito il supposto o supponibile padre.

L'attribuire o non attribuire lo *status* di figlio naturale, viene con ciò a costituire un *potere familiare* del vero o supponibile padre (come è un potere familiare dello stesso ordine, se pur diversamente regolato, legittimare, adottare, disconoscere). Il suo modo spontaneo e volontario di esercizio, è l'atto di riconoscimento formale a norma degli articoli 250 e 254. Col quale atto si manifesta in forma solenne quello stesso convincimento-giudizio di cui all'art. 269, n. 2, seconda parte, traendone contestualmente (e qui sulla manifestazione del convincimento si innesta una manifestazione di volontà) le conseguenze giuridiche immediate oppure (e anche questo dipenderà dal dichiarante; ed è ben significativo!) *in diem mortis dilatae*, come avviene nel riconoscimento testamentario. Questo potere *in linea di principio è insindacabile ed incoercibile*. Per chi abbia la convinzione di esser padre, potrà esser bensì un dovere morale il riconoscere, ma non è ancora per ciò solo un dovere giuridico coercibile ed azionabile, nè con azione pubblica nè con azione privata.

Questa regola però non è senza *eccezioni*. Ci sono delle particolari situazioni di fatto, nelle quali il dovere morale assurge ad un dovere giuridico, e allora può prevalere anche sul potere familiare *il potere sovrano dello Stato*. Lo Stato si impone e costringe. Sono precisamente i casi dell'art. 269. Fra questi c'è anche quello del n. 2,

quando cioè vi sia la spontanea dichiarazione scritta (non giudizialmente provocata) e non equivoca. Forse perchè qui c'è la prova (diretta) della generazione? No di certo. Non in questo e, in fondo neppure negli altri casi dello stesso articolo. Mai.

Ma qui si considera esservi la dimostrazione del convincimento o giudizio del padre (di *dover* riconoscere) e il fatto di *una sua manifestazione innegabile e indisconoscibile di fronte al mondo,* sebbene non ancora di fronte all'ufficiale dello stato civile. Ed allora appare come uno scandalo intollerabile, scandalo giuridico e non più meramente morale, che chi riconosce *de facto* (sa, ammette e proclama) di fronte al mondo, non ne tragga le conseguenze. Lo Stato interviene e costringe.

Questo vuol dire che la « dichiarazione » (non equivoca) qui non viene in considerazione come mezzo di prova di un fatto (generazione) che non si può provare, ma come *elemento integrante sostanziale della situazione di fatto dalla quale sorge il dovere coercibile* (il dovere esce dalla sfera della moralità per entrare nella sfera del diritto) e, per questa via, elemento sostanziale integrante, anzi basilare, della *causa petendi.* In ciò sta la *ratio legis hystorica* e la *ratio ex systemate* dell'art. 269, n. 2. E di qui deve ragionare l'interprete.

3. — Non è necessario per questi effetti, che la dichiarazione prenda forma di una proposizione assertiva-asseverativa (sono il padre... quello è mio figlio). Siamo d'accordo. Ed era d'accordo anche la Corte. Può risultare anche da proposizioni od enunciazioni meramente dimostrative, motive, introduttive rispetto ad altre, assertorie o dispositive, che abbiano un diverso oggetto (es. scolastico: dono o lascio a mio figlio... i seguenti beni; dispongo che il tale, mio figlio, sia allevato *sic et sic,* sia ricoverato, curato, ecc.). Potrà persino prescindere talvolta dal giudizio storico (per es. basterà dire: intendo che il tale sia riconosciuto, allevato trattato come mio figlio). Sia pure.

In questo senso la soppressione della menzione « esplicita » che era contenuta nell'art. 193, n. 3, codice civile 1865, può avere la sua importanza: siamo d'accordo.

Peró la dichiarazione deve essere... *una dichiarazione* e per di più « *non equivoca* », il che ha un triplice significato:

a) bisogna che dal suo stesso contesto si possa desumere *in modo diretto il pensiero* dello scrivente, cioè il *suo* convincimento, non argomentando anche da altri fatti nè inserendolo come uno degli

ti rimane un dubbio, rigetta (anche se in questo modo prevalga la probabilità minore) ». E allora non è più vero che sia un pleonasmo privo di senso il prescrivere che una prova debba essere « non equivoca », certa o manifesta. Avrà, se si vuole, un valore di gradazione, piuttosto che un valore lineare e matematico. Ma un valore innegabilmente lo ha. E per le stesse ragioni ha un valor pratico precettivo prescrivere al giudice: « attienti a questi determinati elementi e prescindi dagli altri, che io (legislatore) ritengo *a priori* malfidi ».

2. — Comunque non è questo, secondo me, il nostro caso (dell'art. 269, n. 2).

Per il legislatore, il mistero della paternità maschile è e rimane pur sempre in se stesso insondabile (*pater nunquam certus*). Per ciò esso non avoca in linea di massima la soluzione del mistero ai giudici dello Stato (a differenza di quanto avviene per la maternità: art. 272). In massima se ne rimette invece al convincimento e alle considerazioni che sia per fare in proposito il supposto o supponibile padre.

L'attribuire o non attribuire lo *status* di figlio naturale, viene con ciò a costituire un *potere familiare* del vero o supponibile padre (come è un potere familiare dello stesso ordine, se pur diversamente regolato, legittimare, adottare, disconoscere). Il suo modo spontaneo e volontario di esercizio, è l'atto di riconoscimento formale a norma degli articoli 250 e 254. Col quale atto si manifesta in forma solenne quello stesso convincimento-giudizio di cui all'art. 269, n. 2, seconda parte, traendone contestualmente (e qui sulla manifestazione del convincimento si innesta una manifestazione di volontà) le conseguenze giuridiche immediate oppure (e anche questo dipenderà dal dichiarante; ed è ben significativo!) *in diem mortis dilatae*, come avviene nel riconoscimento testamentario. Questo potere *in linea di principio è insindacabile ed incoercibile*. Per chi abbia la convinzione di esser padre, potrà esser bensì un dovere morale il riconoscere, ma non è ancora per ciò solo un dovere giuridico coercibile ed azionabile, nè con azione pubblica nè con azione privata.

Questa regola però non è senza *eccezioni*. Ci sono delle particolari situazioni di fatto, nelle quali il dovere morale assurge ad un dovere giuridico, e allora può prevalere anche sul potere familiare *il potere sovrano dello Stato*. Lo Stato si impone e costringe. Sono precisamente i casi dell'art. 269. Fra questi c'è anche quello del n. 2,

quando cioè vi sia la spontanea dichiarazione scritta (non giudizialmente provocata) e non equivoca. Forse perchè qui c'è la prova (diretta) della generazione? No di certo. Non in questo e, in fondo neppure negli altri casi dello stesso articolo. Mai.

Ma qui si considera esservi la dimostrazione del convincimento o giudizio del padre (di *dover* riconoscere) e il fatto di *una sua manifestazione innegabile e indisconoscibile di fronte al mondo*, sebbene non ancora di fronte all'ufficiale dello stato civile. Ed allora appare come uno scandalo intollerabile, scandalo giuridico e non più meramente morale, che chi riconosce *de facto* (sa, ammette e proclama) di fronte al mondo, non ne tragga le conseguenze. Lo Stato interviene e costringe.

Questo vuol dire che la « dichiarazione » (non equivoca) qui non viene in considerazione come mezzo di prova di un fatto (generazione) che non si può provare, ma come *elemento integrante sostanziale della situazione di fatto dalla quale sorge il dovere coercibile* (il dovere esce dalla sfera della moralità per entrare nella sfera del diritto) e, per questa via, elemento sostanziale integrante, anzi basilare, della *causa petendi*. In ciò sta la *ratio legis hystorica* e la *ratio ex systemate* dell'art. 269, n. 2. E di qui deve ragionare l'interprete.

3. — Non è necessario per questi effetti, che la dichiarazione prenda forma di una proposizione assertiva-asseverativa (sono il padre... quello è mio figlio). Siamo d'accordo. Ed era d'accordo anche la Corte. Può risultare anche da proposizioni od enunciazioni meramente dimostrative, motive, introduttive rispetto ad altre, assertorie o dispositive, che abbiano un diverso oggetto (es. scolastico: dono o lascio a mio figlio... i seguenti beni; dispongo che il tale, mio figlio, sia allevato *sic et sic*, sia ricoverato, curato, ecc.). Potrà persino prescindere talvolta dal giudizio storico (per es. basterà dire: intendo che il tale sia riconosciuto, allevato trattato come mio figlio). Sia pure.

In questo senso la soppressione della menzione « esplicita » che era contenuta nell'art. 193, n. 3, codice civile 1865, può avere la sua importanza: siamo d'accordo.

Peró la dichiarazione deve essere... *una dichiarazione* e per di più « *non equivoca* », il che ha un triplice significato:

a) bisogna che dal suo stesso contesto si possa desumere *in modo diretto il pensiero* dello scrivente, cioè il *suo* convincimento, non argomentando anche da altri fatti nè inserendolo come uno degli

elementi di un quadro complessivo e composito di *facta concludentia* indiziarii, sintomatici, circa una probabile soluzione del mistero. In questo senso la dichiarazione deve essere effettivamente di per sè esauriente (autosufficiente);

b) bisogna che il testo della dichiarazione sia *scevro di ambiguità o di perplessità* e cioè tale da lasciar intender quel pensiero (convincimento, proposito) dello scrivente a chiunque legga *ex fide bona* e con i normali mezzi intellettivi dell'uomo medio (lettore, buon padre di famiglia);

c) bisognerà finalmente che il pensiero, convincimento, giudizio dello scrivente, che così si ricava, risulti *a sua volta incondizionato e pieno*.

Non equivoca cioè la dichiarazione (esterna), ma soprattutto non dubitativo nè problematico il pensiero (convincimento interno).

Con questo — si obbietta — si finisce col ricascare nell'arcaismo dei *verba sollemnia*. No. *Verba sollemnia* sono quelli dell'intestazione delle sentenze, la formula del giuramento dei testimoni o, con qualche attenuazione, la menzione della natura del titolo nella cambiale o in altri titoli di credito. In questi casi, il senso delle parole perde importanza e bisogna considerare unicamente la forma sillabica delle parole.

Nel caso nostro no. È il senso che conta. Ma deve essere *un senso unico e senza ambagi*.

4. — Questo e non altro si vede rispecchiato nella sentenza *de qua*, quando afferma che la dichiarazione scritta « deve contenere *una inequivoca manifestazione del convincimento dello scrivente* circa la propria paternità ». Tale riconoscimento può essere implicito, come si è visto, *purchè esauriente, cioè tale da non avere bisogno di essere integrato con elementi estranei allo scritto*. La legge, giustamente restia a dare adito a dibattiti giudiziarii in una materia così delicata, quale è quella riguardante il mistero della paternità, ha ritenuto che non si dovesse negare l'azione quando quel difficile problema sia già stato spontaneamente risolto dallo stesso presunto padre con una manifestazione di fede, che deve presumersi fondata su sicuri elementi di convinzione ecc., ecc. Così dice la sentenza ed è inutile ch'io ripeta tutto il testo.

« Pertanto, non devono occorrere sforzi interpretativi sul contenuto della dichiarazione, perchè, se a questi sforzi è necessario

ricorrere, ciò significa che essa manca del suo requisito essenziale della inequivocità. Tanto meno si può ammettere che venga integrata con elementi estrinseci, perchè ciò dimostrerebbe che non è « autosufficiente ».

È chiaro, dunque, che per la Corte di Milano il termine « autosufficiente » vuol dire semplicemente, che la dichiarazione scritta deve contenere in se stessa la proclamazione *di una convinzione* dello scrivente e deve essere tale « da non aver bisogno di essere integrata *con elementi estranei allo scritto* ». Ma questo è lo stesso identico insegnamento del Supremo Collegio, il quale nella più recente sentenza in materia (n. 1518 del 13 agosto 1947, Predari-Ironesi, in *Giur. ital.*, 1948, I, 1, 282), ha appunto statuito che la dichiarazione di cui all'art. 269 può magari esser desunta da più scritti del medesimo autore, « purchè tali scritture siano *di per sè idonee a raggiunger lo scopo, senza che occorra integrarle con circostanze e fatti non risultanti dalle medesime* ».

Similmente, quando la sentenza impugnata richiede che la dichiarazione sia « *assolutamente chiara e perciò non ambigua* », appunto perchè la legge con l'espressione « non equivoca » intende che la convinzione ha da essere espressa « in maniera da non lasciar dubbi in chi legge lo scritto », non fa altro, dico, la sentenza impugnata, se non *ripetere quanto affermato dal Supremo Consiglio* nella già ricordata sentenza, là dove si legge che « occorre che dallo scritto risulti *chiaramente rivelata la convinzione dello scrivente* circa il rapporto di filiazione ». Ciò che, del resto, lo stesso Supremo Collegio aveva già altre volte insegnato con non minore incisività, precisando altresì che, per il codice vigente, « il convincimento del dichiarante *non può trarsi per via d'induzione* e nemmeno può trarsi da una ricostruzione del pensiero del dichiarante *fatta in base ad indizi o congetture* », ma che la prova della paternità deve « *risultare unicamente dalla dichiarazione, la quale non si presti ad alcuna dubbiezza e non debba integrarsi con altri elementi* » (così Cass., 13 febbraio 1942, n. 432, Passeri-Lelli, in *Giur. ital.*, 1942, I, 1, 225).

Ma se è vero che la convinzione dello scrivente deve risultare *chiaramente* dallo scritto e se è vero che la dichiarazione per essere inequivoca non deve prestarsi *ad alcuna dubbiezza*, allora ha ragione la sentenza impugnata, quando dice che non può essere considerata « non equivoca » quella dichiarazione per la quale « è necessario ricorrere a sforzi interpretativi », risalendo « all'intimo », al fine di tentar di darvi un senso che altrimenti non avrebbe.

Quel che è « chiaramente » detto non richiede sforzi per esser capito; e se una dichiarazione abbisogna di « sforzi » interpretativi, per ciò solo vuol dire che non è « chiara »; anzi, per ciò solo vuol dire che è dubbia, oscura, perplessa od ambigua. E se il significato del testo non appare « chiaramente », ed anzi il testo si presta a molteplici e diverse intepretazioni, non si può dire che si tratti di un significato univoco e « non equivoco »; anzi diventa per definizione un significato equivoco.

5. — Invano, quindi, si tenta di addurre in contrario altri casi di difficoltà di interpretazione, che pur non escluderebbero un risultato chiaro ed univoco. Invano si esemplifica il caso di una dichiarazione resa in lingua straniera, che per noi italiani sarebbe più ostica da capire, oppure il caso di forme elittiche o testualmente abbreviate. Questo equivale a confondere l'interpretazione della *forma* con l'interpretazione del *contenuto*. Un conto, infatti, è l'interpretazione che occorre in ipotesi per capire il segno grafico oppure anche il senso lessicale di una parola o di una espressione, un altro conto invece è l'interpretazione del significato *sostanziale* (*intellettuale*) *complessivo* di una dichiarazione come manifestazione del pensiero, quale promana del contesto di tutti i suoi elementi. Volendo rifarsi ad un esempio scolastico, si potrebbe ricordare il celebre « *vincitore Alessandro l'ira vinse* » oppure il non meno famoso « *ibi redibis non morieris in bello* », in cui non vi sono già difficoltà d'interpretazione lessicale, ma resta sempre l'ambiguità (equivocità) del significato sostanziale.

Ed è proprio e soltanto al significato *sostanziale* che si deve invece aver riguardo nel caso dell'art. 269, n. 2, così come vi ha appunto avuto riguardo la Corte di Milano.

ASPETTI GIURIDICI DELLA TRAGEDIA AERONAUTICA DI SUPERGA

[1951]

1. — La nostra legge, con gli articoli 2043 e 2055 codice civile, fonda la responsabilità per fatto illecito su di un rapporto di causalità fra questi termini: fatto doloso o colposo — danno. Ma le esigenze di interpretazione richiedono una più minuta analisi degli elementi di questo plesso concettuale.

Il principio di causalità in senso empirico (astraendo cioè da ogni concezione filosofica) trae origine infatti da questa premessa: che, per rappresentarci in modo intellettuale, per noi e fra noi mortali, il flusso ininterrotto e sterminato del divenire del mondo, abbiamo bisogno di distinguervi dei fatti o degli episodii mentalmente individuati e circoscritti, secondo certi nostri schemi classificatorii, e di ravvisare o supporre poi tra i fatti identificati certi rapporti concepiti ed individuati a loro volta secondo certi altri nostri schemi mentali. Fra questi è per l'appunto anche lo schema dei rapporti di causalità.

Ma la individuazione dei fatti e dei rapporti può avvenire in base a diverse categorie di schemi, a seconda delle esigenze contingenti del ragionamento o del discorso, e così, per esempio, a seconda che alcuno in un dato momento pensi, parli o ragioni come storico, come scienziato, come giurista o vuoi come semplice *causeur*, e a seconda della maggiore o minore finezza o sottigliezza dei temi o dei problemi intorno ai quali ci si proponga di ragionare.

Per la interpretazione ed applicazione dei dettati di legge ora ricordati, gioverà innanzitutto analizzare i fatti da un punto di vista pregiuridico (storico-fenomenico), per inserirvi poi la considerazione dei problemi giuridici. Nel caso in esame, dal quale non vorrei disco-

---

Nota pubblicata in Giur. it. *1951, IV.*

starmi, ci si potrà limitare a costruire, per esempio, questa serie fenomenica: volo dell'apparecchio di trasporto in quelle determinate condizioni — errore colposo di manovra — urto e sfasciamento dell'apparecchio a terra — distruzione fisica di cose e morte di persone.

Sulla configurazione del secondo momento (errore colposo), e cioè dell'elemento « colpa », potranno venire in considerazione anche dei criteri d'ordine giuridico (violazione di norme specifiche di condotta), ma in linea di massima si può dire che il diritto stesso attinge in proposito a nozioni volgari o vulgate di comune esperienza. Qualche dubbio sembra sia sorto a proposito del quarto momento (distruzione, morte), se cioè esso rientri come elemento costitutivo nella nozione del fatto dal quale l'obbligazione sorge oppure se questa si fermi al terzo momento (urto, sfasciamento), cosicchè il quarto si debba considerare come una conseguenza esterna derivata dal fatto (genetico) compiuto. Secondo me, non c'è dubbio che la nozione comprenda anche la distruzione o la morte, perchè è solo a questo momento (e per effetto di esso), che il fatto viene ad incidere in una sfera giuridica altrui, e solo in questo momento pertanto diventa giuridicamente rilevante. Fra gli elementi del fatto così concepito, deve sussistere un rapporto interno di causalità (causalità naturale, meccanica), perchè è solo in virtù di questo rapporto che acquista rilevanza per il seguito il fattore colpa (*causa causae est causa causati*). In sintesi potremo dire, dunque, che il fatto genetico della obbligazione, agli effetti dell'articolo 2043, consisterà nella morte o nella distruzione causata o (invertendo i termini) nell'aver causato la distruzione o la morte.

In relazione a questa premessa apparirà come autore responsabile del fatto, agli effetti, dell'art. 2043, chi porta la colpa dell'errore di manovra e, come corresponsabile per l'art. 2049, il suo committente. E, sempre in relazione alla stessa premessa, dovremo porre il problema di sapere a chi il fatto abbia arrecato un danno patrimoniale, e quale sia il danno.

A questo punto il problema si trasporta su di un terreno prettamente giuridico, perchè bisognerà indagare su quali situazioni o rapporti giuridici patrimoniali preesistenti sia andato concretamente ad interferire (produrre conseguenze) il fatto, e se questi (situazioni o rapporti) di fronte all'autore del fatto stesso, siano protetti dalla regola generale del *neminem laedere*, contro ogni detrimento a cui si siano trovati esposti nel loro contenuto o nel loro valore economico.

Si arriverà per questa via a determinare, rispetto ai soggetti e rispetto all'oggetto, quale sia il danno risarcibile e allora avremo tutti gli estremi per concretare ed integrare la serie: fatto (colposo) — danno (risarcibile) — obbligazione di risarcire quel danno.

2. — Sulla scorta di queste direttive prendiamo in esame la ipotesi della distruzione della cosa. Questa farà si che venga meno o muti radicalmente carattere il contenuto economico del diritto di proprietà sulla cosa (riducendosi tutt'al più alla proprietà di rottami). Quel contenuto economico, come elemento patrimoniale attivo, era indubbiamente assicurato o garantito dall'ordinamento giuridico al titolare del diritto contro ogni fatto altrui, doloso o colposo, ponendolo sotto la salvaguardia di quella tale regola del *neminem laedere*. Non c'è dubbio dunque che danneggiato debba considerarsi il proprietario. Resta soltanto a vedere se, dovendosi circoscrivere il danno risarcibile e valutarlo in danaro, si debba aver riguardo soltanto al valore di mercato che potesse avere la cosa (o meglio la proprietà della cosa) come oggetto di possibile scambio, oppure si debba aver riguardo al valore che essa aveva nell'economia individuale del proprietario, avendo riguardo all'impiego che egli ne faceva. Il che val quanto chiedersi se la protezione si estenda anche a questo contenuto economico del caso concreto. Il dubbio però è risolto espressamente in questo secondo caso dall'art. 1223, richiamato nell'art. 2055, perchè altrimenti non sarebbe possibile o non avrebbe senso parlare di un *lucrum cessans*. Sotto questo ultimo aspetto possono venire in considerazione degli altri rapporti di causalità (concausalità) naturale, ipotetica, su quello che sarebbe seguito se la distruzione della cosa non fosse avvenuta. È a questa indagine circa i futuribili, che ha riguardo l'art. 1223, quando dichiara risarcibili solo i danni che siano « conseguenza diretta »; e qui ne sorgerà caso per caso un problema di valutazioni probabilistiche delle concause. Ma questo ha soltanto una importanza secondaria per il caso attuale, in cui non è ancora questione di *quantum*.

Quel che si dice del proprietario si potrà ripetere *mutatis mutandis* per l'usufruttuario, per il marito se la cosa era dotale o per altri che sulla cosa avesse un diritto reale. Ma se la cosa era locata (o « data a nolo », come si dice volgarmente per le cose mobili) *quid*? Per me non c'è ombra di dubbio che danno patrimoniale ci possa essere anche per il conduttore, quante volte dall'uso, godimento o

sfruttamento della cosa locata potesse trarre delle utilità economiche valutabili in danaro, che egli, per effetto della distruzione della cosa locata, non possa più realizzare. Quella possibilità economica (sotto deduzione dell'onere di pagare il canone) costituiva (come dubitarne?) un elemento attivo del suo patrimonio. Se si fosse dovuta stabilire, supponiamo, la sua situazione economico-patrimoniale (reale e non camuffata ad altri fini) nel corso della locazione *ante factum*, non c'è dubbio che si sarebbe dovuto tener calcolo anche di quell'elemento; così avrebbe dovuto tenerne calcolo l'eventuale curatore di un suo fallimento; a rigore (e cioè teoricamente almeno) avrebbe dovuto figurare in una denuncia di successione, e così di seguito. In queste condizioni non è possibile capire od immaginare perchè questo elemento patrimoniale non debba essere protetto contro dei fatti altrui, dolosi o colposi, che lo distruggano o lo svuotino di contenuto. Che esso abbia radice in un rapporto personale *ad rem*, anzichè in uno *ius in re*, non muta nulla alla sua patrimonialità e alla sua appartenenza. Ad altri effetti le azioni a protezione del diritto del conduttore saranno diverse da quelle date al proprietario, ma che, come diritto, esso sia giuridicamente riconosciuto e protetto, è fuor di questione. Non c'è una ragione al mondo per ritenere che dal sistema di questa protezione debba essere esclusa l'aquiliana. Ed a questa riteniamo si riferisca infatti principalmente l'art. 1585 capov. scritto per tutte le locazioni, e non solo per quelle che dànno diritto alla appropriazione dei frutti separabili (affitto).

E veniamo al caso della morte causata per colpa. Anche qui bisogna domandarsi se questo fatto non ferisca dei diritti patrimoniali altrui giuridicamente protetti. Diritti reali sulla persona non ce ne possono essere. Si sa. Ma ci possono essere dei rapporti di carattere obbligatorio, la cui continuazione può essere resa impossibile dalla morte, e che avevano per le altre parti un contenuto economico-patrimoniale. In massima nessuno osa negarlo, ad esempio, per chi avesse diritto agli alimenti (nel senso più lato della parola). Lo ha negato invece la sentenza del Tribunale per chi avesse diritto ad ottenere dal defunto delle prestazioni economicamente utili come elemento di una propria impresa o come concorso necessario ad altre attività economiche sue proprie. Ma non si arriva ad immaginarne una ragione plausibile.

Apparentemente c'è una differenza rispetto all'ipotesi della locazione di cose, in ciò: che ormai si ammette che il conduttore, per conseguire il possesso e quindi il godimento della cosa locata, possa chiedere l'esecuzione in forma specifica a carico del locatore (ma non a carico di terzi, se non nel caso di spoglio), mentre ciò non è possibile quando si tratta della obbligazione personale di prestare l'opera propria. Ma questa differenza fra i due casi non è affatto decisiva, perchè anche chi abbia promesso l'opera propria e non adempia, è tenuto ai danni e ne risponde con tutti i suoi beni.

Questo manifestamente significa che l'obbligo di prestare ha contenuto economico e che il valore economico è patrimonialmente acquisito a colui al quale l'opera doveva essere prestata. Nè si potrà obbiettare che, se si dovesse formare una situazione od un bilancio patrimoniale, non si potrebbe farne una linea dell'attivo. Il valore patrimoniale si rivelerà nel calcolo del valore degli altri beni, che sarà tutto diverso secondo che vi sia o non vi sia il concorso dell'opera altrui necessaria per utilizzarli, per renderli fruttiferi o magari per goderli. I due estremi della patrimonialità e della acquisizione (appartenenza) del diritto ricorrono dunque o possono ricorrere anche in questo caso.

Cade così la obbiezione, prospettata dal Tribunale, che il *facere* implica una volontà-volontarietà da parte dell'obbligato. Questo è vero. Però non è una volontà libera che si manifesta, bensì una volontà giuridicamente vincolata; il fare, anche se volontario, è un atto dovuto. E il non fare non estingue, ma — come dicevo testè — converte soltanto la obbligazione originaria in un'altra, equivalente, di danaro (risarcimento). Il diritto ad un *facere* è dunque giuridicamente protetto e garantito *quam maxime* nel rapporto *inter partes*, e non si vede perchè non debba essere garantito anche contro il terzo che rende impossibile *per colpa sua* la realizzazione di quel valore economico.

Si ripiega allora, dicendo che la vita e l'integrità fisica dell'obbligato sono un presupposto dell'obbligazione e del suo adempimento, e che la morte non ferisce il rapporto in sè e per sè, ma il suo presupposto. Anche questo è un discorso che non riesco a capire. Anche nella locazione di cose la esistenza della cosa è un presupposto del godimento. E, del resto, non lo è forse anche della proprietà o di qualunque altro diritto reale? La violazione del precetto *neminem laedere* non ferisce il diritto nella sua struttura giuridica, ma lo ferisce sempre in quel suo presupposto fisico pregiuridico. E allora

non vedo perchè quel precetto debba spiegare i suoi effetti quando presupposto è l'esistenza di una cosa e non quando presupposto è l'esistenza di una persona.

La risarcibilità del danno derivante dal fatto di aver causato la morte della persona obbligata ad un *facere*, è stata del resto ammessa anche dalla nostra Suprema Corte, però con una limitazione, e cioè solo per l'ipotesi che quel *facere* fosse praticamente insostituibile o, in altre parole (ciò che torna lo stesso), sia irrimediabile la sopravvenuta impossibilità per morte. Ora, si è detto, la limitazione è inattendibile, perchè se si entra in quell'ordine di idee, un danno dello stesso ordine o della stessa natura ci sarà sempre, anche se la persona scomparsa sia sostituibile. Il doverla sostituire, infatti, darà sempre luogo ad una sia pur momentanea *vacatio* e a qualche, sia pure transitoria, difficoltà (*ergo* pregiudizio economico). Ma, si è continuato, se la limitazione è inattendibile, questo vuol dire che è inattendibile la soluzione di massima rispetto alla quale la si vorrebbe introdurre. Questo modo di ragionare mi pare che offenda gravemente la logica. Se la limitazione è inattendibile, la conseguenza logica dovrebbe essere quest'altra: che la soluzione di massima varrà in ogni caso senza limitazioni, cioè il risarcimento sarà sempre dovuto, salvo ridursi *de facto* a poco od a niente per il *quantum*, se il danno sia trascurabile.

Sostanzialmente devo riconoscere per altro che le decisioni del Supremo Collegio prospettano, sia pure occasionalmente, un altro problema sottile ma degno di considerazione.

Qualunque imprenditore (intendendo questa espressione nel senso empirico e più lato) sa e deve sapere, che corre il rischio della vita o della morte dei suoi collaboratori, come uno dei tanti rischi inseparabili dall'impresa. Bisogna che preveda pertanto dei meccanismi di sostituzione, e comunque bisogna che sconti nelle sue previsioni questo elemento di alea. Potremo dire che, ciò non ostante, questa alea non deve ricadere su di lui, e che ha diritto di essere risarcito quante volte ad un accidente qualsiasi che capiti ad un suo collaboratore, concorra una colpa altrui? qualunque sia quel suo collaboratore, anche l'ultimo dei suoi manovali? e qualunque sia l'accidente, anche se sia investito, supponiamo, da un ciclista mentre andava a zonzo o sia coinvolto in una rissa di osteria? Questo (se intendo bene il fondo del suo pensiero) si direbbe che sia parso eccessivo al Supremo Collegio. Nel più dei casi potranno funzionare

quei meccanismi di sostituzione o di compenso che devono essere già predisposti, senza che l'azienda o l'impresa ne risenta conseguenze apprezzabili e valutabili in danaro, come avverrà, del resto, anche se domani ci venga meno per un qualsiasi incidente una nostra domestica o il nostro portiere. Tale però non è più il caso, quando vittima sia un collaboratore essenziale o non sostituibile, cosicchè la sua scomparsa possa mettere in forse le sorti dell'impresa e dell'azienda o rendere vano o inefficiente il suo impianto organizzativo. In questo caso, se c'è di mezzo la colpa di qualcuno, quel qualcuno ne risponde. Questa distinzione sarà più o meno discutibile, ma (torno a dire) merita riflessione e potrebbe essere oggetto di più accurato studio. Però non è qui il caso di occuparcene a fondo, perchè nel caso concreto anche questa distinzione perde importanza.

3. — Nel caso concreto siamo di fronte ad una strage (ritenuta colposa) di tutti i giuocatori, comprese le « riserve », della squadra dell'Associazione calcio Torino, nonchè del loro direttore sportivo, del loro allenatore e del loro massaggiatore abituale. Tutte queste disgraziate vittime erano legate da un contratto di lavoro professionale alla associazione come imprenditrice (sempre in senso lato) della organizzazione, e che doveva difendere sui campi sportivi i colori del Torino. Il contratto con ciascuno di loro aveva per l'associazione imprenditrice un valore economico che non è materialmente possibile negare o disconoscere. Basterebbe ricordare che i giuocatori sono dei « professionisti », che vincolano verso l'associazione la propria attività, non saltuariamente ma in modo direi incombente ed assorbente, perchè non si impegnano soltanto a giuocare una partita di tempo in tempo, ma ad allenarsi metodicamente in modo costante ed a tenere un determinato tenore di vita propizio a quell'esercizio di attività, ad ottemperare non solo sul terreno di giuoco ma anche fuori di là e in qualunque tempo alle direttive ed istruzioni che vengano loro impartite, a trasferirsi fuori sede all'interno od all'estero dove occorra e quando occorra, e così di seguito. Ed alla associazione dalla quale vengono in questo modo a dipendere, devono naturalmente accordare una rigorosa « esclusività » delle loro prestazioni. Per assicurarsi dal canto suo l'opera loro, anzi quella specie di soggezione *omnis vitae* che essa richiede, l'associazione corrisponde loro dei cospicui premi di ingaggio, dei cospicui stipendi mensili e altri premi e compensi nel corso del rapporto. Questo vuol dire che per la associazione l'assumere dei giuocatori al proprio servizio ha un costo

ed esige l'impiego di capitali, che si calcolano a decine e decine di milioni. Correlativamente, l'averli assunti costituisce gran parte dell'attivo economico della sua impresa, il meglio e il più del suo patrimonio aziendale.

Applicando le buone norme tecniche ordinarie di contabilità, che hanno il loro riflesso anche nelle regole del codice, l'associazione dovrebbe pertanto iscrivere nel suo bilancio, nelle linee dell'attivo, i premi di ingaggio (costi iniziali) e iscrivere in passivo il relativo fondo di ammortamento. Nè può considerarsi con senso di scandalo che l'« ingaggio » di persone fisiche venga contabilizzato come il premio pagato per l'uso di una macchina, di un brevetto o vuoi di un animale, perchè dal punto di vista dei valori contabili i costi conservano in tutti questi casi la stessa natura. Nel conto spese e rendite l'associazione dovrebbe poi iscrivere fra le spese anche gli stipendi, compensi, indennità ecc. dei giuocatori ingaggiati e fra le rendite tutto quanto essa ricavi per sè dagli introiti spettacolari delle « partite », alle quali i suoi giuocatori pubblicamente siano mandati a partecipare. Il che vuol dire che, se le rendite sotto questo aspetto superino le spese, l'associazione ricaverà dal capitale impiegato nei costi un utile, sul quale dovranno poi gravare le sue spese generali fino a dar luogo ad un eventuale reddito (utile netto) d'esercizio. Ciò senza contare che, in base agli accordi nazionali ed internazionali fra le varie associazioni, il giorno in cui una di queste consenta a rinunciare a favore di un'altra al proprio « ingaggio » di un giuocatore e alla conseguente « esclusività », cosicchè il giuocatore possa « ingaggiarsi » presso quell'altra, la associazione rinunciante può percepire delle somme cospicue e realizzare un utile sotto forma di plusvalore monetizzabile e monetizzato. Malamente dal punto di vista giuridico, ma in modo significativo, si parla di « cessione del giuocatore », mentre in realtà il fenomeno riguarda il rapporto contrattuale e non la persona, e piuttosto che una cessione del contratto bisognerà vedere qui una rinuncia con effetto abdicativo, ma con riflessi traslativi. Comunque qui ci potrà essere, ripeto un utile realizzato sul capitale. Nessun dubbio dunque, riassumendo, che qui il rapporto di prestazione professionale abbia per la associazione un valore economico-patrimoniale valutabile. E nessun dubbio neppure che il rapporto goda di una piena protezione giuridica, non solo nel senso ordinario già veduto (e per cui chiunque abbia promessa l'opera propria e poi si renda inadempiente risponde dei danni con tutto il suo patrimonio, cosicchè il diritto dell'altra

parte, come dicevo più sopra, non si estingue ma si converte soltanto in obbligazione di danaro), ma lo goda anche in un altro senso tutto speciale e tutto proprio di questi speciali rapporti. Gli accordi nazionali ed internazionali, ai quali accennavo, hanno infatti per effetto che il giuocatore che si renda inadempiente verso la propria associazione, si trova posto solo per ciò nella impossibilità pratica di ingaggiarsi presso altre. Si attua così una ferma disciplina professionale, quale non esiste forse in nessun altro campo e per cui il rispetto dell'ingaggio è praticamente garantito. È certo, dunque, che qui ricorrono gli estremi della patrimonialità e della appartenenza del valore economico.

Resterebbe, se si vuol seguire la scia della Cassazione, il problema della insostituibilità. Ma basta la più elementare conoscenza di questo mondo sportivo, per sapere che i giuocatori non sono menomamente fungibili in senso tecnico fra di loro, e comunque alla possibilità di una pronta ed utile sostituzione osta praticamente quella stessa disciplina alla quale pur ora accennavo. A parte questo, il problema della insostituibilità del singolo giuocatore, nel caso concreto è superato da un altro ordine di considerazioni.

Nel caso concreto, il fatto colposo-dannoso non può identificarsi nella morte di questo o di quel singolo giuocatore, bensì nella distruzione di tutta la squadra, delle sue riserve e di tutti i tecnici addetti, cioè nella totale distruzione di una *universitas* organizzata, rispetto alla quale la sostituibilità non è neanche concepibile. E, con la scomparsa della squadra, praticamente tutto o pressochè tutto il patrimonio effettivo della associazione è andato perduto *uno ictu*: perduti i premi di ingaggio non più ammortizzabili, perduta la possibilità di realizzare i redditi coi quali la associazione avrebbe dovuto fronteggiare le spese d'esercizio già sostenute; economicamente una effettiva rovina, non riparabile ai fini sportivi se non con la raccolta e con l'impiego di capitali nuovi che l'associazione dovrà procurarsi *aliunde*, se, come e quando potrà. Ma, anche se vi riesca, non si avrà mai col loro impiego una sostituzione-surrogazione economicamente irrilevante o quasi, bensì la costituzione di una nuova squadra, ferma restando dal punto di vista economico la rovina (*damnum emergens* e *lucrum cessans*) dovuta alla distruzione di quella precedente.

Nè si obbietti che le singole vittime avevano pagato individualmente ciascuna il proprio biglietto di viaggio (con rimborso da parte della associazione, ben s'intende), dando vita ad altrettanti contratti

di trasporto. Ciò potrà avere rilevanza per quanto concerne la responsabilità del vettore verso i singoli, ma non certo per quanto concerne la responsabilità extra-contrattuale verso l'associazione. Quel particolare infatti non toglie che il complesso di quei viaggiatori costituisse quella *universitas* di cui parlavo, a tal segno che, se la espressione non potesse sentimentalmente apparire poco felice o poco rispettosa per le disgraziate vittime, dovrei dire che qui il fatto dannoso *causam dans* si dovrebbe considerare alla stregua della distruzione della cosa complessa.

Al qual proposito, può non essere privo di qualche interesse rilevare che non si trattava di un viaggio di diporto, nel quale si fossero trovati riuniti *per accidens* tutti i componenti della squadra. La squadra tornava in sede coi suoi tecnici e coi suoi dirigenti dall'aver giuocata una partita internazionale a Lisbona, e tornava per riprendere la serie delle partite in territorio nazionale. Viaggiava, in quanto organizzata come tale, per esigenze di servizio, per conto dell'associazione, e in osservanza di disposizioni impartite in quel senso. In quel momento quindi l'*universitas* era in atto e attualmente in funzione.

E si aggiunga che il vettore non può neanche allegare la propria ignoranza di queste circostanze, e dire che non ha mai saputo che, coi singoli viaggiatori, egli trasportava una collettività organizzata unitariamente. La allegata ignoranza sarebbe giuridicamente irrilevante, perchè la responsabilità extra-contrattuale si fonda per definizione, come dicevo da principio, su un rapporto causale puramente obbiettivo, sul quale non può influire uno stato meramente soggettivo di informazione e di previsione circa le conseguenze di un eventuale comportamento colposo, che può assumere invece un certo rilievo nel caso di responsabilità contrattuale. In ogni modo, anche di questo è inutile discutere (se pur ve ne fosse materia, come non credo), perchè storicamente sta di fatto ed è incontestabile, che il vettore sapeva perfettamente ogni cosa. Lo sapeva perchè tutte quelle circostanze erano clamorosamente notorie, lo sapeva perchè la stessa associazione si era interessata affinchè il vettore ponesse ad *esclusiva*, disposizione dei giuocatori e tecnici il velivolo, per un viaggio che non rientrava nel quadro degli orari consueti, precisando anche numero e qualità delle persone.

Così stando le cose, io darei per certo in linea di diritto, che la Società A.L.I. risponde per colpa exrra-contrattuale verso l'Associazione calcio Torino dei danni derivanti dalla sciagurata distruzione della sua squadra.

ALIENAZIONE DELLA « PORZIONE » E RESCINDIBILITÀ O ANNULLABILITÀ DEL CONTRATTO DIVISIONALE

[1953]

SOMMARIO: 1-3. Le posizioni del problema. — 4-6. Impossibilità oggettiva di ricostruire la massa e impossibilità del supplemento sotto l'aspetto qualitativo. — 7. Rilevabile solo *ope exceptionis* — 8. Salvezza dei danni da *culpa in contrahendo*. — 9. Contrapposto al caso di alienazione del convenuto. — 10-11. Non è caso di convalidazione. — 12. Caso di alienazione di beni singoli.

1. — La mia attenzione viene richiamata, un po' tardi per verità, da tre sentenze, una, più antica, del Tribunale di Forlì (rimasta, per quel che ne so, inedita), un'altra del Tribunale di Sassari del 1949, pubblicata nel *Foro* con nota favorevole di SALIS (1), e una terza più recente (ma anch'essa inedita) della Corte di Bologna, che hanno risolto tutte tre in senso contrario al mio avviso, un caso problematico non scevro di qualche generale interesse.

Un condividente che abbia alienati a terzi i beni della sua « porzione », può ancora chiedere ed ottenere la rescissione della divisione per lesione? Io avrei detto di no. Le sentenze or ricordate hanno deciso di si. Non credo tuttavia di dover mutare parere.

2. — Converrà rifarsi in proposito ai dati delle fonti.

Premetto che qualcuno ha accennato a ritenere decisiva per la soluzione (o meglio per la eliminazione) del problema la dispo-

---

Nota pubblicata in Giur. it. *1953 e negli* Scritti in onore di Umberto Borsi, *Padova 1955*.

(1) Sentenza 21 aprile 1949, con nota in *Giur. it.*, 1950, col. 1108 e seguenti.

sizione dell'art. 2652 n. 1, il quale, rendendo suscettibili di trascrizione sui pubblici registri immobiliari le domande giudiziali di rescissione, dispone che « le sentenze che accolgono tali domande non pregiudicano i diritti acquistati dai terzi in base ad un atto trascritto anteriormente ». Esso coordina così col regime delle trascrizioni l'art. 1452, secondo il quale la rescissione di regola « non pregiudica i diritti acquistati dai terzi ». Ora, si è detto da qualcuno: qui la legge medesima dà senz'altro per presupposto, che la rescissione possa esser chiesta ed ottenuta anche dopo l'alienazione dei beni. *Ergo* non è più neanche possibile proporsi il problema.

Ma questo è un evidente equivoco. La ipotesi contemplata in quegli articoli, è che la alienazione sia avvenuta da parte di chi sia poi convenuto con la azione di rescissione. Si è voluto risolvere, cioè, in quel senso il dubbio: se e quando l'attore possa proporre la sua domanda giudiziale anche contro un terzo acquirente, per far cadere il di lui acquisto e riavocare così i beni alla massa in virtù del principio *resoluto iure dantis* con quel che segue. Ma non è questa (di una alienazione del convenuto) la ipotesi che prendo in considerazione, e rispetto alla quale si pone il problema di cui mi occupo.

Questo riguarda invece (e soltanto) la ipotesi inversa e cioè che l'alienazione sia avvenuta da parte del coerede (condividente) che, ritenendosi leso, voglia agire in rescissione. Si tratta di vedere se costui (che vorrebbe farsi attore) si sia o non si sia autoprecluso col fatto proprio (cioè col fatto di alienare i beni) l'esercizio dell'azione da parte sua. Quelle tali disposizioni non contemplano questa ipotesi e quindi sono del tutto estranee al « mio » problema (2).

---

(2) Sulla ipotesi di alienazione dei beni da parte del convenuto (soggetto passivo dell'azione di rescissione) v. *infra* il n. 4. È troppo intuitivo, del resto, che il problema: se una azione possa risultare preclusa dal fatto altrui (del convenuto), è radicalmente diverso dal problema: se possa esser auto-preclusa da un fatto proprio (dell'attore).

Non meno chiaro comunque, che le disposizioni degli artt. 1452 e 2652 n. 1, non hanno ragion d'essere se non nel caso di alienazione del convenuto. Esse trovano il loro parallelo, per il caso di annullamento da vizii di volontà, negli artt. 1445 e 2652 n. 6 e per i casi di risoluzione nello stesso art. 2652 n. 1 (nonchè negli artt. 648, 793 ed altri ivi richiamati), per il caso di simulazione nell'art. 1415. La protezione

La *sedes materiae* nelle fonti legislative rimane così circoscritta agli artt. 761 e seguenti (sotto la rubrica: *dell'annullamento e della rescissione della divisione*), generalizzati poi dall'art. 1116.

Con quegli articoli si concede, come si sa, contro la divisione consensuale (contratto divisorio propriamente detto ed ogni altro atto che abbia effetto di far cessare la comunione) l'azione di annullamento per violenza o per dolo (ma non per errore!) e l'azione di rescissione per lesione oltre il quarto. La quale ultima appare configurata sullo schema di un tempo, vecchio stile, in quanto si fonda unicamente ed obbiettivamente sullo squilibrio dei valori (cioè, in questo caso: divergenza fra il valore « di stima » dei beni costituenti in concreto le porzioni divisionali e il valore delle quote ideali *pro indiviso* calcolato in base al valore « di stima » delll'intera massa), prescindendo completamente dai requisiti soggettivi dell'« azione generale » di rescissione, nuovo stile, (art. 1448: stato di bisogno di una parte e « approfittamento » dell'altra). Per il che mi avverrà di parlare, tanto per intenderci, di: azione di rescissione per lesione oggettiva (3).

---

accordata così al terzo acquirente deve cedere invece di fronte alla protezione dell'incapace (art. 1445 cit.) e in qualche caso (almeno secondo me) anche di fronte alla prova della mala fede o della collusione con l'alienante (se pur non ricorrano puntualmente gli estremi della revocatoria). In tutte queste disposizioni il legislatore si è preoccupato di disciplinare le ripercussioni sul terzo acquirente, di una azione diretta contro il suo dante causa, quali dovrebbero derivare in astratto dalla consequenzialità (ricordata anche nel testo) *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*.

Nel caso opposto, e cioè nel caso in cui l'alienante stesso pretenda di ripercuotere sul terzo che abbia acquistato da lui, le conseguenze di una azione (di rescissione, di annullamento di rescissione ecc.), con cui egli (alienante) tenda ad infirmare il proprio titolo, la protezione del terzo ha una base tutta diversa in linea di principio. In questo caso infatti il terzo verrebbe a trovarsi minacciato di evizione dal suo stesso dante causa ed allora è ferreamente protetto dalla regola generale *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*. I due (opposti) ordini di casi non hanno pertanto niente in comune e dalle disposizioni relative al primo non si può argomentare alcunchè rispetto al secondo.

(3) Sul carattere singolare della rescissione per lesione nel sistema del codice attuale: MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1951, n. 48 e seguenti.

Sembra in realtà che il legislatore abbia ritenuto necessario impedire che la divisione alteri sensibilmente il valore che avevano le quote *pro indiviso*, quale che sia la cagione (anche se incontrollabile) che porta a questo risultato. Una ragione di proporzione sembra quindi che entri a far parte della causa tipica del contratto.

Rispetto a questa, dispone espressamente il codice (art. 767) che: « il coerede contro il quale è promossa l'azione può troncarne il corso e impedire una nuova divisione dando il supplemento della porzione ereditaria in danaro o in natura... » (parallelo imperfetto con la disposizione dell'art. 1450). Non dice niente (il codice) degli effetti o delle conseguenze che possa avere, per questa azione, il fatto di aver alienati i beni costituenti la porzione.

C'è invece un altro articolo (768), secondo il quale: « il coerede che ha alienata la sua porzione o una parte di essa non è più ammesso a impugnare la divisione per dolo o violenza, se l'alienazione è seguita quando il dolo era scoperto o la violenza era cessata » (a meno che la vendita sia limitata a beni di facile deterioramento o di valore minimo).

Altre disposizioni espresse e specifiche qui che interessino, direi che non ce ne sono.

3. — Tale essendo il quadro delle fonti legislative, le posizioni possibili del problema che qui mi propongo, sono due; e non bisogna confonderle. Innanzitutto bisogna chiedersi, cioè, se l'alienazione dei beni costituenti la porzione del condividente che si afferma leso, faccia sorgere obbiettivamente (materialmente) *in rebus ipsis* delle difficoltà ostative all'esercizio dell'azione di rescissione da parte sua. Questa è la prima posizione. La seconda è quest'altra: se dal punto di vista soggettivo, possa ravvisarsi nell'alienazione una convalida volontaria, anche se implicita, dell'atto lesivo.

Rispetto alla prima posizizione la risposta, secondo me, è: sì (sorge effettivamente una difficoltà-impossibilità, sia pur relativa, *in rebus ipsis*). Rispetto alla seconda è: no (non è caso di convalida). La seconda soluzione (negativa) non è menomamente inconciliabile con la prima (positiva). Sono due cose diverse. E appunto per ciò, le conseguenze alle quali si perviene adottando la prima, non sono poi interamente le stesse che si avrebbero se si potesse e si dovesse ritenere affermativa la seconda soluzione. Certo si è comunque che, confondendo le due posizioni del problema (come è avvenuto in qualcuna delle sentenze su ricordate), una soluzione ragionata non si trova più, nè in un senso nè in quell'altro.

Secondo me, poi, viene ad inserirsi normalmente sulla causa in concreto, anche una considerazione qualitativa dei beni di cui si compongono i singoli lotti. Su di che v. più oltre la nota 7.

4. — Ciò premesso, e considerando innanzitutto il problema sotto il primo aspetto o nella sua prima posizione, bisogna muovere, secondo me, dalla considerazione, in verità piuttosto elementare: che l'azione di rescissione contro l'atto divisionale tende, come suo obbiettivo legale tipico, a ripristinare la comunione fra coeredi (condividenti) e a ricostituire a questo effetto la massa da dividere, quale essa era. Tale è infatti il contenuto e l'effetto tipico e necessario del provvedimento rescissorio. Sarà poi un corollario, statisticamente quasi immancabile, della domanda di rescissione, che si chieda una « nuova divisione » (di cui è menzione infatti anche nell'art. 767) o una rettificazione della divisione precedente. E di solito la chiederà lo stesso attore in rescissione; se non la chieda l'attore, potrebbe chiederla riconvenzionalmente, sia pure in via subordinata, qualunque altro coerede (condividente) convenuto.

Ma se l'attore (che si dice leso) abbia alienati i beni costituenti la sua porzione, la comunione non è più ripristinabile in natura nello *status quo antea*. Quei beni (alienati) infatti non sono più ricuperabili per avocarli alla massa (a meno, che ben si intende, il terzo acquirente non consenta *sua sponte* a restituirli, nel qual caso il problema non sorge più). È escluso infatti, che possa recuperarli o riavocarli l'attore stesso che ha alienato (4). Ed altrettanto mi sembra da escludere, che contro il terzo acquirente dall'attore, possano agire per il recupero (se pur lo volessero) gli altri condividenti convenuti in rescissione. Terzo infatti è quell'acquirente di fronte ad essi, in quanto essi (reciprocamente) sono terzi di fronte a lui. Ma in un conflitto tra terzi e terzi (che, come tali, sono *in pari causa*), gli uni non trovano di regola protezione giurisdizionale contro le posizioni acquisite degli altri (*melior est condicio possidentis*), se non vi siano in proposito disposizioni espresse *ad hoc* o non ricorrano gli estremi della revocatoria per frode. Ora qui disposizioni espresse in pregiudizio del terzo acquirente non ci sono. Anzi si potrebbe dire, che c'è per lo meno una indicazione a di lui favore desumibile dall'art. 1452. Quanto alla revocatoria per frode, non mi sembre-

---

(4) V. su questo punto la nota precedente e arg. anche dagli artt. 1487 cap. e 797 n. 2. L'alienante non può opporre al suo acquirente che l'aver subita una lesione nell'atto divisionale col quale abbia conseguita la assegnazione (e quindi il diritto di disporre) dei beni alienati, non può dirsi un fatto suo di lui. Fatto suo è, comunque, l'agire in rescissione di quell'atto e quindi in rescissione del proprio titolo, per farne poi ricadere le conseguenze su chi abbia acquistato da lui.

rebbe configurabile a sensi dell'art. 2901, e comunque la ipotesi di frode rappresenterebbe un accidente di specie, dal quale qui possiamo prescindere.

Il ripristino nello *status quo antea* (in natura) della massa da dividere, e quindi della relativa comunione, diventa dunque, come dicevo, impossibile. *Ergo* il provvedimento rescissorio del giudice, al quale dovrebbe tendere l'azione, non può più avere il suo naturale e necessario esito, e conseguentemente non è più possibile neanche una nuova divisione (di tutta la massa) in natura. Ora siccome tutto ciò dipende dal fatto (alienazione) dell'attore, gli altri gli possono eccepire che egli stesso ha reso impossibile (si è precluso) in questo modo l'esercizio dell'azione che intende proporre.

Così si è sempre ritenuto, per esempio, che l'esercizio dell'azione di risoluzione (in via costitutiva) di una vendita o di altro contratto di alienazione di beni, non è più possibile, se l'attore si sia spogliato per fatto proprio dei beni che, egli stesso, in ipotesi, dovrebbe restituire (salva, se del caso, l'azione per la condanna ai danni, che ha un oggetto diverso). Statisticamente più di rado il caso si presenterà per l'azione generale di rescissione dell'art. 1448, perchè di solito chi agisce per questo titolo si troverà a dover restituire danaro e non cose. Ma se il caso si presentasse (come oggi potrebbe avvenire, ad esempio, per una permuta), penso che si dovrebbe adottare la stessa soluzione adottata in tema di risoluzione in via costitutiva (5). E allora perchè non adottarla quando si tratti di rescindere una divisione? Che la restituzione dei beni in questo ultimo caso debba avvenire alla massa e non personalmente e direttamente alla controparte, non mi pare cambii gran che, quando si pensi che i beni costituenti la massa dovrebber prima o poi esser oggetto di quella « nuova divisione », alla quale tutti i condividenti (e quindi anche le controparti) hanno eguale diritto di partecipare *rebus integris*.

---

(5) Sul caso della risoluzione per inadempimento, chiaro e puntuale nel suo ragionamento: AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, pag. 465 e seguenti. Sullo stesso solco MOSCO, *La risoluzione del contratto*, Napoli, 1950, n. 83. Qualche obbiezione teorica v. invece in BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Torino, 1952, n. 151 e segg.; ma all'atto pratico poi la sua tesi si risolve nel far salva, *mutato nomine*, una azione di risarcimento, semprechè il fatto (alienazione, distruzione, ecc.) non involga *de facto* una rinuncia. Su di che si può esser d'accordo, come accenno nel testo, ma senza bisogno di confondere cose e figure. Per altre citazioni di dottrina e giurisprudenza, v. gli autori citati.

5. — Però — si è detto (ed è questo il punto cruciale) — il condividente (attore) che ha alienato, potrà « rappresentare » alla massa il valore « di stima » dei beni alienati ed imputarlo alla propria « porzione ». Al qual proposito una delle sentenze ha invocata anche una supposta (ma erronea) analogia col caso dell'art. 746 (collazione per imputazione del valore di un immobile alienato: v. *infra* n. 9). Se come risultato di queste operazioni — continuano gli zelatori di questa soluzione — la porzione dell'attore risulterà deficiente in misura lesiva, si ristabilirà la sua giusta consistenza con l'attribuzione o l'assegnazione di un « supplemento » a di lui favore, calcolato a norma degli artt. 766 e 767. Il che in ultima analisi vuol dire che si dovranno condannare il convenuto o i convenuti a pagare quel supplemento. Questa è infatti la conclusione a cui perviene SALIS nella sua nota.

Ma l'offrire e il dare un supplemento (in danaro o in natura), secondo la legge, è una facoltà del convenuto (« coerede contro il quale è promossa l'azione ») per « troncarne il corso », facoltà da esercitarsi da parte sua in via prettamente negoziale, se così creda e così voglia.

Ora secondo la soluzione dalla quale dissento, si convertirebbe questa mera facoltà in un obbligo, anzi *rectius*, io direi, in una soggezione diretta ed univoca (soggezione alla condanna), alla quale verrebbe a trovarsi esposto il convenuto. Si tratta di sapere se una siffatta conversione sia ammissibile. Ed è quello che io nego.

In questo modo si verrebbe a mutare infatti un elemento essenziale dello schema e della formula legale dell'azione (cioè l'oggetto e il tema legittimo del *petitum*). Ora è vero che nel nostro ordinamento non vi è un catalogo delle azioni civili, che ne cristallizzi tutte le formule. Normalmente anzi è dato di foggiarne in via di interpretazione, anche degli schemi non espressamente preveduti — o di adattare a diverse esigenze quelli preveduti — procedendo per analogia o in via di applicazione dei principii generali. Ma ciò può avvenire soltanto se la legge non dia in proposito delle prescrizioni specifiche. Quella possibilità è data in altre parole all'interprete solo *secundum legem* e non mai *contra legem*. Nel caso in esame la legge parla e dispone espressamente: l'interprete è vincolato e fuor di là non può divagare (6).

---

(6) Non ho bisogno, penso, di avvertire che circa il regime vigente delle azioni civili mi richiamo a quanto generalmente già esposto nel mio *Diritto*

Tutta quanta la materia delle azioni di nullità, annullamento, rescissione e risoluzione di negozi giuridici, è regolata, del resto, con disposizioni specifiche *ad hoc*, relative alla loro struttura, sia *quoad causam* che *quoad petitum*, del che non è difficile intendere le ragioni abbastanza intuitive. Quello che dico rispetto al caso in esame, non può considerarsi pertanto come singolare od inconsueto.

6. — Alla stessa soluzione che preferisco, si perviene, comunque, secondo le regole del diritto sostanziale-materiale.

Consideriamo pure per semplicità del discorso, la restaurazione della comunione con eventuale nuova divisione, da un lato, e la corresponsione del supplemento, dall'altro lato, come rimedi reintegrativi o restitutivi, vicarii l'uno dell'altro. Si dovrà pur sempre ritenere che la scelta, tra il far luogo all'uno o all'altro rimedio, spetta al soggetto passivo dell'azione di rescissione (convenuto in causa), appunto perchè l'offrire il supplemento è in facoltà di lui (e soltanto di lui). L'art. 767 non lascia dubbi in proposito. Ma allora è evidente l'analogia col caso delle obbligazioni alternative a scelta del debitore. « Se una delle due prestazioni diventa impossibile per colpa del creditore, il debitore è liberato dall'obbligazione... » (art. 1289 primo comma seconda parte). Nel caso nostro diventa impossibile per fatto del soggetto attivamente legittimato (vero o sedicente leso) la ricostruzione della massa. Per ciò il soggetto passivamente legittimato è liberato, e non può esser costretto a subire l'altra soluzione, che era in alternativa ed in facoltà (a scelta) di lui (cioè offrire il supplemento). È vero che letteralmente l'art. 1289 parla di colpa (del creditore), ma il confronto con la espressione usata all'inizio e anche nel precedente art. 1288 (« causa imputabile » o non « imputabile »), sta a dimostrare che colpa qui vuol dire semplicemente « fatto » volontario del debitore (imputabile in questo senso a lui). E la alienazione dei beni conseguiti in divisione (porzione), è per l'appunto un fatto volontario del condividente attore (imputabile a lui).

7. — Nello stesso senso sta, secondo me, anche la *ratio* degli articoli considerati sotto l'aspetto pratico (empirico).

---

*processuale civile*², Milano, 1952, I, nn. 9 e 10, anche in relazione al n. 3 e al n. 32, IV eccetera.

Sulla natura negoziale dell'offerta di supplemento, anche SALIS richiama la mia nota: *L'offerta di riduzione ad equità*, in *Riv. trim. di dir e proc. civ.*, 1947, pag. 576 e seguenti.

Nella formazione consensuale e nella assegnazione (comunque avvenga) della « porzioni » o, come si dice in pratica, dei « lotti » divisionali, entrano in giuoco infatti anche criterii o apprezzamenti soggettivi in ordine alla qualità dei beni (cespiti o cose) di cui si compongono, e non soltanto dei criteri meramente quantitativi di rispondenza del valore economico delle porzioni stesse al valore delle quote *pro indiviso*. Per conseguenza il consenso delle parti in ordine ad un determinato modo di dividere, che si concreta nel contratto divisionale fra di loro, concerne ed investe anche quella composizione qualitativa. E allora, rescindendosi il contratto, si deve riaprire automaticamente fra di esse, anche la questione dei beni che devono comporre le singole porzioni e che ciascuna è disposta ad accettare o ad assegnare ad altri. Al qual proposito hanno una importanza innegabile anche le loro valutazioni soggettive di quei singoli beni. Ciascuna di loro nel contratto *quondam* concluso, aveva accettato di dare e di ricevere rispettivamente la assegnazione di determinati beni, in quanto soggettivamente graditi, apprezzati e valutati in un determinato modo. Dal momento che il contratto sia rescisso e che quelle valutazioni vengano ad essere sostanzialmente modificate o rettificate d'autorità, in base ad altri criteri « di stima » (senza di che non vi sarebbe luogo alla rescissione), ciascuna parte (anche quella che si dica esser stata ingiustamente avvantaggiata) deve logicamente poter riprendere la possibilità di manifestare e di far valere delle diverse preferenze. Supponiamo che io, come condividente, abbia consentito a ricevere in assegnazione un certo immobile, assegnando all'altro condividente un altro immobile, in quanto d'accordo (soggettivamente) attribuivano all'uno e all'altro un egual valore ed una determinata « appetibilità ». Se adesso in sede di rescissione e in base ad una « stima » altrui, si giudichi che l'immobile assegnato a quell'altro deve esser valutato molto meno (oltre un quarto di meno), può essere che sorga un mio interesse od una mia legittima aspirazione a preferirne io stesso l'assegnazione a quel prezzo di stima oppure può sorgere la opportunità (o magari una sia pure relativa necessità) di ricorrere ad altri spedienti divisionali, come, per esempio, una nuova composizione di lotti da estrarsi « a sorte » oppure un incanto fra condividenti, la spartizione di uno degli immobili se esso sia « comodamente divisibile » e così di seguito. L'avere altra volta consentita l'assegnazione di quel dato bene ad altri, non mi vincola più, perchè per effetto dell'avvenuta rescissione e della variazione delle stime,

le condizioni sono mutate e la ragione (o vogliam parlare di causa anche rispetto a questo contratto *sui generis*?) del mio consenso può non sussistere più (7).

---

(7) Sul carattere causale della « proporzionalità » nella divisione: MIRABELLI, *op. cit.*, n. 50. Ma se ci si porta su questo terreno, anche la composizione qualitativa dei lotti deve assumere lo stesso carattere. A questo ordine di idee si può ricondurre anche quanto ho sostenuto più generalmente sul concetto di causa nel mio scritto *La causa del contratto secondo il codice* in *Studii in onore di Antonio Cicu*, II, Milano, 1951, dove però la figura del contrato divisionale non è particolarmente considerata.

Che la rescissione, travolgendo le assegnazioni divisionali, non determini un obbligo di restituzione dei beni (in natura) alla massa, è stato sostenuto da SALIS nella sua nota più volte citata. Il condividente convenuto, scrive SALIS, non può pretendere che il condividente leso (attore in causa) « restituisca alla massa quanto ha già ricevuto, dato che questo in ogni caso aveva il diritto di riceverlo ».

Ma in verità non so vedere come questo « diritto » (se vogliamo chiamarlo così) possa sopravvivere alla rescissione, che quello stesso condividente abbia chiesta ed ottenuta. L'accertamento della sussistenza quantitativa della lesione e la determinazione delle conseguenze, rispetto ad un contratto divisionale, avvengono in modo sensibilmente diverso e più complesso che non per altri contratti soggetti all'azione generale di rescissione, come, per esempio (esempio quotidiano), per una compravendita. In quest'ultimo caso il problema quantitativo si riduce ad istituire una proporzione semplice e diretta fra il prezzo convenuto (dato numerico che proviene dal contratto impugnato) e il « giusto prezzo » della cosa (dato che deve esser fornito dalla stima). Problemi qualitativi non ne sorgono. Nel caso della divisione invece bisogna rifare la stima di tutta la massa in tutti i suoi vari elementi attivi e passivi; in base a questo nuovo dato bisogna determinare il valore in cifra di ciascuna quota ideale (frazionaria); a questo punto bisognerà istituire un confronto proporzionale fra il valore della quota ideale dell'attore, così calcolata, e il valore del lotto che gli era stato assegnato nel contratto divisionale precedente, valutandolo ora secondo i nuovi valori di stima degli elementi attivi e passivi che lo componevano. Se ne risulti una deficienza eccedente il quarto, si farà luogo alla rescissione ma in questo caso per procedere a nuova divisione, bisognerà modificare la composizione qualitativa del lotto deficitario, il che importa per necessità di cose la modificazione anche degli altri lotti, riaprendo, per tutti e fra tutti, come dico nel testo, il problema del reparto in natura. Del precedente contratto, per conseguenza, tutto viene travolto (valore della massa, valore delle quote, valore e composizione dei lotti); non c'è piú niente che si possa ritenere già legalmente acquisito, neanche quel « diritto » dell'attore in rescissione, di conservare i beni assegnatigli e di disporne, del quale parlerebbe SALIS. Egli (attore) potrà conservarli e disporne solo nel caso che via sia una congrua offerta di supplemento a suo favore, ma siccome la scelta, come dico nel testo, è in facoltà del convenuto, non può generare in quel senso un diritto di lui, attore.

In breve: il diritto (titolo) dell'attore di « ricevere » i beni assegnatigli non poteva e non può derivargli se non dal contratto, ed è contradditorio ritenere che quel diritto persista quando egli stesso ne ferisca in radice la efficacia.

Questa, secondo me, è la ragion pratica... sottostante, per cui non si può consentire di regola al condividente attore che ha alienato, di « rappresentare » ed imputare il valore dei beni, invece di restituirli alla massa in natura.

Da queste considerazioni circa la ragion pratica della tesi che preferisco, c'è piuttosto un'altra conseguenza da trarre, sulla quale io sarei pienamente d'accordo, e cioè che la inammissibilità dell'azione di cui parlo operi soltanto *ope exceptionis*. Se gli altri condividenti (convenuti) non si oppongano alla « rappresentazione » ed alla imputazione, di fronte all'adozione di questo spediente, essi stessi si espongono in sostanza a dover poi corrispondere un supplemento. Implicitamente si può vedere in ciò l'esercizio di quella facoltà di scelta che spetta loro per legge. E il giudice *ex officio non* può opporvi un *fin de non recevoir*, che non ha più ragion d'essere.

8. — Ma dunque, si dirà, quante volte i condividenti convenuti sollevino l'eccezione ostativa all'esercizio dell'azione del condividente che si dice leso, la lesione non potrà più essere accertata nè trovare rimedio? Ricordiamoci sempre che qui si parla di una lesione puramente obbiettiva. E allora non faccia scandalo, se rispondo che la conseguenza sarà proprio questa.

La legge doveva pur preoccuparsi infatti di salvaguardare una certa *par condicio* nel trattamento dei varii condividenti. Perciò la protezione contro la lesione oggettiva (che, secondo il codice attuale appare più che mai di carattere eccezionale), è concessa a condizione che non ne siano poi eccessivamente pregiudicate le sorti, le ragioni o le aspirazioni degli altri.

Se il condividente che si ritiene leso, alienando i beni del suo lotto, rende impossibile ristabilire la situazione in quel modo che la legge considera equo per tutti, *imputet sibi*. Ne subirà le conseguenze (8).

Resterà aperta soltanto la questione se vi possa essere una azione di danni del condividente leso (e che non trova più rimedio alla lesione), quando vi sia stata da parte degli altri una *culpa in con-*

(8) Alla esigenza di salvaguardare una certa eguaglianza di trattamento fra le parti accennano anche gli autori, secondo i quali la alienazione, distruzione ecc. dei beni che in ipotesi dovrebbero essere restituiti, impedisce anche l'esercizio dell'azione di risoluzione (così AULETTA e MOSCO citati nella nota 5). Ma nel caso del contratto divisionale la cosa mi sembra di evidenza anche maggiore.

trahendo ai suoi danni, che non integri gli estremi del raggiro doloso (nel qual ultimo caso sorgerebbe l'azione di annullamento per dolo, accoppiabile e normalmente accoppiata alla azione di risarcimento). Altre volte ho espresso dei dubbi in proposito, ma non vorrei che ci fosse equivoco sul mio pensiero. Secondo me, i dubbii possono sorgere sul punto: se, come e quando possa sorgere una azione di risarcimento sul tipo di quella di cui agli artt. 1337 e 1338 anche per quei contratti rispetto ai quali la legge esclude la rilevanza dell'errore *in contrahendo* (come la esclude infatti per i contratti divisionali: v. *infra* n. 11), *item* se la rescindibilità per lesione possa più o meno equipararsi a questo effetto alla causa di « invalidità » dell'art. 1338. Al qual proposito io, in linea di massima, inclinerei oggi per l'affermativa circa l'*an*, salvo distinguere però prudentemente ed in concreto caso da caso. Del che non sembra sia qui il luogo di trattare più a fondo. Comunque, se e quando in concreto si ritenga che dalla conclusione di un contratto divisionale lesivo era originariamente sorta anche l'azione di risarcimento, si capisce che questa non può essere preclusa o impedita dalla sopravvenuta impossibilità di chiedere la rescissione (ricostituzione della massa e nuova divisione). Anzi! L'azione di risarcimento da accessoria (quale sarebbe stata in origine) potrà divenire autonoma e principale. Soltanto resterà fermo, secondo me, che, dovendosi dare anche a questo effetto la dimostrazione del carattere lesivo, l'azione fondata sulla colpa non potrà esser esercitata se non entro il termine che sarebbe stato concesso per l'azione di lesione.

Riconosco che attraverso il risarcimento (se e quando sia ammissibile) si perverrà ad un risultato che economicamente assomiglia al supplemento. Ma il ritenere che ci si arrivi soltanto eventualmente, in ragione ed in funzione di una colpa altrui (che sia positivamente dimostrabile e dimostrata *uti causam dans*), puntualizza, secondo me, la differenza fra la mia opinione e quella secondo la quale si arriva in ogni caso, anche *absque culpa*, al supplemento in senso proprio.

9. — Contro la soluzione che io preferisco e sostengo, non credo abbia peso la considerazione del caso inverso, e cioè del caso in cui l'alienazione sia avvenuta da parte del condividente avvantaggiato (convenuto). In questa ipotesi ammetto anch'io che l'azione possa aver corso (*supra*, n. 2 in prin.) e che, in difetto di altro rimedio, si potrà far luogo al riferimento fittizio per imputazione e costringere

il convenuto al supplemento, soluzione opposta a quella che sostengo per il mio caso, in cui cioè alienante sia l'attore (9). Ma è facile capirne il perchè.

Il condividente avvantaggiato (e convenuto) aveva, lui, *in facultate* la scelta di dare il supplemento, se voleva « troncare il corso dell'azione » e prevenire una nuova divisione in natura. Ma se, alienando i beni, abbia resa lui stesso impossibile la ricostruzione della massa in natura e la nuova divisione, sarebbe insensato consentirgli di dire trionfalmente: « siccome ho ormai determinata quella impossibilità, non ho più ragione neanche di offrire il supplemento. E così ho chiuse io stesso tutte le vie al mio condividente leso ». No. La verità è che chiudendo una via (nuova divisione), egli si pone *eo ipso* in condizione di dover necessariamente adottare quell'altra. Qui non ci si può vedere una conversione coatta della facoltà (di dare il supplemento) in un obbligo (soggezione) in dipendenza di un fatto altrui (*supra* n. 5). Ci si può vedere soltanto il concentrarsi dell'alternativa sull'unica soluzione ormai possibile, in conseguenza di un fatto proprio (di lui, condividente avvantaggiato, convenuto), come se egli stesso abbia in quel modo già esercitata la sua scelta. Questo è un fenomeno giuridico tutto diverso da quel l'altro: impossibile il primo (conversione coatta per fatto altrui), perfettamente possibile il secondo (concentrazione per fatto proprio). Nè si obbietti che la scelta e l'offerta richiede una manifestazione di volontà negoziale e che questa non si può ravvisare (in modo necessario e indeclinabile) nella alienazione dei beni. La concentrazione può avvenire secondo le regole ordinarie, anche in conseguenza di un fatto di chi aveva la scelta. Così nelle obbligazioni alternative a scelta del debitore, se questo renda impossibile col fatto proprio (per esempio alienando a terzi) una delle due prestazioni, l'obbligazione non si estingue, ma si concentra sull'altra prestazione e diviene obbligazione semplice a norma dell'art. 1829 alinea.

Questa è anche la ragione, per cui è erroneo come ho già accennato (*supra* n. 5), voler trarre per il caso nostro un supposto argomento d'analogia dall'art. 746. Questo lascia la scelta (fra conferire in natura o imputare il valore) a chi è tenuto alla collazione. Ma appunto per ciò, se costui abbia alienato, il suo obbligo si con-

---

(9) In questo senso: App. Torino, 30 gennaio 1950 in *Mon. Trib.*, 1950, pag. 134.

centra e si riduce alla sola collazione per imputazione. Parallelismo (similitudine) e quindi possibilità di argomentare per analogia dall'art. 746, ci sarà dunque rispetto al caso dell'alienante convenuto, ma non ci può essere rispetto al caso inverso ed opposto.

Tutto ponderato, resto per ciò dell'avviso, come già annunciavo da principio, che l'alienazione fatta dal condividente che si dice leso, fa sorgere una eccezione ostativa all'esercizio dell'azione da parte sua.

10. — Posso venire allora a toccare di quello che ho chiamato più sopra il secondo aspetto (o la seconda posizione possibile) del problema, e cioè: se l'alienazione dei beni costituenti la porzione si possa e si debba « costruire », e quindi considerare, sotto il profilo di una convalida (in senso tecnico giuridico) della precorsa divisione.

Questa non è, come potrebbe parere, una esercitazione meramente accademica. Infatti se il problema si ponesse in questi termini: se sia preclusa l'azione da una convalida implicita (che osti all'esercizio dell'azione), la risposta dovrebbe essere negativa, e comunque ne discenderebbero delle conseguenze diverse (cfr. *supra n.* 3).

La convalida è generalmente prevista ed ammessa, come tutti sappiamo, rispetto ai contratti annullabili (oltrechè per difetto di capacità, ipotesi che qui non interessa) per vizii che abbiano inquinata la formazione della volontà (art. 1444). Il pensiero da cui muove il codice, è che, conosciuto il vizio e cessata la sua influenza, la parte alla quale sarebbe spettata l'azione di annullamento, può ormai liberamente disporre, se così le convenga, che il contratto abbia viceversa il suo pieno ed irrevocabile effetto, come se fosse stato validamente concluso fin dall'origine. E perchè no? Bene (validamente), in altre parole, la parte stessa può ormai volere (e non sembri questo un bisticcio) di non disvolere ciò che male (invalidamente) in origine aveva voluto. Ed a questo effetto essa (parte) può emettere una nuova dichiarazione di volontà negoziale. Il codice considera poi come implicitamente manifestata quella volontà (di convalidare), anche col fatto o nel fatto di dare volontariamente esecuzione al contratto. Ragionevolmente infatti non si può nello stesso tempo volere e disvolere (cioè eseguire, ma nello stesso tempo escludere che il contratto debba avere effetto ed esecuzione) e neppure volere (*ergo* eseguire) con la riserva di disvolere (e quindi

in conclusione non solo di rinnegare, ma di distruggere e di far cadere l'esecuzione nel frattempo già compiuta). Il che trova poi riscontro, *mutatis mutandis*, anche nelle disposizioni sulla convalida del testamento e delle donazioni. Ma se è esatto quanto ho detto e sostenuto più sopra, l'alienazione dei beni costituenti la porzione, non fa sorgere un ostacolo all'esercizio dell'azione di rescissione in considerazione di una vera e supposta volontà (di convalidare) del condividente che aliena. Una cosiffatta vera o supposta volontà non viene menomamente in considerazione a quell'effetto. L'ostacolo che ne sorge, secondo me, *in rebus ipsis* è meramente obbiettivo (quasi di impossibilità materiale). Nessuna affinità dunque e anzi direi piuttosto antitesi, con la figura di una convalida.

11. — Possiamo sgombrare così (e prima di tutto) un dubbio, che potrebbe sorgere dalla disposizione dell'art. 1451, in quanto esclude la convalida di atti rescindibili. Se l'alienazione dei beni nel caso di cui mi occupo, si dovesse configurare strutturalmente come convalida, si potrebbe pensare che la sua efficacia o rilevanza resti esclusa dall'inibizione dell'art. 1451, e che per conseguenza non pregiudichi l'esercizio dell'azione.

Per la verità non è affatto certo che quell'articolo si applichi anche ai contratti divisionali lesivi. Esso si coordina (per quel che appare anche dalla sua collocazione) alla figura dell'azione generale di rescissione e trova la sua *ratio* nei caratteri e negli estremi proprii di questa. Questa, per quanto fondata sulla considerazione dell'illecito di una parte (che approfitta), trova infatti il suo terreno ed ha le sue radici in una minorata libertà dell'altra (stato di bisogno), che arieggia un vizio di volontà (10). Cotesti estremi contrapposti ma correlativi, spiegano, come la legge a proposito dell'azione generale di lesione, parli di convalidazione (come se si

(10) Al vizio del volere attribuisce qualche importanza anche MIRABELLI, *op. cit.*, n. 47 e *passim*; più recisamente sposta invece il centro di gravità sull'illecito della parte che approfitta: GIORDANO, *In tema di violenza morale e di sfruttamento dello stato di pericolo* in *Riv. di dir. comm.*, 1954, I, pag. 56 e seguenti. Ma una considerazione prettamente realistica del fenomeno, così e come considerato dal legislatore, non può prescindere dal concorso dell'uno e dell'altro fattore del fenomeno. Per ciò credo di dover consentire in fra l'altro col MIRABELLI là dove sostiene che, avendo riguardo a questi fattori concorrenti (sempre per quanto concerne l'azione generale), il legislatore avrebbe dovuto più ragionevolmente distinguere e non escludere radicalmente la possibilità di convalida: *op. cit.*, n. 91.

trattasse di annullabilità) ...sebbene ne parli per escluderla (cioè escluderne la liceità). La disposizione così intesa (e con essa la sua *ratio*), non si attaglia però al caso di lesione nei contratti divisionali, che ha, come sappiamo, un fondamento meramente obbiettivo (ed astrae sia dall'illecito, sia dal vizio di volontà). E per ciò è prevalente, in pratica, a quel che mi sembra, l'opinione che non sia applicabile a questo caso l'art. 1451. Comunque la questione di massima è ancora aperta (11).

Ma se si ritiene, come io ritengo, che l'alienazione dei beni non sia « costruttivamente » configurabile come convalida, la questione di massima non la riguarda neanche più, e non ne possono più sorgere dubbii di sorta. Se convalida non è, il divieto dell'art. 1451, comunque lo si interpreti, non la tange.

Per esaurire il tema, resta piuttosto da istituire un opportuno confronto anche con l'art. 768.

Contemplando i contratti divisionali annullabili per i due classici vizii di dolo e di violenza, l'articolo pone in parallelo, anzi equipara, l'alienazione dei beni alla esecuzione convalidante dell'art. 1444. In realtà una esecuzione volontaria (convalidante) in senso proprio non è facilmente configurabile (almeno di regola) rispetto a contratti di carattere costitutivo (pseudo-dichiarativo), come sono i contratti divisionali. Ma è innegabile che il condividente che aliena i beni assegnatigli, trae volontariamente e visibilmente tutte le conseguenze da quella avvenuta assegnazione e quindi è spiegabile, anzi è logico, che il codice istituisca quel parallelismo con l'esecuzione volontaria.

Ora se l'alienazione assumesse figura e carattere di convalida (e si ritenesse esclusa, ciò non ostante, l'applicabilità dell'art. 1451), verrebbe fatto di pensare, che sia estensibile anche ad essa per identità di ragione il disposto dell'art. 768, e di concluderne che l'alienazione dei beni *può* precludere l'esercizio dell'azione di rescissione,

---

(11) In senso negativo (cioè contro l'estensione del divieto), v. per esempio CICU, *La divisione ereditaria*, Milano, 1948, pag. 104. Per la estensibilità del divieto v. invece MIRABELLI, *op. cit.*, n. 91.

Secondo me, la questione andrebbe posta anche in relazione con la *ratio* dell'art. 764 (caso della transazione « con la quale si è posto fine alle questioni insorte ecc. »). Sulla interpretazione dell'articolo in relazione alle varie combinazioni possibili fra divisione e transazione (divisione transativa, transazione divisionale, ecc.), vedo delle osservazioni interessanti nella prima parte della nota del SALIS, ma non portate a conseguenze rispetto al problema interpretativo dell'art. 1451.

ma che bisogna distinguere. Preclude se sia avvenuta conoscendo la sussistenza della lesione (*si sciens vendiderit*), non preclude in caso contrario (*si ignorans vendiderit*). Non ho bisogno di dire che, escludendo invece, come io escludo, che si tratti di convalida, l'estensibilità dell'art. 768, non viene neanche in considerazione (12). L'ostacolo dipendente dall'alienazione, sorge senza che sia dato di indagare (ciò che sarebbe del resto praticamente incontrollabile), se il coerede alienante sapesse o non sapesse, credesse o non credesse d'essere stato leso.

Il regime dell'azione di rescissione per lesione oggettiva viene così a discostarsi, anche sotto l'aspetto che qui ci interessa, dal regime dell'azione di annullamento.

Ma cio è in perfetta coerenza, secondo me, con tutto il sistema della legge e con altre disposizioni particolari, in cui la soluzione che preferisco trova pertanto ulteriore conforto e conferma.

Prima di tutto: se nei casi di lesione oggettiva si volesse comunque ravvisare un vizio di volontà (implicito e sottostante), estendendo poi anche ad essi le regole della convalida, bisognerebbe evidentemente pensare (come tipo di vizio) all'errore (errore nelle valutazioni). Ma poichè la legge (artt. 761, 763 e 768) ha escluso che l'errore dia luogo ad una invalidità-annullabilità del contratto divisionale, ed ha disposto che possa portare soltanto alla rescissione (se ne ricorrano gli estremi quantitativi), è logico, anzi direi è imperativo, ritenere che questo rimedio (della rescissione) abbia un regime proprio e diverso da quello dell'azione di annullamento. Altrimenti il contrapposto fra rescindibilità (ammessa dalla legge) e annullabilità per errore (esclusa), non avrebbe più senso, nè in linea concettuale nè in linea pratica (13).

Decisivo è comunque il confronto delle regole sulla prescrizione dell'azione. Per l'azione di annullamento la prescrizione è quella (quinquennale, consueta) dell'art. 1442, e non decorre se non dalla scoperta o dalla cessazione del vizio. Quella dell'azione di rescissione invece (biennale), decorre dal giorno del contratto (art. 763 u.c.). La differenza di regime appare su questo punto nitida e flagrante (14).

---

(12) Sulla inapplicabilità dell'art. 768 all'azione di rescissione, v. anche BRUNELLI e ZAPPULLI, *Comm. al nuovo codice civile (libro delle successioni)*², Milano, 1951, pag. 606, ma traendone delle conseguenze, secondo me, ingiustificate.

(13) Sul rappotro fra lesione ed errore, v. anche MIRABELLI, *op. cit.*, n. 48 e 49.

(14) Per quanto concerne l'azione generale di rescissione, chi ne addita la base fondamentale nell'illecito, può giustificare la decorrenza della prescrizione adducendo

Basterebbe questo per concluderne, che neanche le regole sulla convalida, applicabili per l'azione di annullamento, possono calzare e valere a loro volta per l'azione di rescissione.

E così gira e rigira... torniamo sempre al risultato che, rispetto all'azione di rescissione l'alienazione dei beni non può considerarsi come convalida. Per conseguenza non è su questo terreno, che si possa ricercare se, come e quando l'alienazione dei beni precluda, escluda od impedisca l'esercizio dell'azione.

Questo non toglie però che l'alienazione possa creare o meglio far sorgere una eccezione ostativa nell'altro senso già veduto (cioè di impossibilità oggettiva) all'esercizio dell'azione di rescissione. Questo è un altro problema, del tutto indipendente e che ammette, anzi secondo me richiede, per le ragioni già dette a suo tempo, una risposta affermativa. Può rimaner ferma così la conclusione di prima, ma avendola liberata dalla intrusione o dalla interferenza di elementi problematici, che in realtà non la riguardano e che servono soltanto a confondere le idee.

12. — Ultimo punto. Fin qui ho parlato, per semplificare il discorso, di alienazione della porzione o dei beni costituenti la porzione. Ma se il condividente che si dice leso, ne abbia alienato soltanto alcuni e non tutti, *quid*?

Logicamente, secondo me, non è il caso di estendere, neanche sotto questo aspetto, l'art. 768 alla ipotesi di rescissione. Non si può pensare, cioè, *sic et simpliciter*, che qualunque alienazione, che non sia di « oggetti di facile deterioramento o di valore minimo », faccia sorgere l'eccezione ostativa. Bisognerà aver riguardo piuttosto alla *ratio legis* (come io la vedo). L'eccezione ostativa è data al convenuto o ai convenuti come una specie di contro-protezione legale contro la conseguenza dell'alterazione (impossibilità di ricostituzione nello *status quo antea*) della massa divisionale. Questa contro-protezione andrà contenuta tuttavia, secondo i principii generali, nei limiti di un reale e ragionevole interesse. Sorgerà dunque l'eccezione quando alienata sia una rilevante parte dei beni od anche

---

che la conclusione del contratto rappresenta precisamente il momento in cui l'illecito viene perpetrato.

Ma questa giustificazione non può valere per l'azione di rescissione della divisione per lesione meramente oggettiva. Ciò non attenua affatto, anzi in un certo senso accentua, la singolarità del regime, di questa ultima azione.

quando siano stati alienati dei singoli beni di importanza economica relativamente minore, ma insostituibili per la loro importanza qualitativa (anche dal punto di vista soggettivo e magari sentimentale dei condividenti), cosicchè la loro sottrazione alla massa ne alteri, quanto meno da questo punto di vista, le caratteristiche. Tale potrà essere, per modo d'esempio, l'alienazione del palazzo o del maniero avito, che sarà forse un cespite passivo, di un podere modello del quale ci si possa gloriare, di un'opera d'arte, e così seguitando. Non sarà tale invece l'alienazione di beni facilmente reperibili o sostituibili nel comune commercio. Farne delle categorie o stabilire delle proporzioni *a priori* non si può. Bisognerà rimettersi all'apprezzamento che ne farà caso per caso il giudice, sulle ragioni che siano per dargliene le parti. Il problema non è più di massima, ma di limiti, determinabili solo in concreto secondo le circostanze.

POSTSCRIPTUM

Questo mio studio era già in bozze di stampa, quando il *Foro it.* ha pubblicata con nota a firma I. MOSCHELLA (1954, I, 1157 e segg.), la sentenza della Corte di Bologna 5 marzo 1954 alla quale alludevo nel testo (al n. 1), indicandola come inedita. Ciò mi consente di chiarire come e perchè le argomentazioni della sentenza non abbiano potuto indurmi in diversa opinione.

Dice la sentenza che l'atto rescindibile non può essere convalidato (art. 1451), senza ricordare, per dir vero, che, come pur ricordo nel testo (n. 10-11), è discusso e discutibile se la regola valga anche per gli atti divisionali. Ma comunque quella, secondo me non è una considerazione pertinente e tanto meno risolutiva, dal momento che escludo *ex professo* che la alienazione costituisca od implichi una convalidazione.

Prosegue poi la sentenza dicendo, che lo scopo dell'azione di rescissione « non è quello di ricostituire in ogni caso la massa in natura per far luogo ad una nuova divisione, ma semplicemente quello di ristabilire l'equilibrio delle quote a questo fine ». Anch'io ammetto senz'altro che « quello » (di ristabilire l'equilibrio) sia lo scopo ultimo. Chi vorrà negarlo? Ma tutto il problema sta nel vedere in che consistano i mezzi consentiti per attuarlo e se non possano questi urtarsi talvolta in qualche ostacolo giuridico impeditivo, quale può essere creato per l'appunto dalla avvenuta aliena-

zione dei beni. Ora quando la sentenza prosegue dicendo semplicemente che quello scopo « si può raggiungere con l'imputazione dei valori... », mostra con questa apodissi di ignorare o di negare in radice il problema. E allora non c'è più nessuna possibilità dialettica di discuterne.

Aggiunge finalmente la sentenza, che con ciò non si viene a « ledere il diritto di scelta del condividente locupletato, perchè la facoltà concessagli dall'art. 767 non è già quella di pretendere una nuova divisione in natura, ma solo quella di dare il supplemento... ». E qui non è chiaro se ci sia un equivoco o ci sia soltanto la ripetizione in altra forma della apodissi precedente. La scelta presuppone infatti per definizione due soluzioni possibili in alternativa, con facoltà di adottare l'una o l'altra. Ora se qui si vuol dire che la facoltà « non » è quella di pretendere una nuova divisione ma « solo » quella di dare il supplemento, si sopprime con questo un corno del dilemma e allora la scelta dove va a finire? Se poi si vuol dire che la scelta c'è ancora, ma c'è tra il rifare la divisione sulla massa ormai trasformata nella sua consistenza per effetto dell'alienazione e il dare il supplemento, allora siamo al punto di prima: e si tratta di sapere se la prima soluzione sia giuridicamente ammissibile e coercibile, e quindi si possa imporre agli altri condividenti di subirla contro la loro volontà, nel caso che non prescelgano la seconda.

La sentenza sul caso *de quo* non dice altro.

Quanto alla nota del collega MOSCHELLA ha contenuto e carattere polemico contro la mia tesi, che era già stata anticipata in un mio scritto in *Giur. it.* 1953, IV, 145 (in cui avvertivo naturalmente fin da allora che essa sarebbe stata inserita nella sua forma definitiva nel presente volume). Il collega suppone che si tratti di un « parere » dato in quella causa. No. Un « parere » lo avevo dato in termini puramente astratti, una diecina di anni fa. E spiego nel testo come non trovi ragione di mutarlo. Devo aggiungere adesso: non la trovo neanche dopo la nota MOSCHELLA.

Questa non fa in sostanza che parafrasare e ripetere, variandone le espressioni, l'argomento della sentenza, e cioè che lo scopo dell'azione è quello di « ristabilire l'eguaglianza quantitativa delle porzioni comunque sia attuabile ». E riconosce bensì l'annotatore che spetta al legislatore « indicare le norme che disciplinano le azioni ». Ma, muovendo da questa premessa, ritiene poi corretto anzi imperativo per l'interprete introdurre come *petitum* di una azione di re-

scissione il pagamento di un supplemento, che la legge prevede solo come possibile oggetto di una eventuale offerta negoziale del convenuto per « troncarne il corso ». Ecco il punto sul quale non posso esser d'accordo. Che se veramente fosse ammissibile quella conversione di una facoltà negoziale altrui in un diritto proprio, perseguibile in via d'azione, non si capirebbe perchè questa conversione non sia ammessa in ogni caso e perchè l'attore, possa prender questa via più comoda, solo cominciando con l'alienare i beni della sua porzione.

IN TEMA DI BREVETTABILITÀ DEI PROCESSI DI PRODUZIONE DI MEDICAMENTI

[1955]

1. — Il problema già dibattuto in altri tempi, della brevettabilità dei processi per la produzione di medicamenti è stato recentemente riportato sul tappeto anche da una «campagna» di stampa (1) Ed è effettivamente grave. Le « dimensioni » della moderna produzione industriale del « ramo » implicano in un senso o nell'altro, anche dei formidabili interessi privati e pongono non di rado in conflitto l'industria nazionale con quella straniera. Ne vengono così messe in giuoco, oltre alle ragioni della sanità e dell'igiene pubblica, quelle dell'economia interna e degli scambi internazionali.

De *iure condendo* protesto senz'altro la mia personale incompetenza... che senza dubbio non è soltanto mia. Non par lecito infatti prendere partito in proposito senza una esauriente raccolta e ponderazione di dati, quale non può esser compiuta se non da pubblici uffici opportunamente « attrezzati ». De *iure condito* invece, il problema è essenzialmente di interpretazione: declinare di proporselo non mi sembrerebbe altrettanto giustificato. E val la pena di ritentarlo, anche perchè sullo *ius conditum* si dovrebbero porre naturalmente le fondamenta dello *ius condendum*, mentre esso ci appare tuttora franoso ed instabile. Conseguenza, almeno in parte, delle disgraziate vicende della nostra legislazione in proposito.

2. — Brevemente ricorderò:

1) la legge sarda (piemontese) 30 ottobre '59, n. 3731, estesa poi a tutto il Regno d'Italia, disponeva nel suo art. 6: « Non possono costituire argomento (*sic*) di privativa... i medicamenti di qualsiasi

---

Nota a decisione della Commissione dei ricorsi in materia di brevetti 15 maggio '54 pubblicata in Riv. di diritto commerciale, 1955.

(1) V. per es. in *Corriere della Sera*, 8 e 9 aprile 1955.

specie ». Non risolveva *expressis verbis* il punto: se potessero essere « argomento di privativa » i relativi processi di produzione. Però la prassi amministrativa e (dopo qualche oscillazione iniziale) anche la giurisprudenza della Commissione speciale competente (Commissione dei ricorsi), si sono trovate pienamente e costantemente concordi nell'adottare la soluzione negativa (non-brevettabilità), fino alle ultime dissonanze di cui parlerò. Divisa invece da tempo la dottrina, ma senza riflessi su quella prassi (2).

---

(2) I dati sulla prassi e sulla giurisprudenza rispettivamente dell'Ufficio ministeriale dei brevetti e della Commissione dei ricorsi (non sempre facili da rintracciare e consultare) si possono vedere raccolti da MAZZOLÀ, *La brevettazione dei processi di produzione dei medicamenti*, suppl. al n. 1-2 della *Rassegna della proprietà industriale*, ecc., 1951; v. specialmente n. IV p. 25 e 26 e note. Sullo stato e sul significato di quella prassi e di quella giurisprudenza, almeno fino alla sentenza della Cassazione del '46, di cui mi occuperò più oltre, si sono trovati sostanzialmente consenzienti anche quei sostenitori della brevettabilità che si sono dati carico di una imparziale indagine in proposito: cfr. EULA, *Brevettabilitá dei processi*, ecc. in *Riv. di dir. comm.*, '46 I, al n. 4 p. 27 e *passim*. In questo senso aveva rettificato la sua esposizione anche GHIRON, nella terza edizione del suo *Corso di dir. ind.*, 1948, I, pag. 98. Qualche divergenza nel caratterizzare il contenuto di alcune più remote decisioni delle commissioni si nota bensì in EULA, *op. cit. loc. cit.*, ma non mi pare che abbia ormai sensibile importanza: v. più avanti nota 8-9.

Ben maggiore, anzi decisiva importanza per la storia legislativa, mi sembra che abbia invece la constatazione che ne è stata fatta in sede di lavori preparatori del testo del '34. V. le citazioni testuali dei verbali della Commissione in MAZZOLÀ, *op. cit.* pagine 32 e segg. Fra gli altri faceva parte di quella Commissione anche il direttore dell'Ufficio del Ministero il quale nella seduta 11 luglio '30 ebbe testualmente a dichiarare: « *L'ufficio nell'applicare le norme vigenti ha escluso dalla brevettabilità sia i medicamenti di qualunque specie sia i processi per ottenerli, applicazione che è stata confermata dalla Commissione in ogni caso di ricorso* ».

Fondatamente pertanto osserva lo stesso MAZZOLÀ, *loc. cit.* che la Corte Suprema doveva essere molto male informata, quando nella sua sentenza del '46 ha creduto di poter raccontare che la prassi e la giurisprudenza erano oscillanti e contraddittorie.

Vero invece che, come dico nel testo, era divisa la dottrina teorizzante in astratto. E dal punto di vista statistico risulterebbe prevalente anzi negli scritti dottrinali l'opinione che riteneva ammessa *ab antiquo* la brevettabilità. Non credo però che in questo caso il numero statistico abbia qualche peso, perchè la riproduzione delle stesse idee da uno scrittore all'altro appare tralatizia, senza vaglio di critica.

A scopo informativo basterà quindi vedere fra gli scrittori men recenti, in un senso AMAR, *Manuale della proprietà ind.*, Torino 1873, p. 10, e nel senso opposto BOSIO, *Le priv. ind.*, Torino 1891, p. 124; fra quelli più vicini a noi RAMELLA, *Trat. delle prop. ind.*, Torino 1927, p. 117; GHIRON, cit. sopra in nota 2.

Per la dottrina posteriore alle sentenze del '46 v. più oltre note 4, 9, 10 e 12.

2) Nell'anno di grazia 1926 (ed eran passati poco meno di tre quarti di secolo dalla prima elaborazione della legge sarda) una legge ordinaria (25 novembre '26, n. 2023) demandava al Governo di regolare da capo la materia con una legge delegata, senza fornire in proposito principii o criterii direttivi. L'art. 76 della costituzione vigente era ancora di là da venire.

3) Ad otto anni di distanza, con r.d. 13 ottobre '34, n. 1602, veniva approvato un testo laboriosamente predisposto da una apposita Commissione, e veniva quindi regolarmente pubblicato. Senonchè l'art. 134 delle sue stesse disposizioni transitorie ne rinviava l'entrata in vigore a quindici giorni dopo la pubblicazione del regolamento, al che si sarebbe dovuto provvedere a sua volta nel termine di sei mesi. Naturalmente il regolamento non è mai stato pubblicato, e in queste condizioni il testo del decreto non ha mai acquistato vigore attuale ed effettuale di legge, se non a quell'effetto... auto-sospensivo (3).

In quel testo del '34 all'art. 16 si leggeva (o meglio si sarebbe letto), che non potevano costituire « oggetto di privativa i medicamenti di qualsiasi genere », ma si aggiungeva espressamente nel capoverso: « Può tuttavia concedersi la privativa per i processi usati nella loro produzione ».

4) Passano ancora degli anni, poco meno di un lustro, e finalmente con un d.l. 24 febbraio '39 n. 317 (divenuto poi legge per effetto della conversione... globale e indiscriminata del 2 giugno '39, n. 739) si dispone che il testo del settembre '34 « ancora in sospeso (*sic*), per la materia delle invenzioni e per quella dei marchi avrà... applicazione graduale (*sic*). Al governo del re sono delegati i necessarî poteri per stabilire la ripartizione delle disposizioni secondo le materie anzidette, per regolare la gradualità dell'applicazione delle disposizioni stesse e per riunire in appositi testi le disposizioni da mettere in attuazione per prime (*sic*), nonchè quelle da attuare in tempi successivi, mediante regi decreti aventi forza di legge da emanare a norma degli articoli seguenti ».

---

(3) Questo testo è stato poi esautorato dalla successiva legge di delega del '39, mentre perdurava ancora la *vacatio* determinata dal mancato verificarsi della condizione apposta alla sua entrata in vigore. Per ciò si deve ritenere, secondo me, che non sia mai divenuto legge (vigente) e sia stato anzi degradato e ridotto al valore di mero schema programmatico. In senso contrario: MAZZOLÀ, *op. cit.*, sulla cui opinione v. *infra* nota 6.

L'art. 2 soggiungeva: « è differita a qualunque effetto a tempi successivi l'attuazione degli articoli seguenti del richiamato decreto 13 settembre '34... ». Seguiva una lunga enumerazione e poi un capoverso così concepito: « Analogamente è differita l'attuazione dell'art. 16, comma secondo, riguardante le invenzioni dei processi per medicamenti ». Però l'art. 5 chiariva che il Governo avrebbe potuto « dare attuazione » più tardi (ma senza dir quando) anche alla norme « differite ». Comunque il « differimento » si è perpetuato; e ritengo che sotto l'impero della Costituzione vigente la delega del '39 a tempo indeterminato, si debba ritenere ormai caduta o decaduta. Per provvedere occorrerebbe, a mio avviso, una nuova legge nelle forme ordinarie.

5) Si noti che con la delega del '39 non si disponeva che si dovesse far entrare in vigore il testo del 34. Vi si parla bensì di « applicazione » o di « attuazione », ma in realtà si intendeva disporre e si è disposto, che il Governo delegato procedesse alla compilazione di nuovi testi, nei quali trasfondere (più o meno) il contenuto di quello predisposto (e rimasto « in sospeso ») fin dal '34. Ed erano i nuovi testi che, approvati per decreto e regolarmente pubblicati, dovevano assumere carattere ed efficacia di legge delegata.

Con riferimento per lo meno a quello di essi da compilare e pubblicare per primo, si prescriveva anzi (art. 3), che il Governo avesse cura di « riunire » le disposizioni del '34 « da mettere in attuazione per prime » nonchè « le disposizioni delle leggi e dei decreti che restano in vigore », e « coordinarle » tutte quante « al fine di disciplinare organicamente le singole materie, integrando, modificando o sopprimendo le disposizioni stesse anche per armonizzarle con le convenzioni internazionali... e in generale con le altre leggi dello Stato ». Forse il Signore Iddio misericordioso indulgerà a chi nel '39 scriveva leggi in questo modo. Ma insomma si voleva dire che il Governo avrebbe dovuto impastare, di nuovo e di vecchio, una specie di testo unico *in parte qua*, e dare poi a questo la efficacia di (unica) legge vigente in materia.

Esso è stato effettivamente compilato, è stato approvato e pubblicato col r.d. 29 giugno '39, n. 1127 ed è poi entrato in vigore col successivo r.d. 5 febbraio '40, n. 244, che approvava il relativo regolamento.

All'art. 14 vi si leggeva: « Non possono costituire oggetto di brevetto i medicamenti di qualsiasi genere nè i processi per la loro produzione ». Questo si chiama parlar chiaro. Ma l'articolo non ha ser-

vito ad eliminare le dispute, anzi per una sua stranissima sorte, ha servito a trapiantarle purtroppo dall'antico terreno accademico-dottrinale al terreno della pratica.

3. — I « competenti uffici » del Ministero infatti e, in primo tempo, anche la Commissione dei ricorsi, hanno bensì creduto di veder consacrata *iure* in quell'articolo 14 la loro antica e costante prassi e la loro giurisprudenza, che già da prima (anzi fin dall'origine) aveva esclusa, come ho detto, le brevettabilità. Senonchè la Suprema Corte a sezioni riunite, con una inopinata sentenza 24 gennaio-29 marzo '46, prendendo l'avvio da una supposta « incostituzionalità » di quell'art. 14 (perchè eccedente a suo dire i limiti della delega), ha cassata nel merito una decisione della Commissione dei ricorsi. E poichè questa, davanti alla quale era stato riportato il caso, per particolari ragioni di specie aveva ritenuto di dover decidere nuovamente nello stesso senso di prima, la stessa Suprema Corte con altra sentenza 6 ottobre '51 ha tornato a cassare (4).

Da allora, a quanto posso saperne, i competenti uffici del Ministero sono ancor fermi nella lor prassi, ma la Commissione dei ricorsi ha pensato bene di cedere viceversa alla Cassazione. Non si può ammettere, però, che con questa inversione della giurisprudenza, la questione di massima venga ad essere risolta in modo definitivo e soddisfacente. Con tutto il rispetto dovuto al nostro Supremo giudice di diritto, le sue decisioni non persuadono affatto, non nelle loro argomentazioni e non nel loro risultato. E si impone, a mio avviso, un radicale e spregiudicato riesame di tutta la materia.

4. — Dal punto di vista dell'ordinamento giurisdizionale, la Suprema Corte, con la prima delle sue sentenze su ricordate (quella del '46) è andata, non oso dire fuori dal seminato, ma certamente fuori dei limiti legittimi delle sue attribuzioni.

Ha asserito infatti di dovere e di voler pronunciare a sensi della legge del '77 sui conflitti di attribuzioni, configurando un preteso « eccesso di potere » della Commissione dei ricorsi (considerata come giurisdizione speciale). Non sembra che la Corte abbia avuto pre-

---

(4) La sentenza del '46 è pubblicata in *Giur. it.* 1946, I, 1, 242 con nota EULA, di cui riparlerò *ex professo* e in *Foro it.* 1946, I, '41 con nota PELLEGRINO, nonchè in *Giur. compl. Cass. civ.* '46, II, 1, 243, con nota GHIRON; sulla sentenza del '51 v. *infra* nota 9 e 10.

sente, che la legge sui conflitti era ormai assorbita ed esautorata dall'art. 362 del codice di procedura, con che restava eliminata e seppellita (anche nominalmente) la vecchia formula dell'« eccesso di potere ». Comunque poi era ormai *ius receptum* fin dai tempi dei tempi (e cioè per lo meno dai tempi di Mortara in poi), che l'eccesso di potere ai sensi di quella legge del '77, non era se non il difetto di giurisdizione visto sotto altra faccia, non già l'eccesso nel senso elastico e pregnante, che ha poi assunta quella espressione nelle leggi sulla giustizia amministrativa.

Ora voglio ammettere (non senza un certo sforzo e non senza salvezza di opportune distinzioni), che si potesse configurare a sensi dell'art. 362 un difetto di giurisdizione dei giudici del merito ad applicare una legge ritenuta (dal Supremo Collegio) incostituzionale (*ergo* non - legge). Ma qui, muovendo dalla asserita incostituzionalità, la Suprema Corte ha poi creduto di andare più oltre, proclamando che si doveva applicare al caso la vecchia legge del '59, e che questa andava poi interpretata in un certo determinato senso (brevettabilità dei processi). Questo ultimo, secondo me, era un punto di schiettissimo merito e come tale interdetto in allora alla Suprema Corte. Ma non importa.

Questi rilievi hanno ormai perduta gran parte della loro importanza pratica dopo l'entrata in vigore della Costituzione e dopo che la stessa Corte Suprema ha poi pronunciata la sua seconda sentenza in materia (quella del '51). Per quanto sia tuttora problematico, a mio avviso, il significato ed il valore finale dell'art. 111 della costituzione medesima, supponiamo pure che sotto questo profilo (meglio che sotto il profilo dell'art. 362 del codice) si possa dedurre oggi come motivo di cassazione, che il giudice speciale abbia applicata una legge incostituzionale, cioè una (non-legge), violando con ciò per implicito la vera (autentica) legge vigente. È per lo meno dubbio tuttavia, anche oggi, se la Corte Suprema possa additare preventivamente al giudice di rinvio, sotto specie di enunciazione del principio di diritto *ex* art. 384, non solo quale sia la legge applicabile, ma anche la interpretazione, che esso ne dovrà dare. Mi guarderò bene tuttavia dal sottilizzare in proposito, dal momento che qui mi propongo di affrontare nel suo intrinseco il fondo della questione (5).

---

(5) La questione dei limiti delle attribuzioni della Corte Suprema al tempo della sentenza del '46 è stata vista ed affrontata dal MAZZOLÀ in Appendice al suo

5. Nel merito:

il filo di pensiero della Suprema Corte nella sentenza del '46, mi pare si possa ridurre a questa serie di proposizioni:

a) incostituzionale, e quindi inefficace come fonte normativa, l'art. 14 della legge delegata del giugno '39 (che dovrebbe costituire il testo unico *in parte qua* della legge vigente), perchè ha ecceduto i limiti della delega legislativa;

b) sul punto della brevettabilità dei processi di produzione, si deve ritenere pertanto rimasta in vigore la vecchia legge sarda (o meglio ... il silenzio della legge sarda), per cui quel punto rimaneva (ed ora ritorna ad essere) abbandonato ai suoi interpreti;

c) la legge sarda (o meglio la sua lacuna sul punto *de quo*) andava e va integrata o colmata in via di interpretazione, nel senso che doveva ritenersi consentita la brevettabilità. E questa è la interpretazione integrativa, che si deve adottare tuttora, anche perchè il testo predisposto e pubblicato col decreto del '34 (sebbene non mai entrato in vigore) forniva e fornisce una interpretazione autentica in tal senso;

d) nulla si può ricavare in contrario dal « differimento » disposto con la legge di delega del '39, perchè esso, riguardando il te-

---

scritto, già citato in nota 2. Concordo con lui per quanto scrivo più sopra nel testo.

Non altrettanto concorderei con lui, in quanto sostiene che la Corte Suprema non avrebbe potuto e non potrebbe rinviare alla stessa Commissione dei ricorsi, traendo argomento anche di qui, per escludere l'efficacia vincolante del principio enunciato dalla Corte stessa, e sostenendo che la Commissione dei ricorsi, per poter conoscere delle controversie che le vengano rimesse dalla Corte, dovrebbe esser divisa in due o più sezioni.

L'art. 383 del cod. proc. civ. è certamente inapplicabile alla ipotesi della cassazione di decisioni di giudici (giurisdizioni) speciali. Ma appunto per ciò, se vi sia luogo ad una ulteriore decisione del merito, si deve applicare l'art. 382 al., tenendo ferma cioè (se ed in quanto ci sia) la giurisdizione-competenza del giudice speciale (che non può esser derogata nè surrogata) a conoscere del caso, anche dopo la cassazione della sua precedente sentenza. E ne risulta così, un caso di remissione allo stesso giudice (e non di rinvio in senso proprio). A questo conduce l'art. 111 della costituzione, quando non vi conducesse già l'art. 362 del codice. Ma appunto per ciò, sorge poi, come dico nel testo, il problema della applicabilità o inapplicabilità dell'art. 384, scritto per i casi di rinvio (in senso proprio), e delle conseguenze che possono derivare dalla inapplicabilità di quell'articolo.

Tutto questo però non ha importanza per il problema di diritto sostanziale (merito, *fond*), che mi propongo di affrontare in questo scritto.

sto del '34, non poteva concernere e non concerneva la vecchia legge sarda, la sua applicabilità e la sua interpretazione

Questa essendo nel suo succo la decisione del '46, apparirebbe bensì pronunciata su conformi conclusioni del P.M. Ma la requisitoria successivamente pubblicata per le stampe, ha posto in luce che l'insigne requirente (in allora Procuratore generale ed attualmente P. Presidente della Corte, Eula) seguiva un filo di pensiero completamente diverso e tale da escludere la sostanziale conformità. Questo merita pertanto di essere riesaminato e meditato in sè e per sè, indipendentemente dalla sentenza, e ne farò separato esame più oltre (*sub* 10 e 12).

6. Tornando per ora alla sentenza (del '46), a me non sembra che il punto della costituzionalità-incostituzionalità dell'art. 14 (tema della proposizione *sub a*), abbia carattere preliminare ed autonomo, ma sia viceversa dipendente dalla esattezza o meno delle proposizioni successive.

La costituzionalità-incostituzionalità di una disposizione va determinata infatti riducendola *ex fide bona*, e per quanto il suo tenore letterale lo consenta, ai termini della legge di delega, anche se questa operazione possa più o meno vagamente ricordare (rispetto a quel tenore letterale) il letto di Procuste.

Questo è il primo dovere di ortodossia dell'interprete, il quale in questo caso è vincolato anch'esso dalla genesi derivativa del testo. Soltanto in caso disperato, e cioè soltanto se la legge delegata non sia assolutamente riducibile (*ut magis valeat*) dentro quei termini (della legge di delega), altro non resta che riconoscerne la inefficacia.

E allora cominciamo col dire, che il testo dell'art. 14 della legge delega (T.u.) del '39, a prima lettura appare bensì concepito in termini categorici quasi *sub specie aeternitatis*: « Non possono costituire oggetto di brevetto ecc. ecc. »; La legge di delega parlava invece e soltanto di un « differimento » nella adozione ed introduzione della norma (quale si leggeva nel testo del '34), con cui si sarebbe consentita la brevettabilità. Ma differimento sino a quando? Evidentemente *sine die*, cioè fino a quando non venissero emanate delle nuove e diverse disposizioni legislative. Ora qualunque legge di questo mondo vale e vige fino a che non sopravvenga in materia una legge nuova e diversa. Nè certamente poteva pretendere di sottrarsi a questa regola l'art. 14 con la sua enunciazione, per quanto

concepita in quella forma così categorica. La clausola « fino a che una nuova legge non disponga diversamente », era necessariamente sottintesa. E allora da questo punto di vista, in che cosa divergeva per la sua sostanza e per il suo vigor pratico la disposizione della legge delegata dalla legge di delega che « differiva » (cioè rinviava)? Siamo d'accordo: oltre i limiti della legge di delega, l'articolo 14 non può valere. Ma dentro quei limiti, ai quali è razionalmente anzi necessariamente riducibile, perchè no?

Una volta chiarito che la pretesa incostituzionalità non si può ravvisare nell'estrinseco, cioè in quel modo di esprimersi della legge delegata, non sarebbe più possibile rintracciarla se non (sostanzialmente) nell'intrinseco dell'articolo. Ed in realtà, se fossero fondate tutte le altre disposizioni della sentenza (sopravvivenza della vecchia legge sarda, sua interpretazione logica, sua interpretazione autentica del '34, irrilevanza del differimento di cui alla legge di delega del '39), bisognerebbe concludere che l'art. 14 della legge delegata, modificando, anzi capovolgendo (in ipotesi) la regola desumibile e desunta per interpretazione dalla legge sarda, avrebbe esorbitato dalla delega. Dal che la « incostituzionalità » sostanziale.

Ma la verità storica e giuridica, secondo me, è proprio tutta al rovescio di quello che ha ritenuto la sentenza. E allora la asserita incostituzionalità dell'art. 14 svanisce da sola, anzi direi che perde importanza perfino il farne questione. Anche se non ci fosse scritto infatti nella legge delegata quel tale art. 14, il risultato, secondo me, sarebbe sempre lo stesso: rimarrebbe cioè in vigore la regola *iuris antiqui*, ma sempre nel senso di escludere, e non già di concedere, la brevettabilità.

7. — Considerando le cose al lume del grosso ma salutare buon senso, basterebbe aver presenti in proposito questi dati:

nel silenzio della vecchia legge del '59 non si erano mai concessi *de facto* e non si concedevano brevetti. La Suprema Corte era male informata, affermando in linea di fatto il contrario (*supra*, nota 2).

Il testo predisposto e pubblicato nel '34 avrebbe accordata invece *expressis verbis* la brevettabilità.

Ma la legge di delega del '39, « differendo », ha escluso altrettanto espressamente ed *ex professo* che a questa disposizione si desse (almeno per il momento) efficacia normativa.

Con questi dati proviamoci ad interpellare la prima persona, non illetterata e *sanae mentis*, che ci capiti a tiro e domandiamo:

così stando le cose, quale si può ritenere che sia la volontà legislativa nel momento attuale? La legge attualmente vuole che quei tali processi si possano brevettare oppure no? Non c'è dubbio che ci sentiremo rispondere di no, perchè se il legislatore avesse realmente voluto che quei processi fossero (o divenissero) attualmente brevettabili, non si sarebbe mai sognato di dettare: «interdico almeno per il momento, di tradurre in legge la disposizione (progettata), che li dichiarerebbe brevettabili ».

Supponiamo per esempio, che io comandi una pattuglia che cammina davanti a me, con la istruzione di prendere la destra (o la sinistra). È mai concepibile che se io voglio che ciò avvenga, mi affretti a gridare: « contrordine! è sospesa (differita) la istruzione di prendere a destra (o a sinistra) »? Se io le lancio questo contrordine, è chiaro come il sole che la pattuglia, almeno per il momento tirerà diritto. E avrà ragione.

Ora anche la legge è un comando rivolto agli uomini di questo mondo. *Rectius*: è una regola canonizzata in proposizioni scritte, alla quale lo Stato comanda di uniformarsi, rivolgendosi per questo effetto agli uomini sui quali esso impera. Per conseguenza si deve sapere e si sa, che nell'intendere e nell'attuare la regola, gli uomini ai quali il comando è rivolto, seguiranno i dettami del loro comune buon senso. Quei dettami che provengono dal mondo pregiuridico, forniscono cioè il *medium*, dal quale indeclinabilmente discende e dipende il significato e il valore pratico in atto, delle proposizioni scritte od incise sulle tavole della legge, e di cui è comandata l'osservanza. Non altro che questo è l'ammonimento delle preleggi in proposito (... e il resto son chiacchiere). Così insegnava ai suoi bei tempi Vittorio Scialoja.

8. — Nel caso attuale mi pare che si possa dare, del resto (contro la Corte), la riprova critica della esattezza di quel che ci dice il buon senso.

Afferma la Corte (e su questo soprattutto si fonda), che nel testo del '34 si trova una interpretazione autentica della legge del '59 nel senso della brevettabilità.

Mi sia lecito premettere *per incidens* (e almeno ... per la salvezza dell'anima mia), che la interpretazione autentica (intesa come tipico comando legislativo), secondo me, è un istituto di altri tempi, che poteva avere la sua giustificazione allorchè, per esempio, Lodovico Antonio Muratori scriveva *Dei difetti della giurisprudenza.*

Oggi non direi. E se nello statuto del '48 ve ne era ancora una menzione, questa non aveva se non un valore negativo rispetto ad un altro fenomeno, sul quale nessun dubbio è più pensabile. Si voleva proclamare, cioè, per via di contrapposto, che le decisioni dell'autorità giudiziaria non hanno efficacia normativa fuor del caso per il quale sono pronunciate. Del che ci siamo ormai così immedesimati, che non c'è più ragione di un dettato apposito ed espresso. E così ogni menzione, anzi ogni traccia, dell'istituto dell'interpretazione autentica è scomparsa, sia dalla Costituzione che dalle preleggi. Ben vi si proclama invece e vi si ribadisce tuttora (nelle preleggi) il principio della irretroattività. E poichè l'attribuire carattere interpretativo ad una disposizione, ha per conseguenza pratica precipua, di darle effetto retroattivo, si può pensare che ciò sia interdetto, se non al legislatore in sede ordinaria, certamente al Governo e ad ogni altro organo che legiferi per delegazione, senza una delega formale ed espressa a questo effetto. Questa è o sarebbe una ragion di principio, per escludere che si possa ancora ricavare al bel giorno d'oggi una interpretazione autentica vincolante, dal testo del '34. Ma non vi poteva pensare (e non vi ha certo pensato) ai suoi tempi la sentenza del '46, anteriore alla costituzione vigente.

Prescindiamo comunque da queste considerazioni, che a qualcuno potrebbero parere, oltre tutto, una veduta tutta mia personale.

Indiscutibile invece si è, che una interpretazione autentica (come oggetto di un comando legislativo) non la si potrà mai ricavare da un testo la cui efficacia è rimasta *in suspenso* fin dall'origine e che poi è stato esautorato, cosicchè non ha mai conseguito, e non conseguirà mai più, vigore di legge (non è mai sopravvenuto, cioè, il comando di osservarlo come legge). Anzi la legge di delega del '39, disponendo che il Governo formasse ed emanasse un nuovo testo, si è servita di quello del '34 unicamente come di uno schema programmatico (stromentale), per determinare più concretamente i poteri che venivano demandati (delegati) al Governo. Se ne è servita in senso positivo, per additare le proposizioni che avrebbero dovuto essere sostanzialmente trafuse e rifuse nel nuovo testo (e che solo col nuovo testo sarebbero venute ad avere « attuazione »); se ne è servita utilizzandolo anche in senso negativo, per additare quali altre proposizioni venivano poste sotto catenaccio, escludendo almeno per il momento che potessero esser trafuse nella nuova legge. Ma in questo modo non c'è niente che, di quel testo del '34, abbia

assunto valore e vigore normativo suo proprio. Meno che mai poi queste ultime disposizioni poste, ripeto, sotto catenaccio (6). E non si

---

(6) Radicalmente diversa è la opinione sostenuta strenuamente da MAZZOLÀ nella sua *op. cit.*, cioè nella *Rassegna* cit. *supra* in nota 2.

Secondo lui, il connubio del decreto del '34 con la legge di delega del '39 (che conteneva l'ordine di attuazione od applicazione graduale) ha creato una « *supernova* » cioè una legge composita, che regola ormai tutta la materia, abrogando per conseguenza la legge anteriore (in sostanza quella del '59). La quale, abrogata, non può più vivere nè rivivere, neanche per quella parte in cui la « attuazione » del decreto del '34 è stata « differita », perchè « differire » nel tempo la entrata in vigore non vuole dire per intanto esautorare od abrogare. Anche se la sua attuazione sia « differita », la legge nuova « è » (e non può « essere » se non in quanto la legge antica a sua volta non « sia » più). In altre parole ancora, la legge di delega del '39 avrebbe dato a tutto il decreto del '34 quella efficacia di legge (esistente), che era rimasta fino a quel momento in sospeso, ma rinviando a tempi più o meno prossimi la sua entrata in vigore *per partes*. Così, se ben lo intendo, MAZZOLÀ.

Senonchè la legge di delega del '39 in realtà non dispone che entrerà in vigore, prima o poi, *uti lex* il testo del '34, bensì quell'altro testo che sarà pubblicato a suo tempo. In queste condizioni mi par difficile dire che il testo del '34 ormai « è » diventato legge. E d'altro canto l'idea di una legge vecchia che viene abrogata da una legge nuova, mentre questa non può ancora avere applicazione, mi sembra contraria al sistema del nostro ordinamento come comunemente lo si intende.

La abrogazione infatti, secondo le idee ricevute (e che secondo me hanno una consacrazione positiva anche nell'art. 10 delle preleggi), ha effetto solo dal momento in cui ha termine la *vacatio legis supervenientis*. E qui la *vacatio* del decreto del '34 non poteva aver termine se non con la pubblicazione, anzi con l'entrata in vigore, dei nuovi testi, anche quando si ritenesse (ciò che non credo), che questi dovessero servire a dargli applicazione e non a prendere il suo posto (ancora vacante).

Comunque ci si chiede: nell'intervallo fra la legge di delega del '39 e la pubblicazione (anzi l'entrata in vigore) dei nuovi testi « differiti » quale sarà dunque la regola applicabile? Risponde con logica implacabile l'A.: la regola della vecchia legge (quella del '59) no, perchè abrogata; non vige più. Quella dei « testi differiti » (cioè quella del '34) neanche, perchè non sono ancora entrati in vigore. Allora bisogna ragionare così: i nuovi testi porrebbero come regola (supponiamo): « bianco » (brevettabili i processi); ma proprio perchè e fino a che il legislatore stesso ne ha differita l'applicazione, si deve ritenere che abbia momentaneamente introdotta *eo ipso* una regola contraria ed opposta. In altre parole: differire l'applicazione della regola che dice « bianco », da parte del legislatore val quanto proclamare che per intanto la regola è: « nero » (non-brevettabilità). Devo confessare che questa più che una interpretazione mi sembrerebbe una creazione *a contrario sensu*, cioè l'attribuire al mitico legislatore una volontà congetturale che in realtà non ha manifestata.

« La Cassazione » — dice ancora l'A. — « non si è accorta della impossibilità giuridica di sostituire alla norma la cui applicazione è vietata (*scil.* « differita ») ... la medesima norma ». Giustissimo; sono pienamente d'accordo anch'io su questa impossibilità che è logica prima ancora che giuridica. Ma a voler essere obbiettivi, non è una sostituzione cosiffatta (logicamente impossibile) che ha voluto fare la Cas-

obbietti che la legge del '39 ha parlato soltanto di « differimento dell'attuazione ». Il differimento disposto fino alla emanazione di un nuovo testo di legge in materia, equivale precisamente alla sua eliminazione (almeno per il momento) dal quadro delle fonti (*supra*, n. 6).

Se c'è, del resto, un fenomeno per sua natura incompatibile col carattere della interpretazione autentica, è proprio quello del « differire ». Si capisce infatti, che si possa rinviare a miglior tempo l'introduzione di un mutamento. Ma quando si tratti di far sapere ai cittadini ed agli organi dello Stato, che cosa vuol dire una legge vigente, il differire non ha senso. La clausola di « differimento » non può significare pertanto che una di queste due cose: o si riconosce con ciò, che quel tale testo-programma, di cui si rinvia l'adozione, non era, neanche nei propositi di chi lo scrisse, un testo interpretativo (e questa è la verità quale risulta *per tabulas* nel caso attuale), oppure si dispone che, se pur nel proposito dei suoi compilatori il testo-programma devesse avere carattere interpretativo, tale proposito viene almeno per il momento riprovato, sconfessato e tolto di mezzo (salvo provvedere a suo tempo con una nuova legge).

9. — Escluso dunque *radicitus* che ci sia stato e ci sia un comando legislativo di adottare come interpretazione il testo programmatico del '34, resta a vedere se e quali altri insegnamenti si debbano trarre da quelle vicende della formazione legislativa.

E allora è storicamente certo:

1) che al momento della preparazione e pubblicazione del testo-progetto del '34 e poi della legge-delega del '39 c'erano in

---

sazione. Essa ha ritenuto piuttosto che, differita (vietata per il momento) l'applicazione della regola nuova, restasse automaticamente in vigore la vecchia. Il che in astratto potrebbe anche essere attendibile. Senonchè ha poi ritenuto che la regola nuova fosse conforme alla vecchia (o viceversa) e che perciò la nuova fosse soltanto interpretativa della vecchia. In questo, secondo me, ha sbagliato e non s'è accorta neppure che l'immaginare un differimento in queste condizioni non aveva senso comune.

Comunque lo scritto di MAZZOLÀ conserva una importanza fondamentale, perchè sta a dimostrare che il risultato finale non cambia tanto se si ritenga (come io ritengo) che il testo del '34 sia ridotto allo stato ed al valore di testo meramente programmatico, quanto se si ritenga (come egli ritiene), che a seguito della legge del '39 esso sia entrato a far parte delle fonti di diritto vegente. Queste sono come le branche di una tenaglia, da cui la opinione che combatto esce in ogni caso stritolata.

atto, come ho già detto ridetto e ripetuto fino alla noia, una prassi ed una giurisprudenza assolutamente costanti, contrarie alla brevettabilità. Questa (della non-brevettabilità) era cioè la realtà effettuale dell'ordinamento giuridico vigente, anche se accademicamente ci si dilettasse ancora di discutere in dottrina sul significato letterale della legge del '59. E non era ormai se non una curiosità da filologi (*de iuris antiquitatibus*) l'andar ricercando a questo effetto nei lavori preparatorî, che cosa personalmente ne pensassero (... se pur ne pensavano qualche cosa) questi o quegli onorevoli deputati o senatori di un secolo prima. Dal che (sia detto fra parentesi), non si è cavato, del resto, e non si cava proprio niente, nè in un senso nè in quell'altro, ma meno che mai poi nel senso della brevettabilità (7). La *lex dicta* o meglio la *lex scripta*, obbiettivata in proposizioni, esce e si distacca dal pensiero soggettivo di chi l'ha ideata; e si viene traducendo in realtà concreta nel tempo, in quanto e per quanto si inserisce nel sistema e diviene pensiero ed atto degli uomini e dei giudici viventi ed operanti. Qui la realtà era, ripeto (ed è inutile adesso sottilizzare), che brevetti non se ne davano.

2) Per conseguenza il testo programmatico del '34, disponendo espressamente in favore della brevettabilità, non poteva esprimere se non un proposito di innovare, modificando la situazione (o vuoi lo *ius receptum*) precedente, quale effettivamente era;

3) e che tale fosse comunque il pensiero deliberato e cosciente dei compilatori di quel testo del '34, è consacrato *ex professo per tabulas*, e non se ne può dubitare.

4) Tutto questo non poteva certamente essere ignoto al legislatore del '39, allorchè ha espressamente « differita » la adozione o la attuazione di quel testo.

Ma differire nel tempo una innovazione « programmatica », vuol dire necessariamente (per definizione) riconoscere e consacrare, per intanto, che rimane in atto il diverso ordinamento precedente, quale esso era. *Vulgo*: se era una innovazione il dir di sì, ciò vuol dire (per definizione) che la norma in atto era: no. Se si differisca la introduzione (attuazione) della nuova norma (innovazione) che dice di si, ciò vuol dire (per definizione) che resta in atto la norma di prima, che diceva di no.

---

(7) La più diligente indagine in proposito è stata fatta dal MAZZOLÀ, *op. cit.*, p. 10 e sgg.

Questo non è un opinamento ... opinabile mio o di altri, ma la risultanza logica di dati positivi indisconoscibili.

Ecco come il semplice dettato del comune buon senso trova la sua conferma e la sua riprova.

10. — Di non lieve conforto alla critica demolitrice della sentenza del '46 è il constatare, che ben diverso, come ho già avvertito, era il pensiero del Procuratore generale del tempo, che porta il nome caro ed insigne di Ernesto Eula, anche se per altro verso io non creda di poter concordare con le sue conclusioni.

Immune era intanto il suo pensiero dall'equivoco, in cui è incorsa la sentenza del '46, in tema di difetto di giurisdizione. E, dal punto di vista logico devo riconoscere, che il filo del suo discorso si svolgeva in modo impeccabile. Il motivo del mio dissenso sta, piuttosto nel ritenere, col dovuto rispetto, originale ma arbitraria la sua valutazione dei dati storici (di storia del pensiero legislativo).

L'illustre Autore (in allora requirente in causa) ha ritenuto che si dovessero distinguere fin da principio, anche ad effetti interpretativi, due possibili tipi, e quindi due categorie, di processi per la produzione di medicamenti. Primo tipo: i semplici processi di laboratorio o « galenici », come si amava dire in allora. Reminiscenze familiari della mia lontana infanzia: misteri delle pillole di Santa Pupa o dell'elixir di lunga vita, fumosi fuochi, bizzarri alambicchi e il ritmo del pestello sul mortaio. Secondo tipo: processi di fabbricazione industriale su vasta scala, onde le divulgate immagini di officine vaste come città, nitide come ospedali, popolate di camici bianchi. E sono poi questi ultimi soltanto, i processi per i quali fervidamente s'accendono le dispute.

Per questi (processi industriali) la vecchia legge sarda del '59 avrebbe ammessa secondo l'autore la brevettabilità, mentre l'avrebbe esclusa per processi galenici, di laboratorio. E lo si ricaverebbe dal confronto fra l'art. 2 e l'art. 6 della legge del '59, ragionando così: i processi industriali possono assumere in sè e per sè delle caratteristiche proprie, intrinseche ed autonome, cioè distinte da quella del prodotto, e quindi brevettabili secondo la disposizione generalissima dell'art. 2, anche se non sia brevettabile il prodotto. Invece il semplice processo di laboratorio si identifica, per così dire, inseparabilmente col prodotto che ne risulta, e perciò cade insieme con esso sotto il divieto di brevettazione dell'art. 6.

Di questa distinzione, come dirò fra un momento, non sono persuaso. Ma seguiamo per intanto fino in fondo il pensiero dell'Autore. Il testo del 1934, a suo dire, avrebbe innovato (cioè *rectius*: avrebbe inteso innovare) *in parte qua* il sistema del '59, perchè avrebbe lasciato bensì inalterata la brevettabilità, che si suppone già concessa fin dall'origine, ai processi industriali (e fin qui, in ipotesi, niente di nuovo), ma l'avrebbe estesa (e questa, sarebbe stata la novità) anche ai processi di laboratorio. Di qui si deriverebbe, secondo l'Autore, che la successiva legge di delega del '39, « differendo » la adozione (« attuazione ») di quella disposizione del '34, avrebbe differito in realtà soltanto il *novum* (brevettabilità), che si pensava di introdurre *ex nunc* per i processi di laboratorio. Il differimento non poteva riguardare invece, secondo lui, i processi di produzione industriale, appunto perchè il testo «programmatico» (nel '34) che fu poi «differito», in realtà non li riguardava: per questi processi (industriali) la brevettabilità discendeva pur sempre dalla antica legge (del '59), alla quale non poteva riferirsi il « differimento ». *Ergo* per essere ossequiente al tenore della delega, il Governo avrebbe potuto (e forse dovuto) dire a sua volta, che la brevettabilità dei processi di laboratorio (galenici) rimaneva esclusa (differita) fino a che non si fosse diversamente disposto. Ma per quelli industriali invece avrebbe dovuto o tacere o, meglio ancora, confermare che rimanevano brevettabili, come *ab antiquo*. Invece la legge delegata con la sua formula indiscriminata, ha esclusa la brevettabilità, anche per quelli industriali. Ecco la incostituzionalità! Ed ecco perchè, rimossa *in parte qua* la disposizione incostituzionale, i processi industriali restano pur sempre brevettabili, come prima.

11. — Questa tesi supporrebbe come ho avvertito che la distinzione fra processi e processi (industriali e galenici) ci fosse già nella vecchia legge del '59, la cui preparazione risale, tanto per intenderci, ai tempi di madame Bovary e del farmacista Homais. Ma negli « stati del re di Sardegna » la grande industria farmaceutica verosimilmente non si sapeva neanche che cosa fosse, e tanto meno si poteva pensare ad un contrapposto ai processi galenici. Allora bisognerebbe immaginare che quando quell'industria ha poi fatta la sua apparizione si sia trovata già posta « per nascita » sotto le grandi ali dell'art. 2 della legge (brevettabilità), mentre continuavano viceversa a restarne fuori *ex* art. 6 i processi galenici. Senonchè invano si cercherebbe, anche nel pensiero di quei tempi, una qualsiasi trac-

cia, ombra o fantasma di questa differenziazione. Della brevettabilità di tutti quanti i processi, senza distinguere, si disputava infatti, più o meno, in dottrina; a tutti quanti, senza distinguere, la negava egualmente e costantemente la prassi. Proseguendo, bisognerebbe poi supporre che nell'elaborare il testo del '34 la preoccupazione alla quale si ubbidiva, non fosse quella di riconoscere la brevettabilità alla grande industria, che secondo la tesi Eula ne godeva già « di diritto » (ma non certo di fatto!), bensì fosse quella di accordarla al povero farmacopola. Ma anche questo contrasta con le notizie storiche che ne abbiamo. Lasciamo pure da banda, se così si vuole, il pensiero ed i propositi personali dei compilatori del testo, che conosciamo benissimo, perchè essi stessi ce ne hanno lasciata una loro precisa testimonianza scritta. Ma è criterio fondamentale di interpretazione, che si debba trovare nello stato di fatto e nelle esigenze e nello spirito dei tempi, quella ragione di provvedere, che diventa poi la *ratio legis*. Ora l'anacronismo del farmacopola, non trova neanche nello spirito dei tempi, il benchè menomo spunto. Quella che veramente e fortemente batteva alle porte era soltanto la grande industria, e soprattutto quella straniera, allora come oggi.

Comunque, anche secondo i più elementari dettami della logica e dello stile, pare impossibile che in quella formula così nitidamente unitaria e indiscriminata dell'art. 16 del testo del '34 (« Può tuttavia concedersi la privativa per i processi usati per la produzione di medicamenti »), si volessero conglobare due ordini di pensamenti, di natura radicalmente diversa, e cioè fornire una interpretazione autentica e retroattiva (contro la prassi invalsa) della legge del '59 per i processi industriali, e introdurre una radicale innovazione *de futuro*, di cui nessuno sentiva il bisogno, per i processi galenici. Ma, così stando le cose, è ancor meno credibile in ultima istanza, anzi non è credibile, che la legge delega del '39 sospendendo o differendo *sic et simpliciter* (senza distinguere), la « applicazione » od « attuazione » (*rectius* la introduzione) di quel disposto generico ed indiscriminato, relativo a tutti i processi di produzione dei medicamenti, abbia voluto « differire » soltanto la brevettabilità dei processi galenici, e lasciar ferma viceversa la (ipotetica) brevettabilità (non mai riconosciuta nella prassi!) dei processi industriali (8).

---

(8) Piuttosto capziosa che persuasiva, mi sembra anche l'osservazione che nelle disposizioni generali del testo del '34 si prevedeva in linea generale la brevettabi-

12. — La tesi che potrebbe prender nome e prestigio dal nome di Eula, non è stata seguita, come sappiamo (*supra*, n. 6), dalla Suprema Corte nella decisione del '46. E si può dire che non ha avuto altro seguito pratico o dottrinale, neppure dopo la sua divulgazione per le stampe. Sembra piuttosto esser caduta in silenzio, proprio perchè quella sua distinzione dei processi di laboratorio non ha persuaso (9).

La sentenza della Cassazione invece ha avuto varie accoglienze. Riprodotta o parafrasata senza beneficio di critica da alcuni scrittori, da altri è stata vivacemente combattuta, anche con l'apporto di nuovi dati, in parte inediti o non ponderati dalla sentenza stessa. (10). E non pare ne siano stati persuasi neppure gli uffici « competenti ».

---

lità dei processi di lavorazione industriale; quindi (si dice) vi si dovevano comprendere, anche quelli farmaceutici-industriali. Nell'art. 16 poi, accordandosi in modo particolare la brevettabilità ai processi di produzione di medicinali non si ripeteva la qualificazione « industriale », ond'è a credere (si dice) che qui si volesse alludere ai processi di laboratorio, non compresi nelle disposizioni generali.

Ma la necessità indeclinabile di una disposizione particolare per tutti i processi farmaceutici-industriali, se li si volevano rendere brevettabili, sorgeva dalla prassi contraria ormai invalsa. Non è possibile quindi ritenere che ad essi non intendesse far riferimento la dizione indiscriminata dell'art. 16. E non serve il dire che nel testo di questo articolo non si ripeteva la qualificazione di « industriali ». Quando una legge è destinata per sua stessa dichiarazione a regolare una categoria generale, e prevede poi più specialmente dei casi particolari, si deve presumere che anche questi (se non risulti espressamente il contrario) possano esser ricondotti a quella categoria generale. Così se in una legge destinata, supponiamo, a regolare per sua stessa dichiarazione o proclamazione, lo stato giuridico degli impiegati pubblici seguano delle disposizioni in cui si parla di impiegati senza specificare, tutti capiranno che ci si riferisce sempre agli impiegati pubblici o che quanto meno gli impiegati pubblici non possono esserne esclusi.

L'EULA crede di poter ricordare una sentenza della Commissione dei ricorsi (del '28), che avrebbe accennato (caso unico più che raro) alla distinzione fra processi industriali e di laboratorio. Dovrei dire in ipotesi che una rondine... con quel che segue. Ma in realtà non mi sembra che la decisione ricordata si preoccupasse di quella distinzione, bensì del problema se un certo prodotto (se non erro, un peptone di carne) si dovesse considerare piuttosto alimentare che medicinale o viceversa. Problema serio, ma che non è quello di cui qui si tratta.

(9) Contro la tesi dell'EULA v. MAZZOLÀ, *op. cit.*, p. 58 e sgg. nonchè PELLEGRINO, ROTONDI ed altri citati nella nota seguente e nelle note 4 e 12. Sempre in senso contrario v. anche BENTIVOGLIO in nota alle sentenze della Comm. dei ricorsi, cassate poi con la sentenza del '51: *Foro it.*, 49, I, col. 231 e sgg. Sostenitori autorevoli la tesi non mi pare ne abbia trovati.

(10) La sentenza è stata annotata in senso contrario anche da PELLEGRINO,

Senonchè, essendosi poi ripresentata la questione, sia pure sotto un profilo particolare, alla stessa Suprema Corte, questa come ho narrato più sopra, nel '51 ha tornato a decidere nello stesso senso di prima.

Essendo entrato in vigore nel frattempo l'art. 111 della Costituzione che, a quanto si ritiene (e non è qui il caso di discuterne), ammette il ricorso contro le decisioni delle giurisdizioni speciali per « violazione di legge » anche nel merito, la Corte Suprema non incontrava più nell'esercizio delle sue attribuzioni giurisdizionali quelle barriere, che meno correttamente aveva creduto di infrangere nel '46. Questa volta era legittimata, cioè (secondo quella interpretazione dell'art. 111), ad investirsi in pieno del problema di massima. Ma non si può cogliere nella sua sentenza, l'espressione di un pensiero dialetticamente più affinato. Anzi direi che stancamente si adagia sul suo « precedente ».

In sostanza si limita ad affermare, che il testo del '34 avrebbe sanzionato (secondo lei) legislativamente « il diritto assoluto ed incondizionato alla brevettabilità »; qualifica poi l'art. 14 del testo della legge delegata del '39 come « ritorno ad un passato già superato» (*sic*), e non si pone neppure il dubbio se quel preteso o supposto superamento del passato, che si dovrebbe trovare nel testo del '34, non sia rimasto bloccato dalla legge di delega del '39 ancor prima di entrare in vigore. Ritiene la sentenza di aver esaurito con questo il tema della incostituzionalità dell'articolo. Si occupa poi del profilo particolare che aveva formato oggetto della decisione impugnata davanti a lei. In essa si poneva in rilievo che quando sia « unico ed esclusivo » il processo di fabbricazione di un certo prodotto, l'accordare la privativa per il processo equivale ad accordare praticamente un monopolio di diritto per il prodotto, porta cioè nell'ordine pratico precisamente a quelle conseguenze, che si erano volute evitare nel pubblico interesse, escludendo la brevettabilità del prodotto.

Questa particolare posizione del problema era già stata vista e considerata nella dottrina e qualche autore, che teoricamente ed in

---

in *Foro it.*, 46, I, 941. Menzione favorevole ve ne è (sommariamente) in GRECO, *I diritti su beni inc.*, Torino 1948, p. 402.

Una animata polemica con articoli e articoletti *pro vel contra* si è svolta sul *Sole* (dal giugno al settembre '46). Della sentenza del '46 si è poi nuovamente discusso dopo la sentenza del '51, su di che v. nota 9.

linea generale sosteneva la brevettabilità, aveva avvertito che per lo meno in questo caso si sarebbe dovuta introdurre una eccezione alla regola generale (11).

Ma la Corte se ne sbriga in linea di diritto con quattro parole. Avendo postulato infatti in precedenza « il diritto assoluto ed incondizionato alla brevettabilità », si limita a soggiungere che non si possono introdurre eccezioni dall'interprete. Dopo di che il resto della sentenza si riduce a considerazioni di mera convenienza sulle difficoltà di ordine pratico, che solleverebbe la eccezione stessa.

13. — In realtà è vero che l'introdurre una eccezione fa sorgere difficoltà ed incongruenze non facilmente superabili. Ma proprio per questo, il constatare che la applicazione assoluta ed incondizionata della supposta regola generale conduce a conseguenze monopolistiche incomportabili, e che queste non si possono rimediare con l'apportarvi una deroga a carattere eccezionale, dovrebbe fornire una ragione di più per far capire come sia inaccettabile quella supposta regola.

Anche per questa sentenza del '51 le accoglienze sono state varie, ma prevalentemente e vivacemente contrarie. E ciò non tanto per il caso o per il profilo particolare considerato, quanto perchè la Suprema Corte ha gettato così ancora una volta il peso della sua autorità (ma non certo il peso di più meditate e convincenti argomentazioni) sulla questione di carattere generale.

Penosa, pertanto, più penosa di prima, appare la situazione *de iure condito*. E così mentre l'ufficio « competente », a quanto pare, resiste ancora alla pressione, la Commissione dei ricorsi invece tende a piegarsi, anzi il suo stesso presidente (*heu quantum mutatus ab illo!* ...), sembrerebbe non esser estraneo, se è esatto quel che altri scrive, alla recente campagna di stampa (12).

---

(11) In questo senso v. già LUZZATO, in *Tratt. gen. delle priv. ind.* cit. più sopra in nota 2.

Dice ottimamente LUZZATO che « se si arriva alla esistenza di un monopolio sul medicinale la brevettazione non può ammettersi ». Ma l'escluderla non già in virtù di una regola bensì soltanto in virtù di una deroga particolare, porta a conseguenze praticamente incongrue.

(12) Contro la sentenza del '51 e *per occasionem* contro quella del '46, mi pare si sia levato un coro di voci formidabili. A parte lo scritto di MAZZOLÀ ampiamente ricordato e commentato più sopra v. ancora: FORMIGGINI nella nota in *Giur. it.*, '51,

14. — Per quanto mi concerne, non trovo ragione di discostarmi dalle considerazioni e dalle conclusioni alle quali son giunto più sopra a proposito della sentenza del '46; e cioè riassumendo:

fermamente penso che dal quadro delle fonti (e delle... non-fonti) precedenti fosse e sia anche attualmente esclusa la brevettabilità dei processi di produzione di medicamenti, senza che vi sia luogo a distinguere in proposito fra processi industriali e galenici (o di laboratorio). Pienamente efficace direi, per ciò, l'art. 14 della legge delegata del '39. Ma anche se non ci fosse l'articolo, la soluzione da adottare sarebbe la medesima.

Inattendibile la giurisprudenza della Corte Suprema, tuttora ferma al '46. Giustificato pertanto l'augurio che sia riesaminato il problema *de iure condito* anche dalla Corte stessa *funditus*. E che solo con esauriente preparazione informativa e matura ponderazione di tutti gli aspetti, i nostri reggitori si pongano poi il problema di ordine successivo, se e come sia il caso di provvedere *de iure condendo* con nuove provvidenze legislative.

I, 1, 401 e sgg.; ROTONDI in *Riv. di dir., comm.*, 1912, I, 275 e da ultimo AZZARITI, in *Foro it.*, 1952, III, col. 153 e segg.

Credo che quest'ultimo scritto sobrio e lucido come è nello stile dell'A., rappresenti il punto di approdo di tutte le dispute dottrinali precedenti sull'argomento; e molto mi conforta rilevarne una sostanziale conformità con quanto io stesso ritengo e sostengo.

SULLA TUTELA DELLA DENOMINAZIONE E DELLA SIGLA

[1957]

A proposito di una ordinanza ex art. 700.

1. — Lo spunto per questa breve nota mi vien fornito da una ordinanza del pretore di Torino di data non più recente (28 febbraio '56) ma, per quanto ne so, non altrimenti commentata. Con quella ordinanza il Pretore respingeva una istanza « della società FIAT » con la quale si chiedeva « inibirsi con procedura *ex* art. 700 c.p.c. » al « direttore e proprietario ed eventualmente al titolare della tipografia », che avevano iniziata la pubblicazione di un certo giornale intitolato *Torino-Fiat*, « di fare uso del nome FIAT nella testa (testata?) del giornale stesso ». Ed ecco letteralmente il dispositivo: « Visti gli artt. 7, 2563, 2569 e 2598 c.c., visti gli artt. 1 e 61 del r.d. 21 giugno 1942, n. 929, visti gli artt. 689 e 702 c.p.c., respinge l'istanza di provvedimento inibitorio d'urgenza ecc. e fissa alle parti il termine perentorio di giorni sessanta da oggi per l'inizio del giudizio di merito davanti al Tribunale di Torino all'uopo competente ».

2. — Questa fissazione di termine — sia detto *per incidens* — mi sembra, a dir vero, frutto di una svista, e non varrebbe le pena di rilevarla, se questa procedura dell'art. 700 non desse luogo a così frequenti equivoci. L'art. 702, comma 2, usa una dizione per dir vero un po'... approssimativa: « il pretore nel pronunciare (*sic*) il provvedimento deve fissare il termine ecc. ». Non c'è dubbio però

Nota ad una ordinanza del Pretore di Torino 28 febbraio '56 in tema di art. 700 c.p.c. pubblicata in Riv. di trim. di dir. e procedura civile '57 *e in* Studi in onore di Fr. Messineo, Milano, 1958.

che voglia alludere così alla ipotesi che il pretore accordi il provvedimento chiesto (e in questo senso appunto lo « pronunci »), e non già alla ipotesi in cui rigetti la istanza. Se l'uso del linguaggio deve avere una propria logica, questo significato si ricava dal coordinamento col primo comma, ed è chiarito poi, in modo secondo me incontrovertibile, dal richiamo espresso degli artt. 689 e seguenti e dalla ragion della legge. I provvedimenti previsti dall'art. 700 contro « la minaccia di un pregiudizio imminente ed irreparabile », che possa avverarsi « durante il tempo occorrente a far valere il diritto », hanno per definizione carattere di provvisorietà e d'urgenza e devono avere effetto limitato a quel « tempo occorrente ». Questo suppone ed esige che il giudizio « di merito » (sul diritto) venga promosso senza indugio, altrimenti quel « tempo occorrente » non « occorerebbe » e non decorrerebbe mai. Per ciò il pretore che accorda il provvedimento, deve inserirvi la fissazione di un termine perentorio per iniziare il giudizio, tanto più che qui, per buona sorte, non si fa luogo alla convalida come per i sequestri. Ma se il pretore rigetta l'istanza, le cose rimangono allo *status quo antea*, anche perchè la pronuncia per ordinanza o per decreto, fondandosi su di una semplice indagine delibatoria, non implica nessun accertamento sostanziale. In questo caso (di rigetto) non c'è dunque una ragione al mondo di coartare la parte istante a promuovere il giudizio di merito. E non ci può essere parallelismo di sorta col caso di accoglimento, cioè di concessione del provvedimento provvisorio, perchè se non venga promosso il giudizio di merito, quello cessa di avere efficacia; nel caso di rigetto non si può pensare ad alcunchè di simile, e d'altra parte non si può supporre che se non venga promosso il giudizio di merito, diventi definitivo un accertamento... che non c'è.

Consequens est che, se il pretore nell'ordinanza di rigetto stabilisca e fissi per errore un termine che la legge non gli consente di stabilire (come è avvenuto nel caso in esame), questo rimane privo di effetto, *tamquam non sit*, senza bisogno di impugnazione, revoca o correzione, che, del resto, non si saprebbe neanche come proporre o come chiedere (arg. anche dall'art. 152 che esclude in radice il potere del giudice).

3. — Ma non per questo, che è un mero accidente di procedura, meritava e merita di essere presa in esame la ordinanza del pretore di Torino, bensì per le questioni di fondo, che essa affronta con un impegno ed una ampiezza di gran lunga eccedenti una deliba-

zione probabilistica del *fumus*. Secondo me non convince (anzi!), ma può utilmente servire di apertura per la discussione di un tema relativamente nuovo e certamente interessante.

FIAT — dice innanzitutto l'ordinanza — è una sigla e non un nome. Comunque il codice civile agli artt. 6 e 7 accorda una tutela giuridica soltanto ai nomi « attribuiti per legge » alle persone fisiche. E qui — dice — non siamo certamente nel caso.

Or che quella sia una sigla è verissimo, almeno in origine. Ma questa è poi stata adottata ed usata come segno distintivo e vocativo della società, con tutte le irradiazioni e i riflessi che vedremo fra un momento. In realtà la « denominazione » che qualunque persona giuridica (anche se un tempo si chiamasse « anonima ») deve assumere fin dalla sua costituzione, non può esser ideata e composta se non di fantasia. Giacomo Casanova prendeva in canzone lo sbalordito borgomastro di Augsburg facendogli balenare il diritto di tutti e di ciascuno di disporre *ad libitum* delle lettere dell'alfabeto. L'accozzarle insieme in una combinazione inedita è un mero fatto. Però il risultato può divenire giuridicamente rilevante, quando sia adottato ed usato nei casi e nei modi preveduti o consentiti dalla legge. E nulla vieta di servirsi per brevità anche di una sigla acrostica. Senza ricorrere ad esempi storici più insigni, non viviamo forse noi stessi in una selva di sigle? Basta guardare un listino di borsa. E le nostre cronache ne sono irte, peggio che non siano irte d'abbreviature le cronache medievali. Così può avvenire che anche una società commerciale assuma come segno distintivo nei modi di legge, la sigla acrostica di una sua denominazione *in extenso* o ne acquisti con l'uso un possesso di fatto, come può avvenire di regola per tutti i diritti assoluti capaci di continuato esercizio. Così è entrata ed è diventata oggetto di titolarità o di possesso anche la sigla FIAT con quella straordinaria fortuna che tutti sappiamo.

4. — Denominazione e sigla hanno, secondo me, una manifesta affinità con lo pseudonimo di cui all'art. 9 del codice, al quale in definitiva dovrò ricondurre infatti la mia trattazione. Ma il pretore dal canto suo lo ha completamente ignorato.

Una certa tutela della denominazione o della sigla ha creduto di poterla scorgere nell'art. 2564 c.c., in quanto divengano a lor volta elementi della ditta o dell'insegna. Ma non si può restringere in questo modo il proprio angolo visuale. La importanza di quegli stessi segni può sorgere infatti sotto altri aspetti ed altri effetti

che la legge non trascura, e che non può trascurare l'interprete. Basterebbe notare, del resto, che, secondo l'ordinanza, rimarrebbero prive di qualsiasi tutela del nome quelle associazioni o fondazioni che non esercitano un'impresa, non hanno una propria azienda e quindi tanto meno si servono di una ditta o di una insegna nei sensi dell'art. 2564.

Soprattutto pare strano che il pretore non abbia tenuta nel conto che meritava anche per il caso in esame, la utilizzazione preveduta e protetta dalla legge per contrassegnare e distinguere cose e categorie tipiche di cose o di servizi o di attività organizzate. A questo effetto, nomi, denominazioni e sigle possono entrare a far parte essenziale del marchio (art. 13 della relativa legge speciale), siano o non siano passati per il ponte intermedio della ditta o della insegna di cui all'art. 2564. E si capisce che la legge, mentre tutela in questo senso il creatore del marchio, difende non meno energicamente i terzi dalla inserzione nel marchio stesso dei loro nomi, denominazioni o sigle, non solo quando ciò possa ingenerare confusione fra merci o prodotti, ma anche quando il loro uso possa « ledere la fama il credito o il decoro » di essi terzi (art. 21).

Non meno importante poi è, che la legge speciale non si limita al solo tema dei marchi brevettati, ma estende *per occasionem* in ben più largo raggio la sua protezione dei segni nominativi.

5. — Dispone l'art. 14, e val la pena di riprodurlo qui testualmente: « È vietato di usurpare il nome di un individuo, o la sigla corrispondente, o la ragione sociale o denominazione di una società; è del pari vietato di appropriarsi della ditta, sigla od insegna di un'impresa, nonchè dell'emblema caratteristico della denominazione o titolo di enti o associazioni ed apporli sopra stabilimenti, sopra oggetti di industria o di commercio, o sopra disegni, incisioni od altre opere d'arte, anche quando la ditta, la sigla, l'insegna, l'emblema la denominazione o titolo anzidetto, non facciano parte di un marchio o trovinsi comunque brevettati in conformità di questo decreto ».

L'ordinanza non ha materialmente ignorata la esistenza dell'articolo, ma ha creduto di poterlo scartare per due ordini di argomenti. Comincia innanzitutto col dire che qui si discute della « testata » di un periodico che è una cosa, mentre FIAT sarebbe se mai segno distintivo di una persona (società); or non è concepibile (dice) *in rerum natura* che possa sorger confusione tra una cosa e una persona. Ma questa non

può essere se non una *boutade* di sapore umoristico. A voler parlare sul serio è troppo evidente che qui non si tratta di confondere o non confondere la cosa con la persona o viceversa. Qui si discute del segno distintivo adottato per una cosa o sequenza di cose, in quanto l'inserzione in esso di un nome o di una sigla personale possa alludere ad una data paternità o provenienza. La confusione o meglio l'equivoco che si teme, può essere se mai fra le persone alle quali quella paternità si può attribuire o fra le cose in quanto facciano credere ad una paternità apparente invece che a quella reale. Ed è sotto questo aspetto, che l'articolo 14 può venire in considerazione: si tratta di sapere se esso possa essere invocato per impedire ogni equivoco di quel genere. Del tutto vana dunque l'illusione di liberarsi dell'art. 14 con un supposto tratto di spirito.

6. — Viene allora di rincalzo un altro argomento della sentenza, di carattere più serio. Ma prima di esaminarlo sarà bene premettere qualche altra considerazione sul significato e sul valore dell'art. 14, rispetto al caso in esame, anche in connessione con altre disposizioni legislative.

L'art. 14 contempla fra le cose a cui si estende, anche « disegni ed incisioni » e più generalmente « altre opere d'arte ». C'è in queste parole una indicazione che non si può trascurare, nel senso di riallacciarsi anche alle disposizioni ed ai criterii ispiratori della legge sui diritti d'autore cioè sulle opere dell'ingegno (art. 1 ss.). Questa legge tutela anche la indicazione di « tipi » caratterizzati di pubblicazioni periodiche e correlativamente anche dei loro contrassegni estrinseci, e tra questi è espressamente compresa la « testata » (artt. 38 ss. 100 ss. e disposizioni parallele e connesse). Ed è ben chiaro che anche questa protezione, come quella della legge sui marchi, è diretta più specialmente ad impedire la confusione fra cose e cose a fini economici. Però in quanto i segni distintivi adottati siano nominativi ed alludano ad una provenienza o paternità ideale o spirituale, la protezione deve estendersi anche ai « diritti morali » dell'autore-editore (arg. dagli artt. 20 ss.) e per logica e necessaria reciprocità anche ai diritti morali di chi, non essendo autore nè editore, abbia interesse a non esser ritenuto nè supposto tale, solo per effetto di un artificio o di una eccessiva spregiudicatezza altrui. Sotto questo aspetto le legge sui diritti d'autore si riallaccia all'art. 21 della legge sui marchi e viceversa.

E non è possibile non ricavare da questo complesso di disposizioni un significato di sicuro orientamento per la soluzione del problema di cui mi occupo.

7. — Ed ecco la seconda argomentazione dell'ordinanza. Ancora una volta questa restringe al minimo l'apertura del suo angolo visuale, e considerando l'art. 14 della legge sui marchi come fosse una disposizione peregrina ed isolata, esce a dire che « non può introdurre un principio che sovvertirebbe sostanzialmente il sistema del codice ». Che cosa più propriamente sovvertirebbe, per la verità non mi è chiaro.

Comunque il codice nel nostro ordinamento non è *tabu*, non costituisce, cioè un *corpus legum* in sè stesso chiuso e completo, a carattere rigido e intangibile come la Costituzione, e non ha neppure una qualsiasi preminenza o prevalenza gerarchica sulle altre leggi. Sotto l'egida della Costituzione, tutte le leggi egualmente si devono comporre e risolvere per integrazione reciproca in un unico sistema delle fonti e da questo si devono poi spremere le norme giuridiche, secondo la sua *mens*, così ritrovata. Questo è il compito dell'interpretazione. In quella enunciazione dell'ordinanza che parla, non si sa perchè, di sovvertimento, si annida pertanto un errore di metodo, prima che di sostanza.

8. — Riprendiamo dunque tranquillamente il filo del discorso già avviato più sopra. Dobbiamo proporci adesso un'altra difficoltà. In linea di massima la legge sui diritti d'autore, che ho cercato di riallacciare più sopra alla legge sui marchi, sembra occuparsi e preoccuparsi soltanto degli autori-persone fisiche, come è naturale a proposito di opere dell'ingegno (cfr. gli artt. 7, 10, 33, 38 ecc.). Ora qui parliamo, invece, di una persona giuridica. Secondo me però, non è escluso che per certe opere qualcuno (persona fisica o giuridica, non importa) possa avere al proprio servizio chi lavora per lui anche con l'ingegno o con la fantasia o quanto meno con particolari capacità tecniche, nè che quegli possa chiedere per sè (come committente e ispiratore) la protezione delle opere che ne risultano. Bisognerà distinguere. Se si tratti di immagine plastica o figurativa, di un romanzo, di un poema o di una composizione musicale non si può supporre che la legge protegga lo sfruttatore del povero « negro ». Ma la legge contempla, per esempio, anche i progetti tecnici (« progetti di lavori di ingegneria e di altri lavori ana-

loghi »), contempla i figurini di mode, contempla, per esempio, la « registrazione » su apparecchi meccanici, contempla (e arriviamo così al caso nostro) i « tipi » di pubblicazioni periodiche e i relativi caratteri e contrassegni esteriori e le relative « testate ». In questi casi io credo perfettamente possibile che la creazione avvenga per iniziativa ed incarico di un imprenditore-editore, anche se sia una persona giuridica, che opera per mezzo di organi od uffici, con una molteplice e anonima collaborazione dei suoi commessi, in dipendenza dei suoi propri fini istituzionali e delle direttive che ne discendono, nell'ambiente di lavoro che essa appresta e con mezzi tecnici e finanziari che essa fornisce. Nel nostro mondo ci sono delle « opere » dell'ingegno, come quelle più sopra menzionate, che altrimenti non verrebbero neanche alla luce. E allora (con una certa affinità analogica a quanto avviene non solo per i marchi, ma anche per i brevetti di invenzioni industriali: art. 23 della relativa legge), sembra attendibile che la protezione possa esser chiesta per l'ente o dall'ente.

Anche per i diritti di ordine « morale »? Questo è il punto. Ma perchè no? Abbiamo già visto che nella legge sui marchi si parla (art. 21 cit.) di fama, di credito, di decoro anche a proposito di denominazioni « oltrechè » di nomi. L'allusione a persone giuridiche in quella disposizione sembra quindi evidente. E anche fuori di quel campo più propriamente commerciale, forsechè una persona giuridica non può far sorgere una pubblica estimazione, fama o « reputazione » intorno ai suoi fini, ai suoi metodi, alle attività che spiega per attuarli? E allora anche da questo punto di vista può sorgere un dovere generale di rispetto in relazione ai suoi segni distintivi, dovunque essi stiano a caratterizzare anche delle opere dell'ingegno, di cui assuma la paternità morale, intellettuale e spirituale.

9. — Tutte queste soluzioni di cui ho parlato fin qui, e che emergono da disposizioni particolari, rimarrebbero per altro più o meno frammentarie e appunto per questo ne rimarrebbe problematico il valore virtuale ed espansivo, se non si potessero ricondurre e ricollegare a principii o criteri generali, suscettibili poi di altre applicazioni, anche non espressamente previste o regolate. Ma, secondo me, un sicuro punto di appoggio, che ne consente a questo effetto la integrazione sistematica, va cercato proprio nel codice civile, che l'ordinanza teme viceversa di veder sovvertito. E bisogna rifarsi a quell'art. 9 che ho ricordato fin da principio, e di cui non sembra essersi ricordata invece l'ordinanza.

La denominazione o la sigla distintiva e vocativa di una persona giuridica sono, come dicevo allora (n. 4), una specie di pseudonimo... necessitato. Ora lo pseudonimo (art. 9) « può esser tutelato a norma dell'art. 7 » il quale detta: « La persona alla quale si contesti l'uso del proprio nome o che possa risentire pregiudizio dell'uso che altri indebitamente ne faccia può chiedere giudizialmente la cessazione del fatto lesivo ecc. ». La conclusione alla quale credo si debba pervenire è, che questa tutela deve ritenersi generalmente concessa anche alle persone giuridiche. Ho parlato più sopra di prodotti e di « opere », di insegne, di marchi e di segni distintivi di queste « cose create » (corporali o incorporali che siano). Pensiamo adesso, per fare un esempio estremo, finora non considerato, ad una associazione od una fondazione benefica, religiosa, culturale o magari politica, che istituisce ai suoi fini, scuole, asili, colonie, ospedali, biblioteche, mense per i poveri, sale di conferenze o di convegno o magari di esercizi spirituali e diffonda, per es., degli stampati di propaganda degli scopi che persegue, delle idee che propugna e dei metodi che adotta. Difficilmente, credo, potrà invocare in modo specifico la protezione prevista per la ditta, per i marchi o per le opere dell'ingegno. Ma se domani altre persone (fisiche o giuridiche non importa) abusino della sua denominazione, della sua sigla o dei suoi emblemi per ingenerare confusione con altri istituti, per farle concorrenza sul suo stesso terreno, per censurare, anzichè propagandare, i suoi fini o i suoi metodi, per discreditarla in quel mondo o in quei ceti a cui si rivolge, forsechè quella associazione o fondazione si troverà senza difesa contro il pregiudizio che le derivi da quell'abuso? Io credo che la sua difesa stia in quell'art. 9.

Persona giuridica: non mangia, non beve e non veste panni. D'accordo. E che per ciò? Quando la legge dispone che certe associazioni, fondazioni, società di un certo tipo, e altre istituzioni di carattere privato, oltre che quelle di carattere pubblico, possono avere o conseguire la « personalità giuridica » (artt. 11, 12, e 13 c.c.), essa si propone fondamentalmente, se pure in modo implicito e sintetico, questo scopo: che intere categorie di norme pensate o scritte in origine per le persone fisiche, si estendano, in quanto applicabili (sia pure *mutatis mutandis*) o in quanto rese applicabili con determinati accorgimenti o per il tramite di particolari meccanismi, si estendano, dico, anche alle collettività od ai patrimoni autonomi organizzati, che abbiano ottenuto quel crisma formale. Stato, capacità, titolarità di diritti e di obblighi, situazioni e rap-

porti giuridici, atti di costituzione e di disposizione e altre attività giuridicamente rilevanti, assumeranno così per le persone giuridiche, o in modo automatico o per espressi adattamenti di carattere legale, un regime analogo o similare a quello preveduto per le persone fisiche. Lo stesso si dovrà dire per la denominazione pseudonima, che, per espresse disposizioni (dell'art. 16, dell'art. 2328 c.c. e disposizioni parallele e connesse), debbono usare come nominativo o vocativo per la loro identificazione? Non vedo perchè si dovrebbe rispondere negativamente, quante volte ricorra l'*eadem ratio*. E a che servirebbe altrimenti il prescrivere come elemento essenziale dei loro atti costitutivi quella individuazione nominativa? Le disposizioni particolari che sono venuto accennando per la ditta, per l'insegna, per il marchio ecc. ecc. verrebbero così ad avere anche per le persone giuridiche la loro base sistematica. Sarebbe questo il loro centro razionale di polarizzazione e di coordinamento. E a seguito di ciò non si potrebbe più considerarle come disposizioni singolari ed isolate (« peregrine » come dicevo più sopra), ma come la riprova della esistenza di quel principio generale, che in esse si manifesta e di cui esse vengono a costituire la riprova.

10. — Si potrà osservare a questo punto, che le persone giuridiche hanno degli scopi definiti e limitati e in particolare le società, devono avere un determinato oggetto sociale, e quindi la tutela della denominazione con tutti i suoi riflessi non può trovar luogo se non nell'ambito dell'attuazione di quegli scopi o di quell'oggetto. Non si può pensare cioè ad una tutela generalizzata a tutte le possibili attività, manifestazioni o produzioni, come avviene per le persone fisiche *ex art.* 7. Giustissimo. Però la limitazione va intesa con opportuna larghezza.

Si sa, per esempio, che i grandi organismi industriali che abbiano per oggetto principale della loro impresa la estrazione, fabbricazione, confezione, distribuzione di determinate materie, merci o prodotti, avvertono sempre, più o meno, per ragioni tecniche, economiche o finanziarie, la necessità o la convenienza di estendere in senso verticale ed orizzontale le loro iniziative e le loro attività. L'oggetto-fine nucleare originario si amplia e si dirama per conseguenza nel corso della sua attuazione fuori dei confini della sua definizione originaria, e con questi si allarga sempre più l'impiego degli stessi segni distintivi e il bisogno di chiederne ed ottenerne la protezione. Ciò avviene per private società come per enti pubblici economici, in modi

e proporzioni che solo un mezzo secolo fa nessuno, almeno nel nostro Paese, si sarebbe neanche sognati. Sarebbe superfluo fare esempii. Qui del resto, ho prese occasionalmente le mosse da un caso FIAT, fabbrica di automobili. Orbene mi dicono, e posso ben credere, che l'uso della sua sigla è protetto oggi giorno per la più gran parte dei prodotti elencati nelle 34 categorie dell'allegato *C* alla legge sui marchi (ora l. 10 aprile 1954, n. 129). Ma questo non è ancor tutto. Ad un certo punto di sviluppo, alle attività industriali o commerciali di una società o di un ente, si coordinano, come indeclinabili esigenze della vita moderna, molteplici attività collaterali. Dalla organizzazione di centri di studio, di sperimentazione e di esplorazione nel campo tecnico e nel campo economico sociale o sociologico, potranno giungere fino ad attività editoriali, destinate non solo alla illustrazione e alla *réclame* immediata dei prodotti, ma anche a scopi culturali, turistici, sportivi, ecc., onde destare nel più vasto pubblico un clima od un'aura di simpatia e di solidarietà. In altro campo quelle attività collaterali potranno estendersi alla creazione di centri residenziali per impiegati ed operai, alla istituzione di scuole per i grandi e per i piccini, di asili, di colonie, di astanterie e di altre opere assistenziali, di squadre e di campi sportivi e così di seguito. È tutto un piccolo mondo (... che non è poi tanto piccolo), che si viene formando così intorno al nucleo originario della azienda madre.

Or si capisce che dovunque queste iniziative si manifestino, sebbene in sè e per sè isolatamente considerate, esorbitino dalla gretta definizione dell'oggetto sociale, e talvolta non possano essere o non siano in sè e per sè neanche materia di impresa, debbano purtuttavia esser poste sotto il segno-denominazione dell'ente che le promuove E anche in questa sfera è logico e coerente al sistema, che l'ente abbia diritto di esser tutelato contro ogni possibile equivoco, confusione, appropriazione, approfittamento, sviamento od infiltrazione da parte di estranei, con abuso diretto ed indiretto di quei segni.

In fra l'altro si capisce come in quel suo mondo e fuori di esso, e cioè presso il gran « pubblico », l'ente possa sentire il bisogno di far conoscere, « propagandare », illustrare non solo i suoi prodotti, ma anche i suoi metodi, e di far sentire la sua voce dovunque si discuta di problemi organizzativi, sindacali, assistenziali, economici, finanziarii, amministrativi o tributarii, turistici, sportivi, culturali ecc., e quindi di pubblicare in fra l'altro periodici o giornali sotto il suo nome o col patronato del suo nome, con le relative « testate »,

di sua creazione. E in questo senso è altrettanto logico, secondo le direttive di principio che son venuto accennando, che possa chiedere ed ottenere protezione di quei periodici non solo contro la men lecita, se non addirittura sleale, concorrenza altrui, ma anche contro il pericolo di confusione o di intrusione nell'ordine intellettuale o « morale ».

11. — Per queste considerazioni, non mi pare che si possano condividere in linea di diritto le tesi negative dell'ordinanza circa la ammissibilità e il possibile fondamento intrinseco di azioni, dirette ad impedire od eliminare il pregiudizio derivante da un indebito uso da parte altrui di una denominazione o di una sigla. E poichè l'azione in questi casi deve tendere per sua natura alla inibizione e alla cessazione del fatto lesivo, ritengo in linea di massima che si versi qui in una materia od in un campo, nel quale può trovare utile e razionale applicazione anche l'art. 700.

Se poi nel caso speciale ed in concreto, il pregiudizio effettivamente sussistesse e fosse imminente ed irreparabile, così da giustificare dei provvedimenti d'urgenza, questo era problema di specie, di cui l'ordinanza seguendo il suo filo di pensiero si è dispensata dall'occuparsi. Tanto meno sarebbe il caso di occuparsene in questa sede e mi mancherebbero, del resto, i dati necessari.