

QUESTIONI IN TEMA DI CONTRATTO DI COSTRUZIONE DI NAVE (*)

I

Carattere originario o derivativo dell'acquisto della proprietà della nave in costruzione da parte del committente.

Sommario: 1. *Le varie teorie.* — 2. *Indifferenza del fatto che i materiali siano forniti dal costruttore o dal committente sulla natura giuridica del contratto di costruzione.* — 3. *Analisi della fattispecie in cui i materiali sono forniti dal committente.* — 4. *Continua: giustificazione dell'acquisto a titolo originario della proprietà da parte del committente.* — 5. *Analisi della fattispecie in cui i materiali sono forniti dal costruttore.* — 6. *Continua: necessità in questa ipotesi dell'acquisto a titolo originario da parte del costruttore.* — 7. *Continua: impossibilità di giustificare la tesi dell'acquisto a titolo originario da parte del committente.* — 8. *Continua: critica del fondamentale argomento di questa tesi.* — 9. *Conclusione.*

1. — Com'è risaputo, quando la specificazione avviene in base a un contratto d'appalto, la *res nova* è o è destinata ad essere del committente, non dello specificatore (1); nè la situazione presenta

(*) AVVERTENZA — Questo studio era stato scritto verso la fine del 1942 e avrebbe dovuto essere pubblicato, oltre che nel vol. di studi in onore di CANZIO RICCI, anche nella *Rivista del diritto della Navigazione*, 1943, per la quale, anzi, il lavoro era stato già composto a stampa e le bozze licenziate. Nel pubblicarlo ora, dopo tanti anni, ho voluto lasciarlo immutato nel testo: solo ho aggiornato i riferimenti di dottrina e giurisprudenza nelle note, aggiungendo, dove era il caso, qualche breve osservazione critica alle opinioni di cui non ho potuto tener conto nella stesura originaria. Devo, inoltre, avvertire che è per mera comodità di esposizione che mi sono riferito al solo contratto di costruzione di *nave* e non anche al contratto di costruzione di *aeromobile*, al quale, pertanto, è da considerarsi fatto costante e implicito riferimento, e al quale vanno senz'altro estese le soluzioni qui proposte.

(1) Bonfante, *Natura del contratto di somministrazione di energia elettrica*, in *Scritti giuridici vari*, vol. III, Torino 1926, pag. 309: «La cosa nuova, in tema di locazione d'opera, è di colui per cui si fa, nella stessa guisa che in tema di

aspetti particolari in materia di contratto di costruzione di nave, la cui disciplina sostanziale, su questo punto, è conforme a quella dell'appalto (art. 241 cod. nav.).

Se questi punti non possono dar luogo a dubbi di sorta, può invece lasciar adito a qualche incertezza la determinazione del carattere dell'acquisto del committente: si tratta di un acquisto a titolo originario o a titolo derivativo? In termini più precisi: la *res nova* (nel nostro caso la nave) sorge direttamente ed immediatamente in proprietà del committente, ovvero sorge in proprietà del costruttore per passare da questi al committente?

La teoria tradizionale distingue a questo proposito il caso in cui i materiali siano forniti dal committente, da quello in cui i materiali siano forniti dal costruttore, e ritiene che nel primo caso il committente acquisti la proprietà a titolo originario, nel secondo a titolo derivativo (1).

specificazione è di colui che l'ha fatta, *eius qui fecerit*»; Betti, *Istituzioni di diritto romano*, Vol. I, Padova 1942, pag. 405: «La specificazione non dà luogo a un conflitto d'interessi che faccia sorgere un caratteristico problema di attribuzione quando sia operata dallo stesso proprietario della materia o sia operata in base ad una convenzione per conto di un committente, con materia di lui o dello specificatore o di un terzo a ciò consenziente: giacchè allora la proprietà del prodotto non può non spettare al proprietario della materia o al committente in virtù della convenzione»; cfr. pure Carnelutti, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova 1933, pag. 98.

(1) Per l'aspetto generale del problema cfr.: Barassi, *Il contratto di lavoro*, Vol. I, pag. 513; Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino 1939, pag. 51; Lorzio, *Il contratto di appalto*, Padova 1939, n. 49, pag. 103 e segg.; Rubino, *L'appalto*, Torino 1946, pag. 358, n. 301 e segg.; per quanto concerne in particolare il contratto di costruzione di nave: v. Pipia, *Trattato di diritto marittimo*, vol. I, Milano 1900, nn. 42, 43, pag. 47 e segg.; Brunetti, *Diritto marittimo privato italiano*, vol. I, Torino 1929, n. 128, p. 399 e segg. e più recentemente *Manuale del diritto sulla navigazione marittima e interna*, Padova 1947, p. 121, n. 161; Scialoja, *Sistema del diritto di navigazione*, Roma 1933, p. 256 e più recentemente *Lezioni di diritto della navigazione marittima e interna*, Napoli 1942, p. 230, e finalmente *Corso di diritto della navigazione*, Roma, 1943, p. 309; Graziani, *Appunti di diritto della navigazione*, Napoli 1938, p. 103. Questa soluzione differenziata (acquisto originario nel caso in cui i materiali siano forniti dal committente; derivativo nel caso in cui essi siano forniti dal costruttore) può considerarsi un portato dell'antica e ormai superata concezione che vedeva nel contratto di costruzione una locazione d'opera quando i materiali venivano forniti dal committente, una compravendita di cosa futura quando i materiali venivano forniti dal costruttore: infatti l'affermazione della compravendita, cioè del *trasferimento*, nel solo caso in cui i materiali venivano forniti dal costruttore, induceva a vedere in questo solo caso un atto trasla-

Da non poco tempo, però, si è manifestata nella nostra dottrina la tendenza a risolvere unitariamente il problema nel senso dell'acquisto a titolo originario. "La locazione d'opera — osserva in termini generali il CARNELUTTI — non tanto mira a una successione nel dominio del *locator* al *conductor*, quanto a un acquisto originario a favore del primo; la differenza tra locazione d'opera e vendita di cosa futura sta precisamente in ciò che mentre per virtù di quest'ultima la *res nova* nasce in dominio del venditore e da lui passa al compratore, il *locator operis* acquista senz'altro la proprietà di essa, la quale non appartiene mai al *conductor*: il fare per altri che costituisce il contenuto caratteristico della locazione d'opera si concreta precisamente in ciò „ (1).

D'altra parte non è mancato chi ha proposto, con particolare riguardo al contratto di costruzione di nave, la soluzione unitaria inversa, ritenendo che il committente acquisti sempre la proprietà della nave a titolo derivativo, e quindi anche quando sia stato lui a fornire i materiali necessari per la costruzione (2).

Date queste vedute disperate è opportuno prendere in esame il problema, il cui interesse pratico e teorico è di per sé evidente, e si accentua in modo particolare nell'ambito del codice della navigazione, come credo di poter dimostrare nello studio che fa immediatamente seguito al presente.

2. — Quale premessa e punto di partenza della nostra indagine va ricordato un concetto fondamentale e ormai incontroverso, desunto dalla teoria della locazione d'opera: il contratto di costruzione

tivo di proprietà e, quindi, un acquisto a titolo derivativo da parte del committente. Questa posizione è comune agli scrittori francesi e belgi: Bonnecase, *Traité de droit commercial maritime*, Paris 1923, pag. 268; Danjon, *Traité de droit maritime*, Tome I, Paris 1926, pagg. 172, 173 (particolarmente n. 119) e pag. 174 e seg. (n. 126); Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, Tome V, Paris 1931, pagg. 136-138; Smeesters e Winkelmolen, *Droit maritime e droit fluvial*, Bruxelles 1929, Tome I, pagg. 19 e 20 e pag. 22. Ed è forse in questa sua più o meno inconsapevole derivazione la ragione per cui le è mancata (come a me sembra e come spero di dimostrare nel testo) una compiuta ed esauriente dimostrazione.

(1) Carnelutti, *Teoria giuridica della circolazione*, cit. pag. 98; già anteriormente in *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Rivista Dir. Comm.* 1913, I, pag. 366.

(2) Ascoli, *Del commercio marittimo e della navigazione*, Vol. VIII del commentario Bolaffio-Vivante, Torino, 1923, pagg. 35 e 36; in questo senso da ultimo: Bassi, *Della proprietà della nave in costruzione*, in *Dir. mar.* 1947, II, pag. 545.

di nave, come sottospecie del contratto d'appalto in genere, non muta natura giuridica in relazione alla circostanza che la materia sia prestata dal costruttore o dal committente. Superando antichi dubbi e remote perplessità (1), già l'art. 1643 cod. civ. abrogato aveva statuito l'indifferenza di queste circostanze rispetto alla natura giuridica del contratto, il quale restava, pertanto, *locazione d'opera*, nè doveva essere necessariamente considerato come compravendita nel caso in cui il costruttore fosse obbligato a somministrare la materia oltre che l'opera. Il nuovo codice non solo ribadisce questa concezione, ma anzi considera l'ipotesi di fornitura della materia da parte del costruttore come integrante la figura tipica dell'appalto (art. 1658 cod. civ.).

Può sembrare che a questo superamento dell'antico dubbio, debba essere attribuita una decisiva influenza sul problema della natura giuridica dell'acquisto della *res nova* da parte del committente: può sembrare, invero, che tale acquisto debba considerarsi a titolo originario anche nel caso in cui la materia sia stata somministrata dal costruttore, e ciò, appunto perchè, essendo da escludere in detta ipotesi la compravendita (e cioè la forma tipica di trasferimento), si può essere indotti a ritenere che sia anche da escludere, perciò solo, l'acquisto a titolo derivativo.

Senonchè io non credo che questa considerazione valga, da sola, a sorreggere la tesi dell'acquisto a titolo originario: che nella fattispecie sia da escludere la compravendita, non implica che al contratto d'appalto non sia da riconoscere, in siffatte circostanze, un'efficacia traslativa; basta considerare, invero, che questa efficacia non è peculiare, nel nostro ordinamento, alla compravendita, ma è attribuita anche ad altri contratti, dimodochè non si può logicamente sostenere, senza una debita dimostrazione, che essa non sia da riconoscere, per lo meno in certe condizioni, anche al contratto di appalto (2).

(1) Cfr. in proposito: Lorzio, *Contratto d'appalto, cit.*, pag. 78 e seg.; Salis, *La compravendita di cosa futura*, Padova, 1935, pagg. 256 e segg.; Rubino, *L'appalto, cit.*, n. 14, pag. 18 e segg.

(2) Il concetto che al contratto d'appalto possa esser riconosciuta efficacia traslativa è già chiaramente presente ai giureconsulti romani, come ci ricorda il Bonfante: *op. e loc. cit.* riferendo le seguenti parole di Paolo: « *transfert proprietatem et tamen locatio est* » (L. 22 § 2, D. loc. - cond. 19, 2). Espressamente in questo senso, da ultimo, Rubino, *L'appalto, cit.*, pag. 359; cfr. pure Autori ivi citati alla nota 1.

Nè varrebbe opporre che attribuendo efficacia traslativa al contratto d'appalto, si torna a confonderlo con la compravendita di cosa futura, e si fanno quindi rivivere proprio quelle difficoltà che si vollero eliminare col sussumere nel contratto d'appalto anche l'ipotesi di fornitura della materia. Ed invero, chi voglia rendersi conto delle ragioni per cui si è ritenuto di dover considerare come appalto anche l'ipotesi in cui l'assuntore dell'opera fornisca la materia, vedrà che queste ragioni consistono nella esigenza di attrarre il rapporto sotto il regolamento sostanziale dell'appalto, particolarmente per ciò che concerne la disciplina del rischio, della responsabilità e del recesso, senza riguardo alcuno alla questione della natura giuridica dell'acquisto della proprietà della *res nova* da parte del committente (1).

Ciò posto, è chiaro che l'aver escluso la presenza della vendita nel caso di appalto con fornitura di materiali da parte dell'appaltatore, non importa alcuna conseguenza decisiva e diretta in ordine al problema della natura giuridica dell'acquisto della proprietà dell'*opus* da parte del committente, ma lascia anzi questo problema del tutto impregiudicato ed aperto, sicchè la soluzione dovrà esser ricercata nei principî e desunta da essi.

3. — È opportuno sottoporre innanzi tutto a particolare analisi la situazione giuridica che si avvera nel caso di costruzione della nave con materiali forniti dal committente. Relativamente a questa fattispecie tanto la teoria generale dell'appalto, quanto la dottrina di gran lunga prevalente in materia di costruzione di nave si son trovate concordi nel ritenere che la cosa, rispettivamente la nave, sorge in proprietà del committente e che, quindi, quest'ultimo ne acquista la proprietà a titolo originario (2); la soluzione appariva tanto logica e inoppugnabile che non fu avvertito, a rigore, nemmeno il bisogno di giustificarla (3).

(1) Cfr. Lorizio, *op. e loc. cit.*; Salis, *op. e loc. cit.*; Rubino, *op. cit.*, pag. 13 e segg.; Bassi, *Il contratto di costruzione di nave*, in *Dir. mar.* 1947, I, pag. 211 e segg., e particolarmente pag. 214, n. 5.

(2) Per l'appalto in generale: Rubino, *op. cit.*, pag. 360; per la costruzione di nave: Graziani, *Appunti, cit.*, pag. 103.

(3) Un tentativo di giustificazione è compiuto dal Rubino, *op. cit.*, pag. 360: «Nè varrebbe obiettare che l'artefice, in un primo momento, fa propria l'opera, per virtù della specificazione che vi attua (art. 940 cod. civ.): abbiamo già visto, infatti, che i principî dell'accessione possono essere applicati solo in

In realtà, invece, la tesi ha notevolmente bisogno di essere giustificata, e ciò apparirà ben chiaro ed evidente a chi ponga mente alle sagaci osservazioni dell'Ascoli, il quale è, appunto, uno dei pochi autori che abbiano eseguito, in materia di costruzione di nave, la tesi opposta. « Ma anche — scrive l'Ascoli — quando sia il committente colui che somministra i materiali, la proprietà a nostro avviso risiede nel costruttore e non nel committente... Quando la mano d'opera è tanto pregevole, come nella costruzione della nave, da sorpassare di molto il valore della materia adoperata, la mano d'opera è considerata come principale e l'artefice ha diritto di ritenere la cosa lavorata, pagando al proprietario il prezzo della materia „ (1).

Certo, così come è formulata, questa tesi non può reggere: l'idea che il costruttore possa *ritenere* la nave costruita coi materiali forniti dal committente, cozza, non tanto col fatto che i materiali sono del committente, quanto col fatto che c'è un contratto di costruzione in virtù del quale il costruttore è obbligato a costruire per il committente e non per sè.

Ma l'obbiezione dell'Ascoli contiene uno spunto di notevole interesse, purchè esso venga convenientemente sviluppato ed elaborato. Infatti l'Ascoli ha ragione nel far rilevare l'insufficiente giustificazione di una tesi che attribuisce la proprietà della nave a titolo originario al committente, *per il solo fatto e per la sola ragione ch'egli fornisce la materia*. Tanto più notevole appare, poi, il valore critico di questa obiezione quando si consideri che gli autori,

quanto non contraddicono alla particolare situazione propria del rapporto di appalto »; il Rubino si riporta con ciò a quanto da lui osservato al n. 300, pag. 357, 358, *op. cit.*: « ... i principii dell'accessione (artt. 934 segg., specie 937 e 940 cod. civ.) sono qui applicabili solo in quanto non contrastino con le regole, le caratteristiche e le esigenze del rapporto di appalto. La disciplina legislativa dell'accessione, presuppone che fra due soggetti, fra i quali viene regolata la questione di proprietà, non preesista un rapporto giuridico, tanto meno un rapporto contrattuale, e sia il fatto stesso dell'accessione a far sorgere la relazione giuridica disciplinata dagli artt. 934 e segg. Invece nel nostro caso preesiste un rapporto contrattuale, le vicende relative all'opera hanno luogo in esecuzione di questo rapporto, e di esso, quindi, non si può non tener conto ». Esatto, ma non esauriente, a mio avviso, ai fini della dimostrazione che deve essere data e che ritengo completa solo attraverso i rilievi di cui *ultra*, nel testo.

(1) Ascoli, *Del commercio marittimo e della navigazione*, cit., pagg. 35, 36.

i quali accolgono la tesi avversata dall'Ascoli, sono quegli stessi i quali, fuori dell'ipotesi del contratto di costruzione affermano l'assoluta preminenza del lavoro sulla materia nel caso di costruzione di nave (1); e tanto più sotto altro aspetto, l'obiezione dell'Ascoli dovrà apparire convincente nell'ambito dell'attuale sistema, in relazione alla netta inversione operata dalla legge nella valutazione comparativa di massima tra l'elemento del lavoro e quello della materia (art. 940 cod. civ.). Infatti tutti questi argomenti dovrebbero portare a ritenere che, per effetto delle regole sulla specificazione, la proprietà si acquista, anche in questo caso, dal costruttore a titolo originario (salvo poi a trasmettersi al committente a titolo derivativo, in virtù e per effetto dello stesso contratto di costruzione); o per lo meno dovrebbero portare a limitare e a circoscrivere la tesi dell'acquisto a titolo originario da parte del committente a quei soli casi in cui il valore dei materiali sorpassi notevolmente quello della mano d'opera (art. 940 cod. civ.) (2).

Tutto ciò dimostra in buona sostanza che i puri e semplici principi della specificazione non bastano a giustificare l'acquisto della

(1) Cfr. ad es. Pipia, *Trattato*, Vol. I, cit., pag. 32, n. 26; Brunetti, *Diritto marittimo privato*, cit., pagg. 396, 397. Per la posizione di questi autori relativamente al nostro problema cfr. la nota 2.

(2) Non credo che la presenza del contratto d'appalto renda inutile o addirittura inammissibile il ricorso alle regole della specificazione per la determinazione del soggetto cui spetta, a titolo originario, la proprietà della *res nova* (come invece mostrano di ritenere particolarmente i romanisti: Bonfante *op. e loc. cit.*; Betti, *op. cit.*). Esatto, secondo me, quanto rilevato da quest'ultimo Autore e cioè che la specificazione non dà luogo a un conflitto d'interessi e non fa sorgere un particolare problema d'attribuzione quando sia operata in base a un contratto d'appalto per conto di un committente, poichè in tal caso la proprietà della *res nova* non può non esser attribuita al committente; ma inutile, a mio avviso questo rilievo per ciò che concerne la determinazione della *natura* dell'acquisto della proprietà da parte del committente, posto che, non essendo espressamente stabilito dalla legge che la proprietà della *res nova* appartiene, a titolo originario, al committente, bisogna necessariamente ricorrere alle regole generali sui modi d'acquisto della proprietà per determinare se il committente acquisti la proprietà a titolo originario, ovvero a titolo derivativo, per trasferimento fattogli dal costruttore (acquirente a titolo originario). In altri termini: pur riconoscendo che nella specie non occorre risalire alle regole della specificazione per ciò che concerne il problema dell'attribuzione della proprietà della *res nova*, resta assolutamente necessario risalire ad esse per la determinazione della natura giuridica di tale attribuzione (se a titolo originario o a titolo derivativo).

proprietà a titolo originario da parte del committente; se mai giustificerebbero la tesi opposta, e cioè l'acquisto della proprietà a titolo originario da parte del costruttore, data la normale prevalenza della mano d'opera sulla materia. Non basta quindi addurre — come fanno i più — il solo fatto della fornitura dei materiali da parte del committente, per desumerne che egli acquista la proprietà della nave a titolo originario. Se ciò avviene, lo si deve a un'altra ragione, ed è allo scopo di rintracciarla che una più approfondita indagine si rende necessaria.

4. — Evidentemente l'elemento decisivo a questo fine è il *contratto di costruzione*, il quale ha necessariamente un'azione impeditiva dell'acquisto da parte del costruttore, anche quando, secondo i principî, la proprietà della nave dovrebbe spettare a lui. Per comprendere, esattamente, la ragione di questo fatto, bisogna analizzare un po' più da vicino la norma che disciplina l'acquisto della proprietà per specificazione (art. 940 cod. civ. vigente; art. 468 cod. civ. 1865).

Mi sembra, invero, che si possa partire dalla seguente osservazione: lo specificatore non ha un diritto assoluto alla proprietà della *res nova*, bensì un diritto legato al presupposto che egli *paghi* al proprietario il prezzo della materia. A me pare, anzi, che non sarebbe inesatto affermare che lo specificatore, più che un diritto immediato di proprietà, sulla *res nova*, ha un diritto potestativo all'acquisto di tale proprietà, diritto che spetta a lui di esercitare col pagamento del prezzo della materia o quanto meno colla specifica e concreta assunzione dell'obbligo del pagamento. La lettera della legge conforta indubbiamente questa interpretazione: l'art. 940 cod. civ. stabilisce che lo specificatore acquista la proprietà della *res nova*, "pagando al proprietario il prezzo della materia", non quindi col solo fatto d'aver costruito. Appare evidente dalla formula della legge che il pagamento del valore della materia non è una conseguenza dell'acquisto della proprietà, ma un presupposto dello stesso; non è pertanto un obbligo dello specificatore, che già sia divenuto proprietario, ma è un onere che la legge gli addossa se vuol divenire proprietario. Fino a che egli non avrà manifestato la volontà di acquistare la proprietà, assumendo esplicitamente o implicitamente l'obbligo del pagamento del prezzo della materia, la *res nova* non gli apparterrà; nè il proprietario della materia potrà imporgli questo acquisto e il relativo pagamento del prezzo, dal

momento che non vi è ragione che l'acquisto della proprietà della *res nova* avvenga contro la volontà dello specificatore, quando la situazione può essere esaurientemente disciplinata, in una simile ipotesi, dai principî della responsabilità per fatto illecito. L'atto materiale dello specificatore si risolve, infatti, in un caso del genere, in un mero atto materiale di arbitraria invasione nella sfera del dominio altrui e tutto sta a vedere se sussistano i presupposti soggettivi dell'illiceità e il danno per il proprietario della materia. L'evoluzione e la storia dell'istituto della specificazione insegnano, del resto, che l'acquisto della proprietà a favore dello specificatore rappresenta una deviazione dal principio dell'espansione od attrazione obbiettiva del dominio (1), introdotta nell'interesse dello specificatore contro al proprietario, in omaggio alla protezione che è dovuta al lavoro, non già nell'interesse del proprietario contro allo specificatore. Un acquisto della proprietà per specificazione che potesse o dovesse avvenire *invito artefice* sarebbe per tanto contrario allo spirito dell'istituto. In conclusione è lecito ritenere che si tratti qui di una manifestazione di quel particolare tipo di diritto potestativo, che è già stato individuato e studiato dalla dottrina, e da essa contrassegnato col termine di *facoltà acquisitiva* (2).

Or se ciò è esatto, a me par facile cogliere la ragione per cui lo specificatore non può acquistare la proprietà quando è obbligato in forza di contratto di costruzione (appalto) a costruire per un altro che gli fornisce la materia. In una situazione di questo genere è assolutamente preclusa la possibilità di esercitare efficacemente e validamente il diritto di far propria la cosa pagandone il prezzo: col fatto stesso di aver stipulato il contratto di costruzione (appalto), lo specificatore ha preventivamente rinunciato ad esercitare la *facoltà acquisitiva* di cui all'art. 940 cod. civ., e quindi è precluso l'acquisto della proprietà da parte sua.

Ma se anche non si dovesse ritenere esatta la tesi che lo spe-

(1) Sul carattere eccezionale dell'acquisto della proprietà per specificazione, in confronto al principio della persistenza della proprietà sulla materia durante e nonostante le modificazioni che essa vada subendo (c. d. principio dell'espansione e dell'attrazione del dominio), v. qualche accenno in Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino 1939, pag. 51.

(2) Messina, *Diritti potestativi*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Vol. IV, pag. 873 e ivi nota 2.

cificatore abbia un semplice diritto potestativo a far propria la *res nova* col pagamento del prezzo della materia, non si potrebbe comunque prescindere da siffatto pagamento agli effetti dell'acquisto della proprietà, essendo esso quanto meno un elemento che concorre insieme all'atto materiale della specificazione a costituire il titolo per l'attribuzione della proprietà all'artefice (1). In altri termini, se anche si dovesse ritenere che l'artefice acquisti necessariamente la proprietà con l'obbligo di pagare il prezzo, a me sembra che l'acquisto della proprietà sarebbe pur sempre condizionato alla giuridica ammissibilità e possibilità del pagamento stesso, nel senso che se le parti si fossero precluse con una esplicita o implicita pattuizione preventiva una tale possibilità, l'acquisto della proprietà non potrebbe assolutamente verificarsi. Ora, quando vi è un contratto di costruzione e i materiali vengono forniti dal committente, a me sembra che sia con tutta certezza da escludere che il costruttore possa essere obbligato o ritenersi abilitato a pagarne il prezzo al committente, rispettivamente che il committente possa pretendere siffatto pagamento o essere tenuto ad accettarlo. La presenza del contratto di costruzione è quindi, necessariamente, un elemento impeditivo del prodursi di uno dei presupposti necessari per l'acquisto della proprietà da parte del costruttore, e ciò, anche a voler scartare la tesi del semplice diritto potestativo (facoltà acquisitiva) da parte del costruttore considerato come specificatore.

E allora, non verificandosi, o per l'una o per l'altra ragione, l'acquisto della proprietà da parte del costruttore è tolto ogni impedimento all'acquisto da parte del committente, come fornitore dei materiali. Infatti, se per il giuoco dei principî il committente, non può acquistare, ciò avviene solo perchè l'acquisto dovrebbe verificarsi a favore del costruttore; quando però per effetto dell'accennata preclusione l'acquisto da parte del costruttore non si realizza, non c'è altri che possa aver titolo all'acquisto all'infuori del committente, fornitore dei materiali; e sta proprio in ciò la vera

(1) Di fronte alla chiara lettera della disposizione non è possibile ritenere che lo specificatore acquisti la proprietà in base al solo atto materiale della specificazione e che l'obbligo del pagamento del prezzo sia conseguenza e non presupposto dello acquisto della proprietà: così interpretando l'art. 940 cod. civ. si toglierebbe ogni valore alla locuzione « acquista la proprietà pagando al proprietario il prezzo della materia » e ciò evidentemente non può essere consentito.

giustificazione del suo acquisto immediato e a titolo originario. Nè si può dire che dal contratto di costruzione derivi un ostacolo per la realizzazione della ulteriore conseguenza voluta dalla legge nel caso d'acquisto della proprietà della *res nova* da parte del proprietario dei materiali: e cioè per il pagamento, da parte di quest'ultimo del prezzo della mano d'opera (art. 940 cod. civ.); chè anzi tale pagamento non solo non è impedito dal contratto di costruzione, ma anzi è voluto e imposto da questo contratto e quindi resta perfettamente possibile (1).

5. — E passiamo ora a considerare il caso del contratto di costruzione di nave (appalto) con fornitura dei materiali da parte del costruttore.

Dico subito che non mi par possibile aderire alla tesi dell'acquisto a titolo originario da parte del committente, nonostante che questa tesi abbia, nel suo aspetto generale, il sostegno di grandi autorità, quale quella del CARNELUTTI (2), e nonostante che nel nostro stesso campo essa sia stata accolta da finissimi giuristi (3). Credo, infatti, di poter dimostrare che alla sua radice sta un vizio e, direi, un equivoco fondamentale, il quale ne pregiudica tutta la consistenza.

(1) Nel quadro dell'art. 940 cod. civ. il pagamento del prezzo della mano d'opera, da parte del proprietario dei materiali, ha una funzione notevolmente diversa da quella del pagamento della materia, da parte dello specificatore. Per quanto concerne quest'ultimo, il pagamento del prezzo dei materiali costituisce, come abbiamo detto nel testo, un presupposto per l'acquisto della proprietà della *res nova*; per quanto concerne invece il proprietario dei materiali il pagamento del prezzo della mano d'opera non è che una conseguenza dell'acquisto della proprietà. Il diverso rilievo del pagamento nei due casi esaminati è fatto palese dalla lettera della legge, la quale, per quanto riguarda lo specificatore, dispone che egli « acquista la proprietà pagando al proprietario il prezzo della materia », mentre per quel che concerne il proprietario stabilisce che la « cosa spetta al proprietario della materia il quale deve pagare il prezzo della mano d'opera ». E questa diversità di trattamento è perfettamente giustificata quando si pensi che nel caso in cui lo specificatore non possa (o non voglia) acquistare la proprietà della *res nova*, questa deve essere necessariamente attribuita al proprietario dei materiali, in forza del principio dell'espansione o dell'attrazione del dominio, e quindi il pagamento del prezzo della mano d'opera non può essere che una conseguenza dell'automatico acquisto della proprietà.

(2) Carnelutti, *Teoria giuridica della circolazione*, cit. pag. 98.

(3) Graziani, *Appunti di diritto della navigazione*, cit. pag. 103.

È lecito chiedersi: in base a qual principio si potrebbe dire che il committente acquisti la proprietà della nave a titolo originario? Non certo in base ai principi della specificazione, dal momento che il committente non contribuisce nè colla materia, nè con l'opera alla costruzione della nave (1). Le regole della specificazione attribuirebbero, senza possibilità di dubbio, la proprietà della nave al costruttore che è nel contempo proprietario dei materiali, e quindi non è certo il caso di risalire ad esse per chi sostiene che il committente acquisti la proprietà a titolo originario. È anzi da ritenere che in questa ipotesi il costruttore, considerato come specificatore, consegua immediatamente ed automaticamente la proprietà della *res nova*, e non un semplice diritto potestativo ad acquistare la proprietà (una c.d. "facoltà acquisitiva"), come è da ritenere che avvenga, invece, nell'ipotesi considerata in precedenza (retro n. 4). Nel caso invero, di specificazione di cosa propria, mancando ogni e qualsiasi conflitto, non v'è ragione alcuna di subordinare l'acquisto della proprietà da parte dello specificatore-proprietario a un qualsiasi onere od obbligo (2).

(1) Non è evidentemente possibile riferire la paternità dell'opera, attraverso cui si attua la specificazione, direttamente al committente. Questa verità che è stata fin qui sottintesa e presupposta, ma che ora è opportuno enunciare, risulta evidente quando si pongono a raffronto la situazione giuridica del contratto d'appalto (*locatio operis*) e quella del contratto di lavoro (*locatio operarum*). In quest'ultimo caso « poichè il prodotto si viene formando e sorge nella sfera giuridica del creditore di lavoro, il quale è il *dominus* del processo produttivo, la soluzione non presenta difficoltà nel senso della *immediata e diretta* acquisizione a suo favore » (così Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino 1939, pag. 50, n. 22); nel caso invece di *locatio operis*, la situazione è proprio l'inversa, dal momento che *dominus* del processo produttivo non è e non può essere altri che l'appaltatore (cfr. Lorizio, *Il contratto d'appalto*, Padova 1939, nn. 28-31, pag. 46 e segg.). Agli effetti di cui l'art. 940 cod. civ. l'opera va pertanto certamente riferita all'appaltatore e ciò conferma che nell'ipotesi in esame il committente non contribuisce alla creazione della *res nova* nè con la materia, nè con l'opera.

(2) Si veda inoltre quanto osservato nella nota 1 a pag. 77, e si consideri che nel caso in esame potrebbe anche ritenersi che il costruttore acquisti la proprietà della *res nova* come proprietario dei materiali da lui impiegati e, quindi, in modo immediato ed automatico ed in forza del principio dell'espansione o dell'attrazione del dominio: a tale riguardo si vedano i cenni dedicati all'argomento della specificazione di cosa propria dal Graziani, *op. cit.*, pag. 97 e segg. e Autori citati a pag. 98.

E nemmeno gioverebbe dire che anche in questo caso il contratto di costruzione implichi di per sè stesso e necessariamente una rinuncia all'acquisto da parte del costruttore, e ciò perchè vi osterebbe innanzitutto questo decisivo rilievo: anche ammesso che lo specificatore-appaltatore rinunci necessariamente all'acquisto della proprietà della cosa e anche a voler supporre che tale volontà sia rilevante nel senso di ostacolare l'acquisto da parte del costruttore (il che, invece, non mi sembrerebbe ammissibile, come dirò tra breve), si avrebbe, se mai, in tutto ciò un elemento impeditivo dell'acquisto a titolo originario da parte del costruttore, ma non già una ragione per attribuire la proprietà *a titolo originario* al committente che, nel quadro dell'acquisto per specificazione, resta del tutto indifferente, in quanto non partecipa alla creazione della *res nova* nè col lavoro, nè colla fornitura della materia.

6. — Come ho avvertito va, però, osservato che nell'ipotesi in esame non è nemmeno possibile configurare una rinuncia preventiva all'acquisto della proprietà, la quale valga ad impedire e a precludere l'acquisto stesso da parte del costruttore. Se, infatti, abbiamo ritenuto di poter far capo all'idea della *rinuncia preventiva* per escludere l'acquisto a titolo originario da parte del costruttore che impieghi materiali forniti dal committente (v. *retro* n. 4), ciò è stato possibile perchè abbiamo ritenuto che in quel caso l'acquisto della proprietà fosse subordinato ad un atto di volontà dello specificatore, e cioè all'esercizio della c.d. " facoltà acquisitiva „, e perchè — di conseguenza — la rinuncia doveva e poteva ritenersi efficace a precludere al costruttore la possibilità di mettere in essere validamente l'atto di volontà attraverso il quale l'accennata " facoltà acquisitiva „ avrebbe dovuto essere esercitata (o, quanto meno, ciò è stato possibile perchè abbiamo ritenuto che il presupposto dell'acquisto della proprietà da parte del costruttore, fosse duplice e non unico, nel senso che dovesse ritenersi richiesto non solo l'atto materiale della costruzione, ma altresì l'atto negoziale del pagamento, con riguardo al quale la rinuncia al diritto di effettuarlo e di imporlo al proprietario dei materiali appare perfettamente possibile, rilevante e produttiva d'effetti). Ma nell'ipotesi di cui ora ci occupiamo, non è più possibile pensare ad una rinuncia che valga ad ostacolare l'acquisto della proprietà da parte del costruttore, appunto perchè, in questo caso, l'acquisto della proprietà tien dietro

al solo fatto materiale della costruzione e non richiede alcun ulteriore atto di volontà.

A voler usare termini tecnici e rigorosi potremo dire che l'acquisto della proprietà per specificazione avviene:

a) in base a un *atto di volontà* (negozio giuridico), nel caso in cui l'acquirente abbia contribuito alla creazione della *res nova* soltanto con la sua opera e quindi eserciti la semplice " facoltà acquisitiva „ che gli è assegnata dalla legge, o, comunque, metta in essere il presupposto di carattere negoziale — pagamento — cui è subordinato l'acquisto della proprietà (1);

b) in base a un *mero atto materiale*, qual'è il semplice atto del costruire e del creare una *species nova* nel caso in cui l'acquirente abbia contribuito alla creazione della *res nova* e coll'opera e colla materia (atto giuridico in senso stretto) (2).

(1) Non varrebbe opporre che oltre all'atto negoziale consistente nell'esercizio della « facoltà acquisitiva » (o nell'assunzione dell'obbligo di pagamento) vi è, anche in questa ipotesi, l'atto materiale (cioè « l'operazione giuridica » di cui la nota seguente) e che anche quest'atto concorre, come un necessario presupposto alla produzione dell'effetto che qui interessa (acquisto della proprietà). L'osservazione sarebbe assolutamente inconcludente ai nostri fini, dal momento che l'atto materiale della specificazione non sarebbe in alcun caso *sufficiente* a determinare l'acquisto della proprietà, ma sarebbe sempre indispensabile a questo fine l'atto negoziale di cui stiamo trattando e con riguardo al quale la preventiva rinuncia potrebbe costituire un insormontabile elemento impeditivo e preclusivo.

(2) Si tratterebbe di quella che il Carnelutti, *Teoria cambiaria*, Padova 1937 n. 27, in particolare pag. 75 e segg., chiama « operazione giuridica ». Cfr. pure Carnelutti, *Distruzione o destinazione alla distruzione della scheda del testamento olografo*, in *Scritti giuridici in memoria di Ageo Arcangeli*, Padova 1939, Vol. I pag. 91 e successivamente ancora *Sistema del diritto processuale civile*, Vol. II, Padova 1938, pag. 96, n. 429. Per l'esclusione del carattere negoziale di questi atti v. Andreoli G. *Le pertinenze*, Padova 1936, pag. 220; Casanova, *Studi sulla teoria dell'azienda*, Roma 1938, pagg. 98, 99; Trimarchi, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano 1940, pag. 97 e segg.; Candian, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano 1946, n. 49, pag. 82 e segg. Si avverta inoltre che se l'acquisto della proprietà della *res nova* da parte del proprietario specificatore, si dovesse considerare prodotto solo dal fatto della espansione o attrazione obbiettiva del dominio (come avviene, indubbiamente, nel caso in cui la proprietà della *res nova* sia attribuita al proprietario non specificatore, sul quale cfr. le note 1 a pag. 77 e 2 a pag. 78), bisognerebbe ritenere che l'acquisto della proprietà della *res nova* sia in-

Ciò posto è evidente che, nel caso di specificazione con materiali propri una preventiva rinuncia non può aver modo d'impedire l'acquisto stesso, non dipendendo esso dalla volontà dell'interessato, ma soltanto dalla volontà della legge (1): tutt'al più la rinuncia potrà operare dopo l'acquisto, importando la perdita del diritto di proprietà già acquistato, ma non è questo che per il momento ci interessa (2).

Questi rilievi valgono anche a combattere l'opinione di coloro che ritengono possibile la *specificazione per conto altrui*, nel senso che lo specificatore, che adoperi materiali propri, possa far acquistare direttamente e immediatamente la proprietà della *res nova* ad un terzo, quando egli abbia intrapreso l'opera nell'interesse di quest'ultimo (3). Posto, invero, che l'acquisto della proprietà avviene in questa ipotesi, in base a un atto giuridico in senso stretto, è evidente a mio avviso che esso è, come ogni altro effetto dell'atto, indipendente dalla volontà del suo autore. Non occorrerà ricordare, a questo proposito, che la caratteristica fondamentale dell'atto giuridico in senso stretto è appunto la irrilevanza della rappresenta-

dipendente da qualsiasi atto negoziale o non negoziale dell'acquirente e, quindi, l'irrilevanza della preventiva rinuncia risulterebbe dimostrata *a fortiori* come è facile intendere per chi tenga conto dei rilievi che seguono nel testo.

(1) La caratteristica essenziale dell'atto giuridico in senso stretto consiste appunto nella irrilevanza della volontà nei riguardi della produzione degli effetti: cfr. Trimarchi, *op. cit.*, pag. 116.

(2) Non sarà fuor di luogo tornar a rilevare che una simile rinuncia potrebbe importare l'estinzione del diritto di proprietà del costruttore, ma in nessun caso l'attribuzione di tale diritto al committente, e per di più a titolo originario.

(3) A quanto pare questo è il significato che deve essere attribuito al seguente passo del Carnelutti, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, in *Riv. Dir. Comm.* 1913 I, 366: «...l'artefice può fare per il cliente, cioè trasferire a lui senz'altro il diritto d'autore sulla cosa che sarà prodotta in modo che questa non sia mai del produttore, diventi subito del cliente e vi sia acquisto originario di proprietà»; esattamente, invece, nel senso della inammissibilità del ricorso alle regole del mandato, Rubino, *Appalto, cit.*, n. 301, pag. 358: «...qui siamo fuori dal campo del mandato, e quindi non si può ammettere che l'opera passi automaticamente in proprietà del committente man mano che viene elaborata, o anche nel momento in cui è ultimata» (superfluo avvertire che, se possiamo seguire il Rubino in questa motivazione, non possiamo seguirlo — per le ragioni di cui nel testo — nelle sue conclusioni, antitetiche alla nostra soluzione).

zione e della volizione degli effetti da parte dell'autore dell'atto stesso, dal momento che la volontà interviene qui soltanto quale " generico, seppure essenziale, presupposto, come volontarietà dell'atto „ (1), non quindi come causa o concausa produttrice dell'effetto. Ed è logico che se è sottratto alla volontà del soggetto il potere di determinare gli effetti dell'atto, non può essere riconosciuto alla sua volontà il potere d'influire sulla destinazione degli effetti medesimi.

Con questo non si vuol dire naturalmente che lo specificatore non possa disporre della proprietà della *res nova*, necessariamente acquisita a titolo originario, facendola acquistare — a titolo derivativo — ad un altro soggetto o anche spogliandosene attraverso ad atti di derelizione e rinuncia. Ciò che secondo i nostri rilievi è da escludere in modo assoluto è che lo specificatore, il quale abbia impiegato materiali propri, possa, attraverso a preventive rinuncie o altri atti negoziali, impedire il verificarsi dell'acquisto a titolo originario da parte sua.

7. — A voler salvare ad ogni costo, l'acquisto a titolo originario da parte del committente, si potrebbe pensare, traendo lo spunto da questi ultimi rilievi e ricorrendo a un macchinoso ed evidente artificio, a un'ipotesi combinata di derelizione e di occupazione: la *res nova* verrebbe sorgendo, per effetto della implicita ma necessaria rinuncia del costruttore (specificante), come *res derelicta* (qui l'artificio sarebbe evidente, perchè manca in realtà assolutamente l'atto di derelizione); in tali condizioni, la proprietà potrebbe sorgere a titolo originario a favore del primo occupante; e primo occupante sarebbe, appunto, il committente, e ciò non solo a costruzione ultimata, cioè quando egli prende in consegna la nave, ma anche prima, dato che si potrebbe immaginare (volendo complicare all'estremo l'artificio del ragionamento) che il committente operi l'apprensione e acquisti il possesso per mezzo dello stesso costruttore, considerato come detentore per conto del committente (art. 1140 cod. civ.).

(1) Trimarchi, *op. cit.*, pag. 116.

Lascio questa spiegazione a chi ha il gusto di simili complicazioni e non scendo nemmeno a confutare i singoli passaggi obblighi e le evidenti finzioni a cui essa deve far ricorso (1): mi basta constatare che gli autori i quali pur sostengono la tesi dell'acquisto a titolo originario, non hanno nemmeno pensato di giustificarla a quel modo o hanno, sia pur implicitamente, ripudiato una tal giustificazione (2).

8. — Volendo approfondire questa tesi (o meglio il modo in cui è stata sostenuta) si vedrà che essa si regge principalmente sulla considerazione della necessità pratica di render possibile l'attribuzione immediata del dominio della *res nova* al committente, in maniera che esso non abbia a persistere — per un certo tempo — in capo al costruttore. Infatti, dice il Bonfante: « la cosa nuova in tema di locazione d'opera, è di colui per cui si fa », (3) e ancora più sintomaticamente osserva il Carnelutti: « l'artefice può fare per il cliente, cioè trasferire a lui senz'altro il diritto d'autore sulla cosa che sarà prodotta in modo che questa non sia mai del produttore, diventi subito del cliente », (4).

Ma se è questo il dato di fatto che si vuol render possibile e giustificare, cioè se quel che si vuol rendere possibile è l'acquisto immediato della proprietà da parte del committente, nel corso stesso della costruzione, non è assolutamente necessario ricorrere all'idea

(1) Sulla inammissibilità della « finzione » come strumento interpretativo, cfr. Bigiavi, *La delegazione*, Padova 1940, pag. 120, nota 83; v. pure Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, 4^a edizione, Milano 1929, pag. 252.

(2) Alludo al Carnelutti, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., pag. 98, il quale osserva che nel contratto d'appalto « a differenza di quanto avviene nella locazione di opere difficilmente la *res nova*, quando si forma, è in possesso del committente medesimo »: ciò che contrasta evidentemente con la tesi dell'immediato acquisto della proprietà, per occupazione, da parte del committente.

(3) Bonfante, *Natura del contratto di somministrazione di energia elettrica*, in *Scritti giuridici vari*, Vol. III, Torino 1926, pag. 309.

(4) Carnelutti, *Studi sulle energie*, cit. in *Riv. Dir. Comm.* 1913, I, 366. Si noti lo sforzo che questa costruzione tradisce ad evidenza: tanto è necessaria l'idea di un trasferimento che il Carnelutti non volendo riferirla alla cosa o al diritto di proprietà sulla cosa, deve riferirla al « diritto di autore » sulla cosa, che, evidentemente, in questo caso è una pura immagine, senza riscontro nella realtà giuridica.

dell'acquisto a titolo originario a favore del committente. È, a mio avviso, la confusione tra il problema della *natura* giuridica dell'acquisto e il problema del *momento* dell'acquisto, quella che ha fuorviato le idee e che ha tratto in equivoco. Si può, invero, benissimo pensare a un acquisto a titolo derivativo che avvenga immediatamente, cioè nel corso stesso della costruzione: il costruttore, che assumerà la duplice qualità di artefice e fornitore di materiali, aliena preventivamente e anticipatamente e appunto in virtù del contratto di costruzione, il diritto di proprietà sulla *res nova* che lui solo potrà acquistare in base ai principî della specificazione, e tale alienazione potrà benissimo operare il proprio effetto reale nel momento stesso dell'acquisto, cioè all'inizio stesso della costruzione. Si avrà il fenomeno, non nuovo del resto, del diritto che si trasmette nell'istante medesimo in cui si acquista (1); si tratterà, perciò, di un acquisto che non ha modo di fermarsi nell'acquirente per l'effetto, direi catalizzatore, dell'alienazione avvenuta anteriormente all'acquisto stesso; l'acquirente è tale per un istante che potrebbe dirsi giuridico non cronologico; è soltanto un ideale ponte di passaggio di un di-

(1) Il fenomeno dell'alienazione anteriore all'acquisto e conseguentemente quello della simultaneità dell'acquisto e della perdita di un determinato diritto non sono affatto singolari o anormali. Le manifestazioni tipiche di questo fenomeno si hanno nei casi, oggi espressamente disciplinati, della vendita di cosa futura (art. 1472 cod. civ.) e della vendita di cosa altrui (art. 1478 cod. civ.), sui quali cfr.: Salis, *La compravendita di cosa futura*, cit. pag. 194 e 198; Cariota Ferrara, *I negozi sul patrimonio altrui*, Padova 1936, pag. 248 e pagg. 344, 345; Degni, *Lezioni di diritto civile, La compravendita*, Padova 1935, pag. 18, n. 7. Non mancano però altri casi in cui è dato individuare il fenomeno: ad esempio, si è ritenuto che esso si presenti nel caso del contratto estimatorio, in cui si ritiene che il consignatario acquisti la proprietà delle cose consegnategli solo nel momento in cui a sua volta la perde perchè vende le cose stesse ai propri clienti: Lordi, *Le obbligazioni commerciali*, Milano-Roma 1936, Parte I, pagg. 203, 204; nel caso della vendita cif, con riguardo all'acquisto della proprietà dei documenti di cose da caricare: Dalmartello, *La proprietà dei documenti della merce nella vendita cif*, in *Temi Emiliana* 1941, Parte I, pag. 33, 34; nel caso della delegazione, con riguardo al trasferimento indiretto della proprietà delle cose consegnate dal delegato al delegatario: Dalmartello, *Recensione a Bigiavi*, in *Riv. Dir. Civ.* 1943, pag. 123; nel caso del mandato ad acquistare mobili non registrati (art. 1706, primo comma, cod. civ.): Carraro, *Il trasferimento della proprietà nel mandato ad acquistare mobili*, in *Diritto e giurisprudenza*, 1946, pag. 248 e particolarmente pag. 254, 255. È noto che non sono mancati tentativi di ridurre a sistema questa

ritto che deve necessariamente attraversarlo per poter giungere al vero e definitivo interessato (1).

Come si vede, la teoria dell'acquisto derivativo è perfettamente compatibile con l'acquisto della proprietà della nave, da parte del committente, nel corso stesso della costruzione, e perciò non è affatto necessario ricorrere alla concezione dell'acquisto a titolo originario al fine di reder possibile e giustificabile un simile effetto.

casistica: in questo senso sono pregevolissime le considerazioni che Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano 1939, pag. 91 e segg. (cfr. pure pag. 332 e segg.) ha dedicato al c. d. « negozio anticipato », da lui definito come « un negozio in cui..., per una iniziativa delle parti, autorizzata dalla legge, viene a potersi realizzare dopo la manifestazione di volontà un elemento tipico della fattispecie, il quale normalmente si realizza prima della manifestazione. O capovolgendo, e per giustificare la terminologia adoperata: un negozio, in cui la manifestazione di volontà viene a potersi realizzare prima di un altro elemento tipico, il quale normalmente la precede ». Giustamente, a mio avviso, il Rubino, *op. e loc. cit.*, ha superato la pregiudiziale che il Gorla, *L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia 1936, pag. 19 e segg. e *La compravendita*, Torino 1937, pag. 21 e segg., ha ritenuto di poter opporre all'ammissibilità del negozio anticipato sul presupposto della pretesa inammissibilità della *legitatio superveniens*. Da ultimo per l'ammissibilità del negozio anticipato cfr. Carraro, *Il mandato ad alienare*, Padova 1947, pag. 81.

(1) Non occorre avvertire che questa soluzione non è affatto necessaria e che le parti potrebbero benissimo ritardare il momento del trasferimento della proprietà della *res nova* spostandolo al momento della verifica o della consegna o anche più in là, al momento del completo pagamento prezzo, ecc.; tale è anzi l'ampiezza che si riconosce all'autonomia delle parti a questo riguardo, che si ammette la validità della clausola (singolare, anche se d'uso) in forza della quale la nave in costruzione sarà di proprietà del committente « fino alla concorrenza delle rate di prezzo da esso pagate al costruttore »: da essa si ritiene che derivi una forma di proprietà indivisa tra committente e costruttore, per quote ideali proporzionate, via via che prosegue la costruzione e vengono effettuati i pagamenti rateali, alla entità dei pagamenti stessi e al valore dell'opera fornita (cfr. su tale clausola: Bassi, *Il contratto di costruzione di nave*, cit., in *Dir. mar.* 1947, pagg. 215-217). Quello che mi pare di poter affermare in base ai rilievi contenuti nel testo è che, quando manchi una specifica determinazione di volontà delle parti, l'acquisto della proprietà da parte del committente deve considerarsi immediato, se pur a titolo derivativo, cioè realizzato sin dall'inizio della costruzione. La tesi contraria sostenuta da Greco, *Il contratto di lavoro*, cit., pag. 51 e da Rubino, *L'appalto*, cit. pag. 358, secondo i quali il passaggio di proprietà dovrebbe considerarsi necessariamente legato al momento della verifica o dell'accettazione, non ha — a mio avviso — possibilità di giustificazione: ed invero che il committente possa verificare l'opera al suo compimento, non è in alcun modo incompatibile col fatto che egli sia proprietario della *res nova* già

Ciò posto, non sussiste, evidentemente, alcun motivo di allontanarsi dalla soluzione imposta dai principî, secondo i quali è da ritenere derivativo l'acquisto della proprietà navale da parte del committente nel caso di costruzione con materiali forniti dal costruttore.

nel corso della costruzione, com'è dimostrato — con assoluta evidenza — dal fatto che il committente ha diritto alla verifica, anche quando sia lui a fornire i materiali e quindi la proprietà della *res nova* gli appartenga a titolo originario, sin dal primo inizio della costruzione, e come è, altresì, provato dal fatto che la verifica ha luogo anche negli appalti di riparazione, dove nessuno spostamento di proprietà è possibile. Del resto è evidente che il rifiuto di prendere in consegna la nave, in caso di esito sfavorevole della verifica, non significa affatto — o, meglio, non significa necessariamente — ripudio della proprietà della nave, ma può voler dire, piuttosto e più semplicemente, che il committente non ritiene ancora ultimata ed esaurita la costruzione, che considera ancora dovuti altri lavori di aggiunta, riparazione o trasformazione, il che — evidentemente — non è affatto incompatibile col permanere della proprietà della nave al committente. Infine è da rilevare che se anche il rifiuto di prendere in consegna la nave in seguito all'esito sfavorevole della verifica, dovesse atteggiarsi in concreto (il che non è da escludersi) come un atto di ripudio della proprietà della nave, esso potrebbe benissimo configurarsi, non già come un evento impeditivo dell'acquisto della proprietà, ma piuttosto come un evento estintivo della proprietà già acquistata nel corso della costruzione. In altri termini: si potrebbe benissimo considerare che l'acquisto della proprietà non è sospensivamente condizionato all'esito favorevole della verifica, ma risolutivamente condizionato all'esito sfavorevole, nel senso che la proprietà si acquista dal committente anche prima e anche indipendentemente dalla verifica, salvo a cessare nel caso di esito sfavorevole della verifica stessa. In questo senso cfr. Marais, *De la condition juridique du constructeur de navire*, in *Dor* 1926, pag. 6, 7: « L'armateur, le navire une fois terminé, conserve naturellement, le droit de faire résoudre le contrat, si le navire ne répond pas aux conditions prévues (art. 1184 code civ.) Théoriquement il rend (restitue) alors le navire au constructeur et devient créancier des acomptes versés ». Meno ancora mi sembra giustificabile la tesi di A. Scialoja, *Corso di diritto della navigazione*, Roma 1943, pag. 309, secondo cui il passaggio della proprietà si avrebbe soltanto nel momento della consegna. Non occorrerà, infine, ch'io rilevi che neppure la regola posta dalla legge relativamente alla sopportazione del rischio (art. 1673 cod. civ.) può impedire la nostra soluzione dal momento che, come a questo proposito è già stato osservato (Graziani, *Appunti di diritto della navigazione*, pag. 103, nota 1), la regola *casum sentit dominus* non è un principio assoluto del nostro diritto (una riprova di ciò è fornita dal capoverso dell'art. 1673 cod. civ.), e dal momento che il costruttore potrebbe sopportare il rischio del fortuito perimento della cosa, non in quanto proprietario (dato che non lo è più), ma in quanto non può considerarsi aver adempiuto alla sua obbli-

9. — In conclusione, non vi è ragione alcuna di discostarci dalla soluzione tradizionale (1) e quindi è da ritenere che il committente acquisti la proprietà della nave a titolo originario, quando è lui stesso a fornire i materiali; a titolo derivativo, quando i materiali sono forniti dal costruttore.

II

La pubblicità del contratto di costruzione di nave.

Sommario: 1. *Pubblicità del contratto di costruzione e pubblicità degli atti relativi alla proprietà della nave in costruzione.* — 2. *L'opponibilità del contratto di costruzione a qualsiasi terzo ed a qualsiasi effetto desunta dalla lettera dell'art. 238 cod. nav.: ragione giustificatrice di questa regola.* — 3. *Limiti dell'applicazione della regola; necessità di una duplice soluzione.* — 4. *Analisi dell'art. 242 cod. nav. e conferma della necessità della duplice soluzione.*

1. — Nell'ordinamento abrogato la pubblicità del contratto di costruzione era richiesta per lo stesso scopo per cui era preordinata la pubblicità dei contratti traslativi di proprietà o di altri diritti su navi in costruzione (v. art. 481 e 490 cod. comm.), e cioè al fine di rendere *opponibili ai terzi* (si noti bene: a tutti i terzi) il contratto di costruzione e, conseguentemente, i diritti che da esso scaturivano sulla nave in costruzione a favore del committente. In mancanza di pubblicità, il contratto stesso non poteva essere opposto a nessun terzo, e quindi, coloro che avessero acquistato diritti sulla nave in costruzione dal costruttore non potevano essere pregiudicati dalle pretese del committente; i creditori del costruttore, che da lui avessero ottenuta ipoteca sulla nave in costruzione, potevano

gazione, e cioè in quanto tutt'ora debitore (*casum sentit debitor*); *contra* Bassi, *Della proprietà della nave in costruzione*, cit., in *Dir. Mar.* 1947, II, p. 545 sulla scorta di Berlingieri G., ivi citato.

(1) V. la nota 1 a pag. 68.

procedere sulla stessa senza riguardo ai diritti (non trascritti) del committente; gli stessi creditori chirografari del costruttore potevano agire esecutivamente sulla nave in costruzione, senza poter essere in ciò ostacolati dal committente; e tutto ciò, si noti, anche nel caso in cui i materiali fossero stati forniti dal committente; l'inopponibilità era, infatti, sancita in termini generali ed assoluti (1).

Il codice della navigazione tiene invece nettamente distinta la *pubblicità del contratto di costruzione di nave* (art. 238 cod. nav.) dalla *pubblicità degli atti relativi alla proprietà di navi in costruzione* (art. 242, secondo e terzo comma, cod. nav.): a) la prima è richiesta sotto comminatoria di una presunzione semplice (art. 238 cod. nav.: "...in mancanza, la nave si considera, fino a prova contraria costruita per conto dello stesso costruttore,"): il che significa che la mancanza di pubblicità si risolve in un espresso accollo dell'onere della prova a colui che è interessato a combattere la presunzione stabilita dalla legge, senza precludere la prova stessa, ossia senza assurgere a una ragione d' "inopponibilità", del contratto non reso pubblico; b) la seconda è invece richiesta sotto comminatoria dell'inopponibilità dell'atto ai c. d. terzi in senso tecnico (2) (art. 242 cod. nav.: "..... per gli effetti previsti dal codice civile, gli atti medesimi devono essere resi pubblici mediante trascrizione ecc.,"; tali effetti, a loro volta, sono contemplati nell'art. 2684 cod. civ., che li determina con un ulteriore rinvio all'art. 2644 cod. civ.).

Quale sia la portata di queste norme e quale il modo di coordinarle tra loro son questioni che possono dar luogo ad alcuni dubbi e a qualche incertezza (3).

(1) Cfr. Scialoja, *Sistema del diritto della navigazione*, Roma 1933, pagg. 254, 255; Graziani, *Appunti*, pagg. 104, 105.

(2) Terzi in senso tecnico sono, come è noto, quelli che hanno acquistato sull'immobile o sul mobile registrato diritti reali o equiparati ad essi, i quali verrebbero ad essere lesi se l'atto non trascritto dovesse spiegare la sua efficacia; nè è sufficiente che i terzi abbiano acquistato diritti reali sull'immobile o sul mobile registrato, occorre altresì che tale acquisto sia avvenuto in base a un atto debitamente reso pubblico (art. 2644 cod. civ. vigente; art. 1942 cod. civ. abrogato); cfr. Coviello, *Trascrizione in Nuovo Digesto Italiano*, n. 10; cfr. pure la *Relazione del Guardasigilli sul Libro della tutela dei diritti*, n. 3.

(3) Non è possibile, evidentemente, ritenere che la presunzione semplice dell'art. 238 cod. nav. sia stata stabilita solo a fini amministrativi, e quindi solo nei riguardi della pubblica amministrazione. Nulla autorizza a mio avviso, una

A) Si potrebbe pensare, invero, che il regime pubblicitario del contratto di costruzione di nave sia contenuto integralmente ed esclusivamente nell'art. 238 cod. nav., il quale pertanto dovrebbe poter essere fatto valere — *in quanto non commina l'inopponibilità ai terzi del contratto di costruzione non trascritto* (1) — anche da parte del committente a difesa del diritto di proprietà che gli spetta sulla nave in costruzione, contro a chiunque affermi una pretesa o un diritto collidenti con tale sua posizione giuridica: quindi anche contro chi si affermi titolare di un diritto reale sulla nave sia pure in base a un titolo debitamente trascritto. Il fatto, invero, che la legge disciplini in una norma a sè la "*pubblicità del contratto di costruzione* „; il fatto che tale disciplina — almeno da quel che l'intitolazione e la lettera dell'articolo possono far ritenere — si ponga come esauriente e completa; sono elementi che possono veramente giustificare l'accennata interpretazione (2), la quale come

simile restrizione dell'ambito d'applicazione della norma che appare dettata per disciplinare la pubblicità del contratto di costruzione in modo completo ed integrale. Rilevo del resto che lo Scialoja, *Lezioni di diritto della navigazione marittima e interna*, Napoli 1942, pagg. 230, 231, e, successivamente, *Corso di diritto della navigazione*, I, Roma 1943, pag. 310, pur ritenendo che la presunzione ex art. 238 cod. nav. abbia « principale importanza nel campo del diritto amministrativo », non esclude — per ciò stesso — che essa abbia altresì rilievo nel campo del diritto privato. D'altronde, a me pare che l'importanza privatistica della norma risulti inequivocabilmente dal capoverso dell'art. 238 cod. nav.

(1) La presunzione semplice che l'art. 238 cod. nav. stabilisce per il caso in cui il contratto di costruzione non sia stato reso pubblico, ha, logicamente, non solo un valore positivo, ma anche un valore negativo, ed è in questo suo valore che essa viene considerata nel testo; e precisamente: se l'unica conseguenza che la legge fa derivare dalla mancata pubblicità del contratto di costruzione è una presunzione semplice, operativa nei riguardi dei terzi, e se questa presunzione semplice può, per definizione, esser combattuta con la prova contraria, cioè con la dimostrazione dell'esistenza del contratto di costruzione, è chiaro — proprio per questo — che il contratto non può considerarsi inopponibile ai terzi se non trascritto.

(2) Sul terreno della pura interpretazione letterale non mancano argomenti e indizii i quali confortano la tesi enunciata nel testo. Si potrebbe cominciare col mettere in rilievo che la legge non indica i soggetti cui è data la possibilità di combattere la presunzione *juris tantum* che la costruzione avvenga per conto dello stesso costruttore, e che perciò è da ritenere che la facoltà di offrire la prova contraria sia attribuita *ad ogni interessato*, non escluso perciò il *committente*, il quale potrebbe in tal modo far valere diritti che gli spettano per il fatto che la costru-

ognuno intuisce importerebbe una radicale e profonda modifica-

zione avviene per conto suo (p. es. nei confronti dell'assicuratore), e potrebbe in genere difendere, contro ogni pensabile attacco di terzi, i diritti che gli derivano dal contratto di costruzione. A chi poi, riflettesse che, tra questi diritti, vi ha principalmente il diritto di proprietà sulla nave in costruzione (dal momento che la *res nova* è di colui per cui si fa), dovrebbe apparir chiaro che il committente può difendere anche questo diritto di fronte ai terzi, senza riguardo alla mancata trascrizione del contratto e semplicemente fornendo la prova prevista dalla legge, cioè dimostrando che la costruzione avviene, in base a contratto, per suo conto e non per conto del costruttore. A questo proposito potrebbe, inoltre essere fatta la seguente osservazione. Che il committente possa opporre il contratto di costruzione e conseguentemente il proprio diritto sulla nave in costruzione ai terzi che non abbiano acquistato diritti reali sulla nave (p. es. ai creditori chirografari del costruttore), è una conseguenza che, nel nuovo ordinamento della pubblicità navale, sarebbe derivata anche se si fosse esplicitamente e specificatamente mantenuta la sanzione dell'inopponibilità del contratto di costruzione non trascritto. Invero, se anche a proposito del contratto di costruzione si fossero seguite le direttive generali che hanno ispirato la riforma della pubblicità navale — se, cioè, si fosse statuito che il contratto di costruzione non pubblicato doveva essere inopponibile soltanto a quei terzi che avessero acquistato diritti reali sulla nave in costruzione ed avessero dato la prescritta pubblicità al loro titolo (art. 2644 cod. civ.) — è evidente che il committente avrebbe potuto difendere il suo diritto di proprietà, senza riguardo alla mancata trascrizione, di fronte ai terzi non acquirenti di diritti reali (p. es. di fronte ai creditori del costruttore che avessero promosso l'esecuzione forzata o avessero ottenuto misure cautelari sulla nave in costruzione) e ciò fornendo, semplicemente, la prova che, anche senza la specifica disposizione dell'art. 238 cod. nav., sarebbe stata perfettamente ammissibile; da ciò si potrebbe ulteriormente argomentare che se alla nuova disposizione in quanto si astiene dal comminare la inopponibilità del contratto di costruzione non trascritto, deve esser attribuito un valore pratico e un contenuto normativo proprio, è necessario che essa sia intesa nel senso più ampio e comprensivo: nel senso, cioè, che essa renda opponibile il contratto di costruzione non trascritto, non soltanto ai terzi in senso lato (creditori del costruttore, ecc.), ma altresì ai terzi in senso tecnico, acquirenti dal costruttore di diritti reali sopra la nave in costruzione i quali abbiano provveduto a trascrivere il loro titolo. La pura e semplice lettera della legge induce, pertanto, a ritenere che il contratto di costruzione di nave anche se non trascritto resti perfettamente opponibile da parte del committente a tutti i terzi. Il fatto, inoltre, che la legge abbia dichiarato inopponibili ai terzi, che a qualsiasi titolo abbiano acquistato o conservato diritti sulla nave in costruzione, soltanto le modifiche o la revoca non trascritte del contratto di costruzione già trascritto (art. 238, capoverso, cod. nav.), e, quindi, abbia avuto presente nello stesso articolo l'inopponibilità, astenendosi peraltro dal riferirla al contratto di costruzione, come invece veniva disposto nel codice abrogato, fa pur esso pensare che il legislatore sia stato ben consapevole del particolare trattamento che egli veniva a fare al contratto di costruzione di nave e quindi abbia effettivamente

zione nel regime tradizionale della pubblicità del contratto di costruzione di nave (1).

B) Ma d'altra parte si potrebbe opporre che l'art. 238 cod. nav. non prevede nè risolve alcun conflitto tra più *diritti reali* sulla nave in costruzione, la qual materia è regolata, invece, interamente ed esclusivamente dall'art. 242 cod. nav. Sicchè il contratto di costruzione come fonte del diritto di proprietà della nave in costruzione a favor del committente, dovrebbe sottostare a questi effetti all'art. 242 cod. nav. e non già all'art. 238 cod. nav. (2).

La sola lettera della legge non consente, a mio avviso, di stabilire quale sia la soluzione corretta.

Chè, se la seconda soluzione sembra preferibile in quanto si discosta meno dalla tradizione e tutela convenientemente il terzo che abbia acquistato dal costruttore, contro di essa sta il rilievo che in tal modo la pubblicità del contratto di costruzione non è più disciplinata dall'art. 238 cod. nav., proprio con riguardo agli effetti più rilevanti ed importanti, mentre sembra essere precisa volontà della legge che *la pubblicità del contratto di costruzione* sia disciplinata esclusivamente ed integralmente, in tutta la esten-

voluto renderlo opponibile a tutti gli effetti, in mancanza di trascrizione *anche ai terzi che avessero acquistato dal costruttore diritti reali sulla nave in costruzione e che avessero provveduto a trascrivere il loro titolo d'acquisto*. È chiaro, d'altronde, che la trascrizione può assicurare e rendere inattacabile l'acquisto soltanto di fronte ad eventuali altri atti d'acquisto che, a loro volta, siano inopponibili se non trascritti, non già di fronte ad atti d'acquisto che restano opponibili *anche se non trascritti*: se quindi è esatta la tesi che la pubblicità del contratto di costruzione non è più richiesta a pena di inopponibilità (art. 238 cod. nav.), il fatto che l'acquirente dal costruttore abbia trascritto non può evidentemente giovargli di fronte al committente, appunto perchè quest'ultimo non ha bisogno di trascrivere per conservare i diritti che gli derivano dal contratto di costruzione.

(1) V. la nota precedente.

(2) E quindi il contratto dovrebbe ritenersi opponibile a tutti i terzi in senso lato (creditori del costruttore; acquirenti dal costruttore che non avessero trascritto; ecc.) ed è di fronte a questi terzi che opererebbe la presunzione semplice e che potrebbe esser offerta la prova contraria di cui l'art. 238 cod. nav.; invece, nei riguardi dei c. d. terzi in senso tecnico (acquirenti dal costruttore che avessero debitamente trascritto il loro titolo) il contratto di costruzione dovrebbe ritenersi inopponibile, e quindi nei loro riguardi la regola dell'art. 238 cod. nav. non potrebbe assolutamente venir presa in considerazione.

sione dei suoi effetti, dall'art. 238 cod. nav.: bisogna quindi vedere, se per avventura, non vi sia qualche ragione che giustifichi questa interpretazione dell'art. 238 cod. nav. e la relativa deviazione dal sistema tradizionale.

2. — Giova ricordare, a questo proposito, che il nuovo legislatore ha radicalmente trasformato la disciplina generale della pubblicità navale, dandole un regime perfettamente analogo a quello della pubblicità immobiliare: mentre, infatti per il codice di commercio la pubblicità aveva la finalità amplissima di rendere inattaccabile l'acquisto nei confronti di *tutti* i terzi (dal momento che il difetto di pubblicità rendeva, appunto, inopponibile l'acquisto a *tutti* i terzi) (1), nel codice della navigazione la funzione della pubblicità navale è limitata alla opponibilità dell'atto ai c. d. terzi in senso tecnico, cioè agli aventi causa dal medesimo autore (dal momento che il difetto di pubblicità rende inopponibile l'atto soltanto ai terzi in senso tecnico e non più a tutti i terzi in generale: art. 1644 cod. civ. applicabile in materia navale in virtù di una catena di rinvii; art. 1648 cod. civ.: 242 e 250 cod. nav.).

Ciò premesso è chiaro che, nell'attuale ordinamento, la pubblicità navale (come del resto quella immobiliare) esplica la sua funzione di assicurare la prevalenza dell'acquisto trascritto *soltanto quando sorge un conflitto tra due acquirenti, per atto tra vivi, da uno stesso autore*: ossia la sua azione assicurativa e conservativa dell'acquisto è limitata al solo campo degli acquisti a *titolo derivativo*, per atto tra vivi. Resta fuori, in particolare, ogni forma di conflitto tra un acquisto a titolo originario e un acquisto a titolo derivativo (così per esempio, il conflitto che potrebbe porsi tra l'usucapiente e l'acquirente da colui il cui diritto di proprietà è rimasto estinto a seguito dell'avvenuta usucapione) (2).

(1) Cfr. Scialoja, *Sistema*, cit., pag. 234; Brunetti, *Diritto marittimo privato*, cit., Vol. I, pagg. 455-456; Ferrara jun., *L'ipoteca mobiliare*, Roma 1932, pag. 190 e segg.; Graziani, *Appunti*, cit., pag. 127; Giannini T. C., *Corso di diritto marittimo*, Milano 1937, pag. 159, 160; Sandiford, *Lezioni di diritto marittimo*, Roma 1939, pag. 112.

(2) Cfr. art. 2651 cod. civ. Interessanti le osservazioni che si leggono a questo proposito nella *Relazione del Guardasigilli sul libro della tutela dei diritti*, n. 9:

« Il codice del 1865 non prevedeva alcuna forma di pubblicità per le sentenze

Orbene: a sorreggere e giustificare il nuovo regime pubblicitario del contratto di costruzione di nave, quale abbiamo fugacemente delineato al numero precedente (*ad A*), potrebbe essere invocato il concetto che il committente acquista la proprietà della nave in costruzione a titolo originario, e non già per effetto di tra-

« da cui risulti estinto per prescrizione ovvero acquistato per usucapione o altrimenti a titolo originario un diritto reale immobiliare.

« L'art. 8 di questo libro (art. 2651 cod. civ.) ne dispone invece la trascrizione, senza peraltro indicare le conseguenze che discendono dalla mancata osservanza della formalità e anzi mostrando chiaramente, data la sua collocazione, che per le ipotesi in esse previste non trova applicazione la disposizione dell'art. 7 (art. 2650 cod. civ.).

« In realtà mi è apparso che in tali ipotesi siano sufficienti le sanzioni poste dalla legge fiscale, dato che non sarebbe stato opportuno ricollegare conseguenze di diritto sostanziale alla mancanza di trascrizione delle sentenze indicate nell'art. 8 (art. 2651 cod. civ.).

« Se infatti si fosse voluto applicare all'acquirente per usucapione, che è l'ipotesi di gran lunga più rilevante fra quelle previste nell'art. 8 (art. 2651 cod. civ.), la sanzione dell'inefficacia delle trascrizioni o iscrizioni prese contro l'usucapiente sino a che non fosse trascritta la sentenza che la dichiara, si sarebbe dato un colpo assai grave all'istituto dell'usucapione che invece nel nostro ordinamento ha un'importanza fondamentale. Infatti colui che ha acquistato per usucapione sarebbe costretto, per avere la libera disponibilità di fatto del suo diritto, di provocare l'accertamento giurisdizionale dell'acquisto nei confronti di colui che per effetto dell'usucapione ha perduto il suo diritto. Ora addossare all'acquirente l'onere di fare un giudizio di accertamento anche quando il suo diritto non subisce alcuna contestazione, e per di più un giudizio nei confronti di persone che possono essere ignote e a distanza di molti anni dal giorno in cui l'usucapiente ha cominciato a possedere in violazione del diritto del proprietario, non sarebbe stato certo molto opportuno, anche a prescindere dal fatto che l'usucapione è un modo di acquisto che ha in sé, nel prolungato esercizio del diritto, la sua virtù e la sua ragione d'essere, e che quindi non può essere condizionato, neppure sotto il profilo della disponibilità di fatto della cosa, a una pronuncia giudiziale, che ne accerti il compimento. Le medesime ragioni valgono per i casi in cui un diritto reale sia estinto per prescrizione o in cui un diritto venga acquistato a titolo originario (es. *accessione*) ».

Non ho bisogno di far osservare che particolarmente probante ai nostri fini è quest'ultimo accenno della *Relazione*, essendo notorio che l'acquisto della proprietà per specificazione (costruzione), rientra proprio nella categoria dell'accessione, almeno secondo i criteri della sistematica romanistica che informavano ancora l'abrogato codice civile (art. 468), o quanto meno si avvicina notevolmente ad essa, secondo i criteri sistematici moderni (Cfr. l'intitolazione della Sezione II, Capo III, Titolo II del libro della proprietà).

sferimento da parte del costruttore. Infatti, per chi muova da questo concetto non può — a rigore — nemmeno sorgere e delinearsi un conflitto tra il committente ed un altro acquirente *dal medesimo autore* (ossia dal costruttore): è ciò appunto perchè il committente non acquista da alcun autore, e quindi neanche dal costruttore.

E potrebbe, evidentemente, esser qui la ragione che giustifica e sorregge il sistema seguito dalla legge coll'essersi astenuta dal comminare l'inopponibilità ai terzi del contratto di costruzione non trascritto e coll'aver, quindi, consentito che il contratto di costruzione non trascritto resti perfettamente opponibile, ad opera del committente, a qualsiasi specie di terzi: in particolare, anche a quelli che avessero acquistato dal costruttore la proprietà o altri diritti reali di godimento e di garanzia sulla nave in costruzione, e anche nell'ipotesi in cui questi acquirenti avessero trascritto il loro putativo acquisto. La semplice trascrizione non gioverebbe, infatti, a sanare il vizio del loro titolo, nè il fatto che essi rimangono sacrificati sarebbe, a rigore, contrario ai principî, dal momento che essi avrebbero acquistato non solo a *non domino*, ma altresì da chi *non era legittimato* a trasferire (legittimato è il *dominus* che ha cessato d'esser tale in forza di un'alienazione non ancora trascritta, non già chi, come il costruttore, non è stato mai *dominus*), e dal momento che, conseguentemente, non sussisterebbe a favor d'essi la ragione che giustifica l'acquisto a *non domino* negli altri casi: ossia l'indice di legittimazione nell'alienante (1).

3. — A questo punto, però bisogna riportarsi ai risultati raggiunti nello studio precedente ed osservare che se non è da escludere la possibilità che il committente acquisti la proprietà della nave a titolo originario, non è peraltro da ritenere che ciò avvenga in ogni caso. Bisogna, anzi, tener presente che l'acquisto a titolo originario avverrà soltanto nell'ipotesi, affatto normale, in cui il committente fornisca i materiali occorrenti per la costruzione; nel caso, invece, in cui i materiali siano forniti dal costruttore, il committente potrà acquistare la proprietà della nave soltanto a titolo derivativo, cioè dal costruttore (2).

(1) Cfr. Carnelutti, *Teoria giuridica della circolazione*, cit., pag. 62 e segg.; *Teoria cambiaria*, cit., pag. 8 e segg.

(2) Vedi lo studio precedente, n. 3-9.

Ciò posto, viene spontaneo questo rilievo: che al terzo acquirente dal costruttore il contratto di costruzione non trascritto possa esser opposto dal committente, è regola che si giustifica perfettamente, come abbiám visto (*retro*, n. 2), nell'ipotesi in cui il committente acquista la proprietà della nave a titolo originario: in questo caso, infatti, non si produce la fattispecie presupposta dalle norme relative alla pubblicità — e cioè il conflitto tra due atti di acquisto dal medesimo autore — nè si può dire che il terzo acquisti da chi era legittimato a trasferire la proprietà (v. *retro*, n. 2), sicchè l'opponibilità del contratto di costruzione non trascritto non importa, a ben vedere, una deroga ai principî della pubblicità, ma anzi discende da essi e ne costituisce una precisa affermazione. Ben diversamente, invece, stanno le cose con riguardo al contratto di costruzione con fornitura di materiali da parte del costruttore, e cioè nell'ipotesi in cui il committente acquista la proprietà navale a titolo derivativo, ottenendone il trasferimento dal costruttore (acquirente a titolo originario): ammettere, in questo caso, che il contratto di costruzione non trascritto sia opponibile a chi ha successivamente acquistato la proprietà della nave dal costruttore ed ha debitamente trascritto, significherebbe portare una grave ed aperta deroga ai principî relativi alla pubblicità navale, non sorretta da una particolare e visibile ragione giustificatrice (1).

Si tratta, allora di vedere se non sia possibile adottare in conformità ai principî, una duplice soluzione: ritenendo cioè che il committente possa far valere il contratto di costruzione non trascritto e il relativo suo diritto di proprietà sulla nave in costruzione, contro i terzi acquirenti dal costruttore i quali abbiano trascritto, quando i materiali sono forniti dal committente stesso e quindi la proprietà della nave è da lui acquisita a titolo originario; non possa invece esercitare questa facoltà, quando i materiali sono forniti dal costruttore e la proprietà della nave gli viene trasferita da quest'ultimo.

(1) Sarebbe manifestamente strano che l'art. 238 cod. nav. consentendo l'assoluta opponibilità ai terzi del contratto di costruzione non trascritto, venisse a portare — simultaneamente — una conferma e una deroga ai principî della pubblicità navale, a seconda che se ne facesse applicazione al contratto di costruzione con materiali forniti dal committente o dal costruttore.

4. — Bisogna spostare, a tal fine, la nostra attenzione dell'art. 238 cod. nav., fin qui tenuto presente, all'art. 242 cod. nav. che è ora da prendere in più particolare esame.

Una prima constatazione è questa: l'art. 242 cod. nav. (in quanto statuisce l'inopponibilità ai terzi in senso tecnico degli atti relativi alla proprietà navale che non siano stati trascritti) non può certamente applicarsi al contratto di costruzione di nave quando i materiali siano forniti dal committente e quando, di conseguenza, quest'ultimo acquisti la proprietà della nave in costruzione a titolo originario. È chiaro, infatti, che in questa ipotesi non si verifica alcuno dei presupposti per l'applicazione dell'art. 242 cod. nav. dato che il contratto di costruzione non può qualificarsi come un atto costitutivo, traslativo, o estintivo del diritto di proprietà sulla nave in costruzione. *a)* Che non sia un atto *costitutivo*, risulta chiaro a chi consideri che non è in realtà concepibile, neppur in astratto, un atto negoziale costitutivo del diritto di proprietà e che d'altronde, nella nostra concreta ipotesi la causa determinante direttamente l'acquisto originario della proprietà a favor del committente non è il contratto di costruzione (1), ma bensì il mero fatto della fornitura dei materiali; *b)* che, poi, il contratto di costruzione non sia in questo caso *traslativo*, della proprietà della nave in costruzione discende per definizione dal fatto che l'acquisto di tale proprietà da parte del committente avviene a titolo originario; *c)* e che infine, il contratto di costruzione non implichi un atto *estintivo* della proprietà navale, risulta dall'osservazione che esso impedisce l'acquisto della proprietà da parte del costruttore, e quindi non può dirsi che estingua tale diritto, nè che implichi una rinuncia ad esso nel senso in cui si parla di rinuncia nelle norme in materia di trascrizione (art. 2643, n. 5; art. 2684, n. 3 cod. civ.). L'analisi dell'art. 242 cod. nav. dimostra, adunque, che il contratto di costruzione con fortitura di materiali da parte del committente sfugge alla sanzione dell'inopponibilità con cui tale articolo colpisce, in difetto di trascrizione, gli atti costitutivi, traslativi o estintivi di proprietà su nave in costruzione e ciò conferma, a sua volta, limitatamente alla fattispecie in esame (materiali forniti dal commit-

(1) Il contratto di costruzione è semplicemente *impeditivo* dell'acquisto della proprietà da parte del costruttore, come ho cercato di dimostrare nello studio che precede, n. 4.

tente), la regola che abbiamo desunto dall'art. 238 cod. nav. e che abilita il committente a far valere il suo acquisto anche nei confronti dei terzi che abbiano acquistato dal costruttore la proprietà o altri diritti sulla stessa nave e abbiano provveduto a render pubblico il loro acquisto (v. *retro.* n. 1).

Ma non altrettanto potrebbe dirsi per il contratto di costruzione con fornitura di materiali da parte del costruttore, dato che in questo caso il committente acquista la proprietà della nave dal costruttore (cioè a titolo derivativo) (1). È chiaro, infatti, che il contratto di costruzione viene ad atteggiarsi, in questa ipotesi, precisamente, come un *atto traslativo* della proprietà della nave in costruzione, e viene di conseguenza a cadere, necessariamente nel campo d'applicazione dell'art. 242 cod. nav.: in effetti, questo articolo non si riferisce a singoli atti traslativi di proprietà su navi in costruzione, ma in genere a *tutti gli atti traslativi*, nè vi sarebbe ragione alcuna di non applicarlo a quell'atto traslativo che è il contratto di costruzione con fornitura di materiali da parte del costruttore.

Ora è proprio qui, a mio avviso, la chiave per la duplice e differenziata soluzione che cerchiamo di giustificare, in armonia alle esigenze poste dai principi generali della pubblicità navale: *a)* quando il contratto di costruzione costituisce un *atto traslativo della proprietà navale* (e questa efficacia deve essergli riconosciuta nel caso in cui i materiali siano forniti dal costruttore), esso viene attratto nell'ambito d'applicazione dell'art. 242 cod. nav. e quindi è da ritenere che la legge ne imponga la pubblicità sotto pena d'inopponibilità ai terzi in senso tecnico (cioè agli acquirenti dal costruttore che avessero debitamente trascritto); *b)* quando, invece, il contratto di costruzione non costituisce un *atto traslativo della proprietà navale* (e cioè avviene nel caso in cui i materiali siano forniti dal committente), la disciplina della relativa pubblicità non può essere desunta da altra norma che dall'art. 238 cod. nav. e quindi è da ritenere che il contratto stesso rimanga opponibile da parte del committente, a tutti gli effetti, e quindi anche nei confronti dei terzi che avessero acquistato la proprietà o altri diritti

(1) V. lo studio precedente, nn. 5-8.

reali dal costruttore ed avessero provveduto a rendere pubblico il loro putativo titolo.

L'interpretazione letterale, razionale e sistematica convergono come si vede, in questo risultato che mi è sembrato interessante segnalare al lettore, in quanto rappresenta, rispetto al sistema abrogato, una novità non scevra di interesse pratico e teorico.

ARTURO DALMARTELLO