

ANNO III. - N. I-II - VRBINVM - GENNAIO-APRILE 1929. VII

STVDI VRBINATI

RIVISTA DI SCIENZE GIURIDICHE

DIRETTA DA

GIAN PIERO BOGNETTI

prof. di storia del diritto italiano

LUIGI RENZETTI

presid. della R. Accademia Raffaello

CANZIO RICCI

prof. di medicina legale e rettore
dell'Università

GUGLIELMO SABATINI

prof. di diritto penale, preside
della facoltà di giurisprudenza



S. T. E. U. - VRBINO

IN VRBINO: PRESSO L'VNIVERSITÀ DEGLI STVDI

SOMMARIO

- C. M. BALDI, *Progressi, regressi e contraddizioni della giurisprudenza infortunistica* Pag. 1
A. MONTEL, *La cosiddetta "Mora ex re", in favore dei minori* " 59

PARTE II.

RECENSIONI:

- V. ARANGIO RUIZ, (vol. I), E. ALBERTARIO (voll. II e III): *Opere di Contardo Ferrini* (U. Br.). — G. BATTAGLINI, *Principii di diritto penale in rapporto alla nuova legislazione - Questioni preliminari* (C. Girola). — G. BALLADORE PALLIERI, *I mandati della Società delle nazioni* (G. Morelli) Pag. 81

NECROLOGI:

- Muzio Pampaloni (U. Br.) — Francesco Brandileone (G. P. B.) Pag. 95

COMITATO DI REDAZIONE

I professori dell'Università di Urbino: Ugo Brasiello, Giovanni Cristofolini, Giuseppe Forchielli, Carlo Girola, Gaetano Morelli, Francesco Santoro Passarelli, Ferruccio Pergolesi, Ugo Tombesi.

COLLABORATORI

Gli ex-professori dell'Università di Urbino: Luigi Abello, Aldo Albertoni, Agostino Arcangeli, Alberto Asquini, Guido M. Baldi, Guido Bonolis, Biagio Brugi, Francesco d'Alessio, Menotti De Francesco, Arnaldo De Valles, Agostino Diana, Guido Donatuti, Francesco Ercole, Giuseppe Ermini, Carlo Ferraj, Eugenio Florian, Andrea Guarneri Citati, Isidoro La Lumia, Lando Landucci, Ruggero Luzzatto, Teodosio Marchi, Francesco Messineo, Roberto Montessori, Umberto Navarrini, Oreste Nigro, Mario Ricca Barberia, Alfredo Rocco, Arturo Rocco, Lanciotto Rossi, Mario Rotondi, Giovanni Salemi, Roberto Scheggi, Antonio Scialoja, Manfredi Siotto Pintor, Antonio Vanni, Arnaldo Volpicelli, Adolfo Zerboglio.

CONDIZIONI D' ABBONAMENTO

Abbonamento annuo: per il Regno L. 20; per l'Estero L. 25; un numero separato L. 5. Cumulativo con la rassegna di cultura "Urbium": per il Regno L. 25; per l'Estero L. 30. Sostenitore L. 40.

Redazione: presso l'Università degli Studi di Urbino.

Amministrazione: presso il prof. Carlo Ruggeri in Urbino.

PROGRESSI, REGRESSI E CONTRADDIZIONI DELLA GIURISPRUDENZA INFORTUNISTICA

II.

SOMMARIO

6) Sulla colpa grave *quae dolo aequiparatur*. — 7) Sulla natura del contratto di assicurazione. — 8) Sulla competenza per territorio. — 9) Sulle pratiche amministrative. — 10) Sui patti di polizza.

6. La redazione della "Rivista Critica", annotando una sentenza della Corte d'Appello di Bologna, già sotto un altro profilo da noi ricordata (1), ha affermato che "sulla irrilevanza della colpa", della vittima nel verificarsi dell'infortunio, non esiste ormai più "questione" (2).

La verità è, per contro, che il dibattito sulla valutazione della colpa dell'operaio nell'ambito della legge infortuni è più che mai acceso, in dottrina ed in giurisprudenza (3), e forse genera la più

(1) V. pag. 5, nota 3 della prima parte di questo studio.

(2) V. Rivista, 1927, p. I, pag. 25 e segg. Dello stesso avviso si mostra anche il Rameri in uno studio sulla giurisprudenza estera ("Rassegna della Previdenza Sociale", 1928, p. III, pagg. 4-27).

(3) Faremo tra breve una rapida rassegna della dottrina. Per quanto ha tratto alla giurisprudenza, dobbiamo subito dire, per intanto, che su ventidue recenti sentenze da noi esaminate, quattordici hanno sancito la irrilevanza della colpa della vittima e nove l'opposto principio.

grave controversia cui abbia dato luogo l'interpretazione della legge predetta, in quanto proprio sul tema della colpa sfociano e si incontrano i principî del diritto comune e quelli che si vorrebbero considerare peculiari ai nuovi istituti, che a molti piace considerare nel loro complesso come un *ius novum*.

Sin dai primordi dell'applicazione della legge infortuni, un profondo dissenso cominciò ad apparire nella dottrina su questo tema.

Si sono schierate in favore della prima tesi: la Cassazione del Regno coi giudicati 7 marzo 1925 ("Rivista delle Assicurazioni", 1926, pag. 52); 29 gennaio 1927 ("Rivista Critica", 1927, pag. 97); 12 novembre 1927 (ivi, 1928, pagina 69); 11 maggio 1928 (ivi, 1928, pag. 255); 17 aprile 1928 ("Rivista delle Assicurazioni", 1928, pag. 341); la Corte d'Appello di Bologna con le decisioni 7 giugno 1926 ("Rivista Critica", 1927, pag. 25); 15 marzo 1927 (ivi, 1927, pag. 925); 28 marzo 1927 (ivi, 1927, pag. 367) e 1° febbraio 1927 ("Assistenza Sociale", 1927, pag. 360) e le Corti di Milano, 31 maggio 1927 ("Il Diritto del Lavoro", 1927, pagina 988 e 25 maggio 1928, "Rivista Critica", 1928, pag. 299), di Firenze, 29 dicembre 1927 ("Rivista Critica", 1928, pag. 190), di Bari, 10 giugno 1927 ("Il Diritto del Lavoro", 1927, pag. 1323) e di Venezia, 8 settembre 1927 ("Il Diritto del Lavoro", 1928, pag. 117). Hanno invece fatto propria la seconda: la Cassazione del Regno, coi giudicati 25 giugno 1926 ("Rivista delle Assicurazioni", 1926, pag. 473); 31 luglio 1926 (ivi, 1927, pag. 40); 12 marzo 1928 (ivi, 1928, pag. 267) e 28 marzo 1928 (ivi, 1928, pag. 336); la Corte d'Appello di Bologna 31 luglio 1925 (ivi, 1926, pag. 72); la Corte d'Appello di Firenze, 11 gennaio 1927 ("Rassegna della Previdenza Sociale", inedita, 1927, p. III, pag. 64) e di Torino, 16 luglio 1926 ("Rivista delle Assicurazioni", 1926, pag. 487); 13 marzo 1925 ("Rassegna della Previdenza Sociale", 1926, p. IV, pag. 45).

Devesi inoltre ricordare che l'unica volta (per quel che sappiamo) in cui la questione che ci occupa si è presentata all'esame delle Sezioni Unite, è stata decisa in conformità ai principî del diritto comune, e cioè nel senso che *"una colpa grave dell'operaio, dalla quale sia derivato l'infortunio, può rompere il nesso di occasionalità tra questo ed il lavoro. L'onere della prova, che esclude gli estremi della risarcibilità, sta a carico di chi allega il fatto colposo"* (26 febbraio 1919, "Giurisprudenza Italiana", 1919, p. I, 1, col. 255 e segg.).

Nello stesso senso, passando alla giurisprudenza straniera, si è pronunciata la Corte di Cassazione di Parigi (7 dicembre 1925) e la Court of Session Scotland (10 dicembre 1925). È d'uopo però tener presente che la legge inglese riconosce esplicitamente il diritto dell'operaio all'indennità anche quando abbia contravvenuto agli ordini dell'imprenditore o a dei regolamenti legittimamente emanati, purché egli possa dimostrare che il suo atto fu compiuto "in connesità con l'impresa padronale enell'interesse di questa impresa", (V. Rameri, studio citato, pagg. 16-17). Il che vuol dire che la violazione, cosciente o no, di un ordine o di una norma, trova grazia presso il legislatore, purché sia accompagnata dalla previsione (che deve esser sempre cosciente) dell'utilità della violazione stessa!

Il Chironi (1), pur opinando che “se causa diretta dell’ingiuria”, è la stessa condotta anormale dell’offeso, determinata da volere o da negligenza, pel mancar del vincolo che connette il fatto materiale all’autore, questo non dovrà rispondere, e l’offeso dovrà sopportare le conseguenze del fatto proprio”, pur riconoscendo che quando la colpa sia cagione diretta del danno patito “*volenti non fit iniuria*”,; “*quod quis ex sua culpa damnum sentit, non videtur damnum sentire*”, e pur ammettendo che “si ha di ciò particolare applicazione negli infortuni avvenuti nel lavoro”, in quanto “se il padrone avesse dato tutte le disposizioni ed istruzioni occorrenti a fin di evitare ogni prevedibile pericolo di danno; se le macchine di cui l’opificio è fornito, fossero munite degli apparecchi di provata efficacia per scansare la possibilità dell’infortunio temuto; se la direzione fosse stata saviamente esercitata, e con tutta la diligenza; e pur l’operaio per dolo o negligenza a lui imputabile avesse operato così da provocare l’infortunio che lo colpì, od esporvisi, *la colpa* (in senso lato) del fatto è tutta in lui, né potrà egli chiedere il risarcimento di un danno del quale la sua illecita condotta è stata causa” più oltre (2) si affrettò ad aggiungere che “l’applicazione or fatta, traendola dalla materia dell’infortunio nel lavoro, non può riferirsi a quei casi d’infortuni cui dà norma la legge speciale, sibbene agli altri che ne rimangon fuori. Il concetto e la ragion del rischio, com’è nell’economia di questa legge, hanno indotto la protezione dell’operaio contro la propria colpa, ancorchè grave: è soltanto il dolo ch’è mezzo eliminatorio di responsabilità”. Dunque pel Chironi “come al padrone, così all’operaio il fatto illecito è fonte di responsabilità nel senso che gli toglie il beneficio della garanzia: ma, a ragion della natura del rischio, e delle condizioni dell’industria la *illiceità* non risulta da colpa, fosse pur *grave*, sibbene dal dolo soltanto e spetta allora all’istituto assicuratore l’azione di regresso contro l’operaio” (3).

La stessa teorica del rischio professionale, posta a base della legge infortuni, conduce quindi, nel pensiero del Chironi, all’abban-

(1) *La colpa nel diritto civile italiano*, vol. II, pag. 554 e segg.

(2) *Op. cit.*, pag. 555.

(3) *Op. cit.*, pag. 668.

dono della dottrina tradizionale: in quanto la "ragion che la giustifica", è il fatto d'indole economico-sociale, e quindi giuridica dei *pericoli* inerenti a *certi modi* d'industria, e che in varie forme si manifestano: o pei meccanismi stessi adoperati che li rendono per sé possibili: o per l'agglomeramento dei lavoratori, o per la condotta, quasi di necessità imprudente, che il nuovo ordinamento dell'industria determina nel lavoratore, il quale può dimenticare la cura che a sé deve, o pei regolamenti interni o la direzione o sorveglianza, tra cui si svolge l'attività sua, o per la confidenza che a lungo andare acquista coi meccanismi adoperati nel proprio lavoro, e che impedisce si pensi, quando più si dovrebbe, al pericolo che contengono. E questi modi di *pericoli* inerenti all'industria, derivano il primo dalla stessa condizione *tecnica* in cui il lavoro si svolge, e gli altri dalla condizione psicologica ch'essa determina nel lavoratore: fatto economico quello, fatti umani questi ultimi, e conseguenza tutti dell'ordinamento che al lavoro industriale è dato nello sviluppo dell'industria moderna" (1).

Considerazioni, queste, che in sostanza erano già state fatte dal Fusinato (2) e dal Saleilles (3) e che fece proprie il Carnelutti, criticando una famosa sentenza della Corte d'Appello di Milano (4), redatta da un illustre magistrato, il Setti (5).

Per il Carnelutti la colpa dell'operaio rientra, in via normale, nel concetto del rischio professionale, e la stessa *culpa lata*, della quale pur possono considerarsi casi tipici (come la cosciente violazione di regolamenti) non è dolo e dunque non esclude l'infortunio. Indugiare alquanto ad analizzare il pensiero del Carnelutti, non solo per esser questo autore l'infortunista nostro più insigne, ma anche perché — a nostro avviso — le opinioni da lui espresse negli scritti citati sono state più tardi ripensate e rielaborate al lume di oltre un ventennio di esperienza sull'applicazione della legge.

(1) Op. cit., pagg. 636-637.

(2) *Gli infortuni sul lavoro ed il diritto civile*, pag. 63.

(3) *Le risques professionnels dans le code civil*, pag. 634.

(4) 26 gennaio 1904 ("Giurisprudenza Torinese", 1904, pag. 487). V. la decisione della Cassazione torinese, a conferma, nella Rivista citata, 1905, pag. 341.

(5) "Rivista di Diritto Commerciale", 1904, pag. 152 e 1905, pag. 114.

Il problema che la Corte di Appello di Milano si era proposto racchiudevasi nei seguenti termini: che valore giuridico ha un divieto preventivo posto dalla legge o dal regolamento o dall'industriale a tutela dell'operaio, nel caso in cui questo lo violi deliberatamente? e di conseguenza *quid iuris* pel fatto volontario e sciente della violazione di uno di questi divieti, nei riguardi del diritto alla indennità legale in caso di sinistro?

Il lavoro che dà occasione all'infortunio — rispose la Corte — è quello specificamente assegnato all'operaio a norma del contratto stretto con l'industriale. I limiti di questo lavoro sono adunque segnati dal contratto, di cui divengono appendici le norme regolamentari emanate dall'imprenditore. Dunque, abbenché sia vero che la legge protegga anche il sinistro avvenuto per colpa della vittima, purtuttavia quella colpa, quando si concreti nella trasgressione ad una norma regolamentare, priva l'operaio del diritto al risarcimento, perché rompe il nesso tra lavoro e sinistro.

Contro tale motivazione “agile e serrata”, il Carnelutti si fece ad obbiettare:

a) che sotto l'apparenza di una “logica attillata”, celavasi “una „ conclusione repugnante al senso di giustizia che ha generato il „ principio del rischio professionale e la sanzione di risarcimento dell'infortunio dovuto..... a colpa della vittima ”;

b) che la Corte avea confuso la causa con l'effetto, unificando “ in un solo caso il fatto occasionante ed il fatto occasionato e cioè misurando la trasgressione con sé stessa anziché col lavoro „;

c) che accettando i principî della Corte si giungerebbe “ per „ inevitabile costrizione logica a negare assolutamente la risarcibilità dell'infortunio cagionato da colpa della vittima, ed anche „ forse più in là ”;

c) che “ il fatto obbiettivo della violazione del Regolamento, „ qualunque sia la sua portata, non basta ad escludere la risarcibilità „ dell'infortunio occorrendo sempre indagare la occasione, nella „ quale la violazione stessa è avvenuta ”;

e) che la Corte avea interpretato il nuovo testo di legge con la coscienza imbevuta dei vecchi dogmi ancora tanto forti e tenaci da dominare e limitare l'applicazione dei nuovi principî;

f) e che infine, a riprova di una mentalità giuridica ancora inadatta alla esegesi della legge infortuni dovevasi notare l'errore

in cui la Corte era caduta nel discriminare la violazione *deliberata* da quella *accidentale*.

Infatti “ la esistenza del nesso occasionale tra lavoro ed infortunio è circostanza affatto obbiettiva, indipendente dalla intenzione dell'agente. O esiste o non esiste. La accidentalità della violazione non può creare il rapporto occasionale, se il fatto della violazione lo esclude ”. Vedremo più oltre il valore di queste critiche: per intanto esaminiamo quel nuovo orientamento del pensiero del Carnelutti, cui abbiamo sopra accennato.

Essendo innumerevoli i voti per la riforma della Legge infortuni, la Cassa Nazionale, sin dal 1915, pubblicò un grosso volume (1) contenente, nella prima parte, le proposte modificatrici avanzate dagli uffici della Sede Centrale e dalle Sedi compartimentali della Cassa stessa, e, poichè quell'opera, non eccessivamente serena, non avea trovato largo favore, istituì, nel 1919, una Commissione di studio, della quale furon chiamati a far parte il Carnelutti ed il Borri (2).

La Commissione presentò uno schema di legge accompagnato da una pregevolissima relazione del Carnelutti, nella quale, per quanto ha tratto al punto che ci interessa, leggesi (3): “ Un carattere comune a tutte le conseguenze della lesione, di qualunque genere, in assenza del quale la figura dell'infortunio sul lavoro sparisce, consiste nella loro indipendenza dal *dolo* (dell'operaio o dei superstiti) o dalla *colpa* dell'operaio.

“ Per il *dolo*, poichè si tratta di un principio che si ritiene già insito nella legge vigente, del quale si è curata ora soltanto la espressione chiara e corretta (4), reputo superfluo ogni illustrazione. Senza confronto più delicato è il tema della colpa, rispetto

(1) *Per la riforma della legge infortuni*. Roma, Tipografia del Senato, pag. 391.

(2) V. lettera 10 febbraio 1920 del Presidente della Cassa Nazionale Infortuni al Ministro per l'Industria, il Commercio e il Lavoro in “ *Rassegna della Previdenza Sociale* ”, 1920, p. III, pag. 1 e segg.

(3) V. “ *Rivista di Diritto Commerciale* ”, 1920, p. I, pag. 182.

(4) L'art. 9 del progetto Carnelutti-Borri (che corrisponde all'art. 11 dello stesso progetto riesaminato e modificato dal Comitato Esecutivo, e dal Consiglio Superiore della Cassa) suonava: “ L'operaio od i superstiti non hanno diritto alla indennità per quelle conseguenze dell'infortunio che abbiano voluto cagionare. Qualora per tali conseguenze l'indennità sia stata pagata, l'assicuratore o l'imprenditore hanno diritto di ripeterla ”.

„ al quale la Commissione ha suggerito la disposizione, che ho
„ formulato all'art. 10 (1): ivi la colpa, che esclude la risarcibilità
„ delle conseguenze dell'infortunio, è concretata nel fatto dell'ope-
„ raio che abbia rifiutato di sottoporsi o si sia sottratto a pratiche
„ sanitarie ” (2).

Ma la colpa si profila anche sotto un altro aspetto nel disegno di legge in esame: e cioè come inosservanza delle cautele imposte, allo scopo di prevenire gli infortuni sul lavoro, dai regolamenti speciali.

In quanto, scrive il Carnelutti, bisogna “ proteggere l'operaio “ non solo contro l'imprenditore, ma ancora contro sé stesso „. E la pena di questa inosservanza, nell'art. 72 del progetto Carnelutti-Borri, si concretava in una ammenda dalle 20 alle 200 lire a carico degli operai colpevoli, i quali “ inoltre, ove siano colpiti „ da infortunio non seguito da morte, potranno essere privati dalla „ Commissione di cui l'art. 42 di una parte dell'indennità non superiore a un terzo ” (3).

Continuando ora nella rassegna della dottrina, noi vediamo che alle teorie esposte dal Chironi e, in un primo tempo, dal Carnelutti, si accostò, pur con molte riserve e perplessità, e non grande chiarezza di pensiero, l'Agnelli (4), opinando che la semplice colpa non

(1) “ L'operaio o i superstiti non hanno diritto alla indennità per quelle conseguenze dell'infortunio, che si sarebbero potute evitare mediante pratiche di assistenza sanitaria, alle quali l'operaio abbia rifiutato di sottoporsi o si sia sottratto, quando le pratiche stesse siano state riconosciute necessarie e non pericolose secondo le norme, che saranno dettate dal regolamento ” (art. 12 del progetto presentato al Ministro. V. Rassegna citata, pag. 12).

(2) Disposizione introdotta, perché “ la progrediente coscienza della dipendenza del bene comune dal bene individuale tende sempre più ad eliminare lo „ *jus abutendi* dal contenuto del diritto sul proprio corpo come dal diritto sulle „ proprie cose ” e perchè non è concepibile “ che il titolare del diritto al risarcimento per il danno subito da una cosa sia privato dal diritto stesso per quelle „ conseguenze del fatto dannoso, che la sua media diligenza avrebbe potuto evitare e quel diritto rimanga, invece, illeso malgrado la negligenza nella cura di „ quel bene socialmente ed individualmente senza confronto più prezioso, ch'è il „ corpo umano ”.

(3) Nell'art. 78 del progetto presentato al Ministro si dava invece facoltà alla Commissione sostituyente il magistrato ordinario di “ negare in tutto o in parte la corresponsione dell'indennità „.

(4) *Commento alla legge degli infortuni sul lavoro*, 2^a edizione, pag. 217 e segg.

possa togliere il diritto all'indennità, ma che gravi dubbi possano sorgere quando ci si trovi di fronte a violazioni espresse "di specifiche norme di regolamento"; nei quali casi dovrà operarsi con la massima "prudenza", ricordando che la volontaria e consapevole "esposizione al rischio è dolo, e priva dell'indennizzo", ed inoltre "che altra cosa è la violazione del regolamento, altra cosa l'uscita vera e propria dal campo del lavoro", ma tenendo presente altresì che *parva differentia facti magnam inducit iuris differentiam*.

Il Cocito, per contro, pur accettando nella sua integrità la teorica del rischio professionale (1) ritenne che essa non possa annullare gli effetti della *culpa lata*, mentre il Barassi (2) si sforzò di superare le difficoltà dell'argomento approfondendo il concetto di dolo.

Per questo autore si può intendere il dolo in due modi. "Anzitutto come scienza degli effetti anti-giuridici nascenti da un atto compiuto volontariamente, notando che la volontarietà è qui limitata al senso di 'mancanza di coazione'. Oppure può esservi la scienza di tali effetti accompagnata dall'intenzione di nuocere, *animus nocendi* Certo oggi vi è un discreto accordo nel ritenere sufficiente, in campo prettamente civilistico, la semplice coscienza e volontarietà, anche non accompagnata dell'effettiva ben determinata intenzione di recare un pregiudizio ad altri e di trarne profitto per sé, come sarebbe il caso, per l'argomento nostro, se l'operaio avesse a bella posta eccitato l'infortunio per ottenere un indennizzo che lo esonerasse dalla prestazione del lavoro. Se dunque la soluzione della questione dovesse farsi partendo da un punto di vista prettamente civilistico, non vi sarebbe dubbio che secondo questa comune opinione basterebbe che l'operaio, nel momento dell'infortunio, abbia tenuto una condotta anormale, pur sapendo nel momento in cui la teneva, che non era quella la condotta normale dell'operaio diligente e prevedendo gli effetti dannosi che a lui o al principale potevano derivarne. Non sarebbe invece richiesto che non solo tutto ciò prevedesse, ma fosse anche animato dal desiderio acuto che questi effetti dannosi a carico proprio o del principale si avverassero. L'*animus nocendi* non può essere richiesto

(1) *Commento alla legge degli infortuni sul lavoro*, 3^a edizione, pag. 173 e segg.

(2) "Rivista degli Infortuni", 1900, pag. 145 e segg.

„ sul terreno del diritto privato, se non eccezionalmente e in certi „ casi determinati dalla legge ”. Ma a questo punto, continua il Barassi, ecco sorgere “ una obbiezione formidabile ”. La legge infortuni esige che il dolo sia constatato da sentenza penale, e cioè il dolo penale, in cui non si può prescindere dall'*animus nocendi*. E allora? Allora non va dimenticato “ che nel sistema, del Codice „ penale il dolo richiede l'*animus* tranne che nei reati colposi, in „ cui *dolo penale* può essere il semplice dolo civile ”. Pertanto il dolo di cui all'art. 33 della legge infortuni va inteso “ come dolo „ penale, a cui bastano i requisiti del dolo civile E in appoggio „ si può citare l'assurdo, che si debba intendere esonerato da responsabilità civile chi ha voluto il danno sofferto, sia pure che „ non avesse nessuna intenzione disonesta mirante a sfruttare l'infortunio ”.

La costruzione giuridica del Barassi non ebbe soverchia fortuna e fu criticata dall'Agnelli (1) e dal Cocito (2) pur tepido sostenitore, il primo, della teoria della irrilevanza della colpa, e pur seguace della contraria opinione il secondo. Fu accolta per contro (almeno in quella sua premessa che pone i limiti della responsabilità dell'operaio nel diritto comune e fa di quella una vera e propria responsabilità contrattuale) dal Pateri (3), pel quale il diritto all'indennizzo non spetta “ all'operaio nel caso in cui il medesimo, pur „ in occasione del lavoro abbia scientemente violato un regolamento „ di fabbrica che gli imponeva o gli vietava di fare una determinata „ cosa perchè i regolamenti di fabbrica, i quali sono appunto dettati „ per disciplinare il lavoro, tecnicamente e praticamente, allo scopo „ di evitare danni agli operai, costituiscono un vero e proprio contratto di lavoro fra il capo dell'industria ed i propri operai, „ contratto al quale, appunto, perchè tale, non è lecito in qualsiasi „ modo di derogare. Ora se l'operaio il quale ha liberamente „ accettate e riconosciute le relative condizioni, si fa, scientemente „ e con proposito deliberato, a trasgredire ad alcuna delle condizioni stesse, il medesimo si pone, da sè stesso, fuori del lavoro, „ e, per necessaria conseguenza, cessa pure in lui il diritto ad essere „ indennizzato allorquando un infortunio lo venga a colpire ”.

(1) Op. cit., pagg. 815-816.

(2) Op. cit., pag. 655.

(3) *Gli infortuni sul lavoro*, pag. 112 e segg.

Ex adverso il Rameri, in una nota alla già ricordata sentenza 31 luglio 1926 della Cassazione del Regno, opina che debba venir decisamente ripudiata dalla giurisprudenza la teoria della *culpa lata*, che non può non prestarsi a gravi incertezze interpretative, restringendosi così l'indennizzabilità del sinistro al solo caso di dolo dell'operaio (1). E nello stesso senso si orienta il Vallini che però, per tacer d'altro, ripete il vecchio pregiudizio dei criteri politico-sociali ai quali la legge infortuni sarebbe informata (2).

Il Vecchietti, invece (3), esaminando la questione principalmente “ con quel criterio pratico che viene dall'osservazione fatta sulle cose e non sui libri „ (4) in uno studio recentissimo, alieno da pretese di costruzione giuridica ma consapevole delle difficoltà giuridiche del tema, giunge alla conclusione che la teoria del rischio professionale “ pur assorbendo la colpa lievissima e lieve „ lasci “ sussistere quella grave sia nei confronti del datore di lavoro che in quelli dell'operaio „, perché se “ è assurdo privare l'infortunato „ della indennità per una colpa lieve, per una di quelle colpe cioè „ che quasi necessariamente si ripetono nel ritmo febbrile del lavoro, „ altrettanto assurdo è gratificarlo di una somma che in sostanza „ verrebbe a rappresentare il premio della colpa, quando il suo „ comportamento indisciplinato — spregiatore degli ordini legittimi — mente impartiti o violatore dei divieti legittimamente posti — sia „ stata l'unica causa dell'avverarsi del sinistro ”. Ma soprattutto perché passando dal campo della riparazione a quello della prevenzione del danno una legge che togliesse la responsabilità della colpa a chi ha i requisiti giuridici per sopportarla impedirebbe “ la formazione di una coscienza professionale negli operai, coscienza che „ varrebbe, nell'interesse della collettività, a ridurre il numero dei „ sinistri ”.

(1) “ L'Assistenza Sociale „, 1927, pagg. 197-98. V. anche “ Il Diritto del Lavoro „, 1927, pag. 989.

(2) “ L'Assistenza Sociale „, 1927, pag. 569 e segg.

(3) “ L'Assistenza Sociale „, 1927, pag. 119 e segg. V. anche “ Il Diritto del Lavoro „, 1927, pag. 444.

(4) V. Agnelli, op. cit., pag. 219 (*A proposito della relazione Colaanni al Congresso di Parigi del 1900, in tema di irrisarcibilità degli infortuni causati da 'culpa lata', nelle solfure di Sicilia*).

Scorse adunque le opinioni degli scrittori, passiamo ora all'esame delle più autorevoli fra le decisioni giurisprudenziali citate.

Fra quelle che han sancito l'irrilevanza della colpa agli effetti della risarcibilità del sinistro, prima in ordine di data e fors'anche per la notorietà sua è la sentenza della Cassazione del Regno in causa Piccotti-Ferrovie dello Stato (1). Le argomentazioni della Corte si possono riassumere nel modo seguente: il principio ispiratore dell'indennità per infortunio è quello di porre a carico dell'azienda cui l'operaio presta l'opera propria i rischi dannosi che quegli subisce a causa del lavoro medesimo. Di conseguenza la protezione della legge deve seguire l'operaio non solo quando si uniformi ai precetti della disciplina tecnica e della prudenza, ma anche e quando li ometta, perché negligenza, inosservanza di norme tecniche, colpa, in una parola, son "proprio il risultato peculiare del lavoro". "Però si noti (si affretta ad aggiungere la Corte) che tutto ciò va „ limitato al caso di mero fatto colposo e non deve estendersi invece „ alla ipotesi ben diversa in cui l'operaio con deliberato e cosciente „ atto di volontà crei e si esponga al rischio (dolo dell'infortunato) „ e neppure estendersi a casi „ peculiari di colpa gravissima equiparabile a dolo „.

Prendiamo atto — pel momento — della duplice riserva che fa di questa sentenza una pura e semplice decisione di *specie* e andiamo avanti.

La stessa Corte Suprema (29 gennaio 1927, Longhi-Sindacato Emiliano) ripete gli argomenti sopra trascritti, ma non oblia la riserva della precedente sentenza, in quanto afferma che il nesso tra l'accidente ed il lavoro vien rotto "non soltanto in esplicazione di dolo vero e proprio „, ma anche dalla colpa, nel caso di trasgressione dell'operaio "il quale conscio del pericolo, e bene edotto delle misure cautelari da osservarsi, volontariamente le disdegna e le ometta „.

Della sentenza 12 novembre 1927 (La Marca-Ferrovie dello Stato) (2) non ci è stato possibile esaminare la motivazione; ma quella 11 maggio 1928 (Calisti-Di Napoli) nulla aggiunge ai riassunti argomenti, pur rammentando anch'essa che "nel caso in cui l'operaio con de-

(1) V. nota 3 a pag. 1, alla quale ci riferiremo per tutte le altre sentenze in esame.

(2) V. anche "Giurisprudenza Italiana „, 1928, p. I, n. 1, pag. 232.

liberato e cosciente atto di volontà crei e si esponga al rischio „
„ il fatto peculiare, deliberatamente ed illecitamente voluto dal lavoratore „, rende irrisarcibile il sinistro.

E gli stessi ragionamenti e l'identica riserva quasi con le stesse parole, ripete il giudicato 17 aprile 1928 (Congregazione di Carità Montecastello-Santini) (1).

Le Corti di merito, nelle decisioni citate, nulla aggiungono al dibattito, limitandosi a seguire, più o meno pedestremente, le orme delle sentenze della superiore magistratura prese a modello.

Vediamo ora l'altro volto della Cassazione.

La sentenza 25 giugno 1926 (Capizzani-Cassa Nazionale) (2) e quella 12 marzo 1928 (Gardella-Mutuo Sindacato) pongono a base del loro decidere sostanzialmente la distinzione della dottrina tra rischio generico e rischio specifico, sancendo che tutte le volte che l'operaio, pur in occasione di lavoro, esce fuor del secondo, ripudia col suo operare la protezione della legge.

Quella 31 luglio 1927 (Gibaldi-Sind. Obbl. Siciliano) (3) richiamate per contro le ampie riserve formulate dalla Corte nella più volte ricordata sentenza Piccotti, chiaramente insegna, avverso i sostenitori della irrilevanza di ogni e qualsiasi colpa che è “ errore fondamentale „, l'equiparare “ contro ogni norma di legge e di logica, il fatto „, meramente colposo, la semplice trasgressione di una norma di prudenza o regolamentare, al fatto volontario, alla infrazione di un „ divieto, alla colpa grave, *quae dolo aequiparatur*, e l'estendere l'efficacia dell'assicurazione oltre la sfera d'attività lavorativa, senza una „ disposizione di diritto positivo che l'autorizzi, togliendo così all'industria il diritto di circoscrivere in limiti determinati l'esercizio „ dell'industria ”.

A spostare invece il problema della colpa grave verso la distinzione tra rischio generico e specifico ritorna la Corte con la decisione 28 marzo 1928 (Vassallo-Sind. Obbl. Siciliano) (4). Tra le sentenze poi,

(1) *O auctoritas rerum similiter iudicatarum!*

(2) V. anche “ Rassegna della Previdenza Sociale „, 1926, p. X, pag. 57.

(3) V. anche “ Rassegna della Previdenza Sociale „, 1927, p. IV, V, pag. 164 e “ Assicurazioni Sociali „, 1927, pag. 196 e segg. con la già ricordata nota del Rameri.

(4) V. anche “ Rassegna della Previdenza Sociale „, 1928, p. IX, X, pag. 161.

delle Corti di merito da noi ricordate, merita una qualche menzione quella della Corte Fiorentina (1° gennaio 1927 Pallini-Cassa Nazionale) (1) per l'ampio esame della *vexata quaestio*.

L'operaio (osserva il giudicato in oggetto) “ non ha affatto il „ diritto di prescindere da quelle che sono le più elementari misure „ di precauzione per la sua incolumità e la sua integrità personale, e „ se egli ha dei particolari motivi per disinteressarsi per la con- „ servazione della sua persona, non può pretendere che tale interesse „ passi, sia pure soltanto sotto forma di risarcimento di danni, a „ carico di chi si serve del suo lavoro, essendo manifesto che un „ lavoro compiuto in concorso di tali circostanze, e cioè con operai „ che invece di tendere ad eliminare col proprio contegno i rischi „ inerenti al lavoro che compiono, vanno in cerca di rischi maggiori „ e più gravi, costituisce non già un lavoro utile, ma bensì un lavoro „ predestinato ad essere fonte di perdite morali e materiali e quindi „ di danno privato e di danno sociale, divenendo perciò immeritevole „ della protezione legale ”.

Deve adunque riconoscersi — continua la Corte — “ che quando „ l'infortunio sia effetto non già di mero atto d'imprudenza o di „ negligenza dell'operaio o di inosservanza da parte di lui di norme „ tecniche e regolamentari, ma di un suo atto di temerarietà, tale „ colpa dell'operaio si inquadra nel concetto di colpa grave e cioè „ in uno stato di responsabilità uguale a quello derivante dal dolo ” in quanto deve considerarsi dolosa (od equiparabile al dolo) non solo la semplice attività “ diretta allo scopo di produrre l'evento dannoso „ ma ben anche quella “ avente chiara la visione del fatto dannoso „ cui essa necessariamente va incontro.

Raccolti ora i materiali fornitici dalla dottrina e quelli offerti dalla giurisprudenza più recente, imprendiamo ad elaborarli.

* * *

L'argomento più serio portato per escludere — nel campo di applicazione della legge infortuni — gli effetti caratteristici della colpa, è quello offerto dalla teoria del rischio professionale, alla

(1) V. anche “ Assicurazioni Sociali „, 1927, pag. 567 e segg. con la nota del Vallini già ricordata.

quale la legge si è ispirata. E tale argomento sostanzia gli scritti del Chironi ed i primi del Carnelutti, fa incerto l'Agnelli, induce il Barassi ad approfondire ed allargare il concetto del dolo, affiora, più o meno puro di scorie sociologiche e politiche, negli altri autori e nelle decisioni della magistratura.

In una parola, da un trentennio a questa parte domina coloro che lo usano o lo respingono e che, pur usandolo o respingendolo, sentono che esso non risolve la questione, nel senso che chi se ne giova avverte che vi è in quello un qualcosa di falso, che stride con la comune coscienza giuridica, e che chi lo ripudia ha purtuttavia l'impressione di chiuder gli occhi innanzi ad alcunché di vero, che varrebbe la pena di esser sceverato dal resto e portato ad accrescere il patrimonio del diritto.

E questa sensazione non sfugge al Chironi, che prova il bisogno di circoscrivere il concetto di rischio, escludendo dal risarcimento l'infortunio avvenuto fuor dell'esecuzione normale del lavoro che l'operaio deve prestare (1), non è ignota al Carnelutti, che sin dal 1904 riconosceva la necessità di dar rilievo alla colpa dell'operaio per lo meno nell'ambito di alcune industrie (2) e che uscita dall'adolescenza la legge e chiamato a studiarne le modifiche, da giurista uso a non disdegnare l'esperienza, fa un posto alla colpa, richiamandone lo schema classico ed il classico principio *quisque ex sua culpa damnum sentit* *damnum sentire non videtur* (3) e ricorrendo persino a transazioni altra volta censurate (4), in considerazione del dovere di proteggere l'operaio anche contro sé stesso; è avvertita da tutti gli altri e specie dalla magistratura, che si affanna a qualificare decisioni di casi singoli quelle in cui indulge a comportamenti tipicamente anormali dell'operaio, conclamando che non si vuole con esse sovvertire il diritto comune, che in altri casi più gravi troverà la sua applicazione; e correlativamente coglie coloro che dan valore alla colpa, in quanto essi pure si affrettano a dire di aver appieno com-

(1) "Così non dev'essere egli garantito pel danno derivatogli dall'aver fatto „ un lavoro a lui vietato, oppur cosa che dall'ordinamento del lavoro non gli fosse „ consentita". Op. cit., pag. 647.

(2) Citata "Rivista di Diritto Commerciale", 1904, pag. 158 (in nota).

(3) "Rivista di Diritto Commerciale", 1920, p. I, pag. 182.

(4) Cfr. "Rivista di Diritto Commerciale", 1904, p. II, pag. 162 e 1920, I, pag. 208 e 221 (art. 72 del progetto).

preso la formazione storica e lo spirito della legge, spirito di cui si avvarranno in casi men gravi, in casi cioè in cui, in luogo della volontà sciente del suo volere e degli effetti di quello si offra quella *humana infirmitas* alla quale non si può non perdonare.

A questo argomento altri se ne son fatti seguire: così il Carnelutti, nella più volte citata nota alla sentenza della Corte Milanese (1), metteva in rilievo un errore nel quale, dato che sia tale, la giurisprudenza ha con costanza perseverato: quello cioè in cui si cadrebbe distinguendo una violazione *deliberata*, da parte dell'operaio, da una violazione *accidentale* (2).

“ La esistenza del nesso occasionale tra lavoro ed infortunio — „ scriveva il nostro autore — è circostanza affatto obbiettiva, indipendente dalla intenzione dell'agente. O esiste o non esiste.

“ La accidentalità della violazione non può creare il rapporto „ occasionale, se il fatto della violazione lo esclude ”.

Questa tesi è stata subito raccolta da altri, che nella pretesa irrilevanza delle intenzioni dell'agente e nella pretesa impossibilità di graduare la colpa vedevano le migliori ragioni per eliminarne — nel campo nostro — gli effetti (3), mentre altri ancora giravano l'ostacolo strettamente giuridico del tema con appelli più o meno eloquenti al carattere *sociale* e al sostrato *politico* e *transattivo* della legge infortuni.

Esprimiamo subito il nostro completo dissenso da queste ultime teorie.

Infatti, per noi, dire che la “ esistenza del nesso occasionale „ tra lavoro ed infortunio è circostanza affatto obbiettiva, indipendente

(1) E cioè in quel suo primo orientamento verso l'irrilevanza assoluta della colpa dell'operaio, o, meglio ancora, verso l'applicazione della teoria del rischio professionale *illimitato*.

(2) “ Rivista di Diritto Commerciale „, 1904, p. II, pag. 162. La distinzione, però, tra violazione cosciente e violazione accidentale non è stata fatta solo dalla giurisprudenza italiana. Ad esempio, il Consiglio Superiore del Lavoro del Belgio definiva colpa grave dell'operaio “ la violazione cosciente dei doveri essenziali di sicurezza „. V. Ryc, *La faute lourde*, pag. 189.

(3) V. Rameri, già citato e Vallini, pure citato, autori che forse si sono ispirati, in uno con l'Agnelli, alle parole dell'Asquith: “ Io sfido qualunque legale a formulare un tipo di colpa ben definito „ (V. Salvatore, *Manuale*, pag. 119) ed all'opinione del Van Overbergh, del Cheysson e del Demeur. V. Agnelli-Rameri, *Introd.*, pag. XLI).

„dalla intenzione dell'agente” non è esatto: perché qui l'agente, come soggetto capace di discernere, e cioè di volere, e cioè di determinare la sua azione in base a quel volere non sta e non può stare tra il fatto certo (lavoro) ed il fatto possibile (sinistro) in modo assolutamente passivo. Di relazioni obbiettive, quando il soggetto della relazione sia un soggetto capace di volizione, non è il caso di parlare: perché l'apparente obbiettività si soggettivizza attraverso il comportamento dell'individuo in grado di volere. L'elemento soggettivo, nei rapporti che hanno alla loro radice l'uomo, non si può dunque escludere *logicamente*: lo si potrà escludere *convenzionalmente*, pel raggiungimento di un determinato scopo. Ma escludere l'imputabilità in un qualsiasi sistema od ordinamento giuridico è scrollare il diritto dalle sue fondamenta (1). E la stessa teorica del rischio professionale non giunge a tanto, eliminando non l'imputabilità astratta, ma gli effetti che a quella solitamente si connettono (2). Tra il fatto “lavoro”, ed il fatto “sinistro”, sta dunque il fatto “comportamento del lavoratore”. Potrà discutersi quale valore debba attribuirsi a quest'ultimo fatto: ma non potrà negarsi che esista. E se esiste, impedisce che la relazione tra gli altri due fatti sia puramente obbiettiva (3).

Tanto meno giustificato, poi è il pretendere di bandire la rilevanza della colpa allegando la impossibilità di definirla o graduarla. Anzitutto, definizioni tali da poter largamente servire alla pratica non sono mai mancate (4).

(1) Anche autori più che dubbiosi nell'ammettere la rilevanza della colpa grave, come l'Agnelli, o passati poi a sostenere la completa irrilevanza di quella, come il Rameri, son forzati a riconoscere che “Il principio della responsabilità „ individuale è prezioso e costituisce la molla di ogni progresso; attenuarlo in dati „ casi si può, ma sopprimerlo del tutto è estremamente pericoloso” (Agnelli, 2^a ed., curata dal Rameri, Introd., pag. XLIV).

(2) “Due scuole stanno di fronte; per l'una, il rischio professionale va inteso giuridicamente; esso può combinarsi col principio di responsabilità Per „ l'altra scuola invece la legge deve coprire tutti indistintamente gli infortuni: „ il rischio professionale dev'essere illimitato” (Agnelli, op. cit., ivi, pag. XXXVIII).

(3) Il che vale anche quando si chiami colpa soggettiva il comportamento dell'agente e colpa oggettiva la mancanza di diligenza, perché anche quest'ultima risale all'agente e si soggettivizza, passando attraverso il suo volere.

(4) V. ad esempio Paolo, l. 31 *ad. leg. Aquil.*, 9. 2, l. 223 *de V. S.*, 50, 16 e Ulpiano, l. 213, § 2 *D. de V. S.*, 50, 16. V. anche Chironi, op. cit., vol. I, pag. 103 e segg.

Ed in secondo luogo siffatti ragionamenti altro non servono che ad infiacchire gli studi del diritto che è sintesi di affermazioni e negazioni, lotta continua di opposti principî, e cioè superamento costante di difficoltà di ogni sorta.

Della teoria, infine, che si fonda su un asserito sostrato non giuridico della legge non è il caso di occuparsi, perché già ampiamente confutata in principio di questo studio.

* * *

Rimane adunque la teoria del rischio professionale: seducente organica, e per di più accolta (1) ed illustrata da maestri del diritto, e presentantesi con quella veste nuova che attira gli occhi di ognuno, come contemperante l'audacia delle linee con la loro bellezza.

Ma è proprio vero che la teoria del rischio professionale ricaccia inesorabilmente la colpa nei domini del diritto comune? Noi osiamo dire di no. E ci sforzeremo di dimostrare il nostro assunto.

Lavoro e sinistro sono coevi. Il sinistro, in corso od attività di lavoro (2) non è un prodotto dell'economia capitalistica, ma un danno che ha proiettato la sua ombra sul primo uomo che ha dovuto, coi mezzi fornitigli dalla sua forza muscolare o coi più rudimentali stromenti, soddisfare ai bisogni della vita. Fortuito (e colposo o doloso) noi lo vediamo scendere, sul singolo o sul gruppo, fin dove riusciamo a scernere la più lontana orma nostra: generato dal caso,

(1) La teorica del rischio professionale ha avuto una fortuna che di rado gratifica i principi giuridici, i quali solo lentamente riescono ad affermarsi. Vero si è che essa ha trovato resa più facile la via da altre teorie (della colpa aquiliana, della responsabilità contrattuale, della colpa oggettiva), le quali pur soccombendo a lei dinanzi, le han reso men crudo il contrasto col diritto comune. Il suo fondamento economico non è però dei più saldi, come meglio vedremo in appresso, ed al suo sviluppo han nociuto, nonostante gli sforzi dei giuristi, le infiltrazioni sentimentalistiche di un'epoca in cui i problemi operai, più che sotto il profilo del diritto, si amavano vedere (e qualche volta risolvere) sotto quello della cosiddetta beneficenza statale.

(2) Qui non occorre accennare, pel momento, al concetto di sinistro in *occasione di lavoro*, affermatosi in molte recenti legislazioni per necessità di ordine tecnico giuridico.

provocato da negligenza od imprudenza, eccitato da bieco volere, esso ci si presenta anche nei più informi aggregati umani, con maggiore o minore frequenza, a seconda del grado di evoluzione economica e civile. Ma è un sinistro, per così dire, non ancora differenziato né nei suoi elementi causali, né rispetto alla condizione di coloro che colpisce. E pertanto è temuto sì, ma come un danno individuale, non fatto assurgere ancora a danno sociale, perché suscitatore di un modesto allarme.

Nell'economia precapitalistica, e soprattutto nelle prime fasi di essa, l'abbondanza ed il costo irrisorio della mano d'opera, il più spesso servile, la mancanza di grandi fabbriche, nel senso moderno della parola, la limitazione degli scambi, la tecnica elementare della produzione, la inesistenza di conflitti di lavoro (1) dovuta specialmente alla debolezza delle classi lavoratrici (2) rendevano impossibile, o quasi, la configurazione dell'infortunio sul lavoro, in quanto non potevano farne comprendere la gravità ed il danno sociale.

Quando il prezzo del lavoro servile condizionava quello del lavoro libero, e, condizionandolo, lo avvilita e quando il regime agricolo dominava, sfruttando il suolo sino all'esaurimento, nel modo più assoluto, i vuoti lasciati nelle schiere produttrici da coloro che il lavoro stroncava non potevano essere rilevanti, né, in ispecie, far pensosi i reggitori della cosa pubblica della sorte dei caduti.

Scomparsa la schiavitù e sfasciatisi il mondo romano, le cose non cambiano molto: l'economia di villaggio, l'economia curtense e persino la città medioevale nella sua formazione prima, sono ben lontane dalla industrializzazione, e quindi dalla classificazione e valorizzazione dei fattori produttivi, ivi compreso il fattore uomo (3).

(1) " In mille anni di storia romana non è ricordata una sola contesa di lavoro „ (V. Tenney Franck, *Storia economica di Roma*, pag. 106).

(2) " Le classi lavoratrici, le quali ora sono forti abbastanza per modificare „ praticamente a loro vantaggio ogni progetto di legge finanziario, industriale e „ commerciale approvato da un moderno corpo legislativo, al tempo di Cicerone „ potevano appena esercitare una leggera pressione sul governo " (op. cit., ivi).

(3) " La stessa idea della comunità determina anche il principio fondamen- „ tale, sul quale poggia tutta la politica economica delle città medioevali, e che „ non è diverso da quello che ha regolato la costituzione economica della tribù, „ del villaggio, della curtis: il principio dell'autarchia economica, per cui ogni unità „ deve bastare a sé stessa, il principio della corrispondenza fra produzione e con- „ sumo ". (V. W. Sombart, *Il capitalismo moderno*, pag. 69 della edizione italiana).

I provvedimenti di politica del lavoro che noi troviamo attuati prima dell'avvento del capitalismo, si riducono in genere (abbenché dominati dall'idea che i rapporti fra datori e prenditori di lavoro non siano di diritto privato, in quanto involgenti un interesse pubblico, e come tale da disciplinarsi dallo Stato), o a costringere e ad educare al lavoro determinate classi, o a condizionare la libertà del lavoratore (1).

Lo Stato, adunque, si preoccupa, in questo periodo, soltanto di inculcare il dovere del lavoro, e, molte volte, di costringere al lavoro: ma questi suoi atteggiamenti non sono in genere ispirati a criteri di ordine economico o giuridico, sibbene semplicemente a considerazioni di carattere religioso e morale, quantunque non si possa negare che almeno la coazione al lavoro sia stata in molti luoghi escogitata come un rimedio alla dilagante mendicizia.

Col sorgere del capitalismo, per contro, le cose mutano profondamente. Il processo produttivo, sino ad allora sostanzialmente dominato dal fattore "uomo", vede alzarsi nel suo primo piano il fattore "macchina". Lo strumento sensibile, intelligente e cosciente della produzione cede il suo posto al meccanismo bruto, capace di una potenza di lavoro pressoché inesauribile. L'industria si lancia verso la mèta della superproduzione, non più soltanto per appagare le esigenze dei mercati, ma per saturarli, per conquistarli, per imporre ad essi i suoi prodotti.

E l'uomo deve, in un certo senso almeno, adeguarsi alla macchina, vivere una vita il cui ritmo è segnato dal pulsare della macchina (2). Già gli scrittori mercantili, che nella produzione e non nella circolazione della ricchezza avevan visto la potenza delle na-

(1) V. Sombart, op. cit., pagg. 208-209.

(2) "Lo sviluppo dell'industria moderna non solo ha provocato grandi rivol-
gimenti nell'economia sociale, ma ha fatto sorgere molti e gravi problemi di or-
dine giuridico. Lo sviluppo del macchinismo l'agglomerazione di operai dediti
ad un lavoro febbrile, e richiedente una costante tensione nervosa, il rumore as-
sordante delle officine hanno avuto per conseguenza necessaria il pericolo sem-
pre crescente dei lavoratori di esporsi ad infortuni L'operaio che vive in
mezzo al pericolo, che si famigliarizza cogli ordigni più pericolosi, non può, nel
suo stato di eccitazione nervosa, conservare la calma e la prudenza necessaria,
ed è portato a trascurare le dovute precauzioni". Cosentini, *La teoria del
rischio professionale e le sue conseguenze giuridiche*, "Rassegna della Previdenza
Sociale", 1916, pag. 1054 e segg.

zioni (1), notavano che nell'evo moderno si lavorava — quantitativamente — assai più che nel Medio evo. Oggi si lavora di più ancora, o, se si vuole, più febbrilmente. Il lavoro è divenuto una battaglia, che ha i suoi vincitori ed i suoi caduti, e che lascia dietro di sé una lunga orma sanguinosa. Ma questi caduti, nello stesso tempo che assottigliano le schiere della produzione, accrescono quella del pauperismo, e rendono più aspri i conflitti tra le classi. Lo Stato, ha detto taluno, non può di questo non preoccuparsi, e come sovraneamente interessato alla produzione, e come tutore della pace sociale: di qui un suo duplice e nuovo compito: prevenire i sinistri da un lato, risarcirli o farli risarcire dall'altro. Altri, per contro, più che fondarsi su considerazioni economico-politiche, si sono messi sul terreno del puro diritto, e son partiti dal concetto di "rischio",.

Coloro che esplicano una data attività — han detto — devono prepararsi a sopportare i rischi a quella inerenti, in quanto in quella son le radici dei loro interessi. *Cuius commodum eius incommodum*: utili e danni sono elementi inseparabili nell'industria, ed i risarcimenti dovuti in forza del rischio specifico dell'industria debbono trovare il loro posto nel passivo del bilancio dell'impresa, come spese generali, come un costo che va ad aggiungersi ai costi soliti della produzione (2). *Jus novum*? Sino ad un certo punto: perché, con questa genesi, il cosiddetto diritto nuovo trova il suo sostrato negli articoli 1153, 1154 e 1155 del Codice civile (3), dai quali può trarsi il principio della responsabilità senza colpa, di una responsabilità, quindi, obbiettiva. Se questo è, si è continuato, colui che è a capo di una impresa industriale, e trae da essa vantaggi, deve subire i rischi eventuali di quell'azienda, ed obbligarsi a riparare il danno, in quanto, esercendo quell'impresa, se ne appropria i profitti (4). Dunque, si è concluso, si costringa l'imprenditore ad

(1) E la potenza delle nazioni veniva così ad essere costituita, sostanzialmente, dal numero e dalle forze dei loro abitanti. *Vera regni potestas* — scriveva Leibnitz — *in hominum numero consistit; ubi enim sunt homines, ibi substantiae et vires* (v. Sombart, op. cit., pag. 383).

(2) Cosentini, Rivista citata, pag. 1060.

(3) "Ecco come la teoria del rischio professionale, che i nuovi cultori di scienze sociali credono di avere essi scoperto, ha le sue radici nel Codice", Luzzatti: *Atti Parlamentari*, tornata 14 maggio 1896.

(4) V. Cosentini, Rivista citata, pag. 1061.

indennizzare gli infortuni occorsi alla sua maestranza, o, meglio, allo scopo di garantire l'operaio dalla eventuale insolvibilità del padrone, si forzi quest'ultimo ad una assicurazione obbligatoria, o si escogitino altre forme di sicura garanzia.

Ecco dunque, per sommi capi, la teorica del rischio professionale.

Qual'è il suo valore? e, comunque, è proprio vero che essa deve escludere ogni concetto di colpa?

Esaminata sotto il profilo economico-politico, le sue basi non sono certo delle più solide: infatti è facile rilevare *ictu oculi* che l'industria non arreca e non può arrecare il solo vantaggio dell'imprenditore, in quanto da quella anche l'operaio "trae una mercede", che procura i mezzi di sussistenza per lui e per la famiglia, senza, per altro correre i rischi che possono talora danneggiare... la fortuna, dell'imprenditore" (1). Ma è anche facile osservare — e questo argomento ci sembra che abbia una importanza di gran lunga maggiore del precedente — che è una *pura illusione* ritenere che il cumolo dei risarcimenti per gli infortuni gravi sull'industria.

Molte delle legislazioni vigenti hanno sancito che l'assicurazione debba essere fatta a cura e spese dell'esercente l'impresa, ed hanno comminato sanzioni più o meno gravi a carico dell'industriale che faccia concorrere gli operai alle spese di assicurazione (2) nella pia speranza che una norma di diritto valesse ad addossare all'industria il costo del suo rischio specifico.

In realtà, però, quel costo o è pagato dalla massa dei lavoratori, sotto forma di minor salario, o grava indistintamente su tutta la massa dei consumatori, sotto forma di maggior costo del prodotto (3).

In un modo o nell'altro, comunque, l'industria riesce a sottrarsi, per lo meno in massima parte, a quei gravami che i sostenitori

(1) Cosentini, Rivista citata, pag. 1063.

(2) V. ad es. l'art. 4 del T. U. 31 gennaio 1904, n. 51.

(3) V. Baquis, *La legge su gli infortuni*, in "Realtà", 1928, 5, pag. 538 e segg. Il Baquis calcola a sette milioni il numero degli operai italiani, e dimostra facilmente che il costo della legge infortuni grava su tutta la popolazione del Regno. Secondo l'ultimo censimento però gli operai salariati sarebbero solo 4.095.753 e cioè il 133 per mille della popolazione totale. Non può tuttavia non tenersi conto degli artigiani indipendenti (1.030.493, e cioè il 33 per mille) ad una buona parte dei quali la legge in esame si applica: e degli individui superiori ai dieci anni (10.264.106 = 133 per mille) occupati nell'agricoltura, caccia e pesca, ad un numero notevolissimo dei quali giovano le norme su gli infortuni agricoli.

della teoria del rischio professionale vorrebbero addossarle. Inoltre, si è detto, anche l'operaio "mette in moto una data attività", (1). E poichè questo rischio è il portato di una inesorabile legge di progresso degli elementi e dei congegni della produzione, ed è, *in una certa misura*, incombente su tutti, in quanto tutti, seppure con intensità varia, sono soggetti ai pericoli della industrializzazione, egli non può aver la pretesa di essere sottratto alla pericolosità insita e latente negli ambienti della civiltà in cui vive (2). *Ergo* — si è concluso — bisogna cercare, per le fondamenta della teoria, un terreno meno vacillante di quello economico. E poichè su quello politico non è possibile avventurarsi, in quanto ci si sentirebbe rispondere, che è sovvertire la giustizia e non renderla, attribuire ad una classe privilegi e garanzie a danno delle altre, non rimane che porsi sul terreno giuridico. Punto di partenza, il fatto: *ex facto oritur ius*. E cioè l'industria coi suoi processi produttivi, o, meglio ancora, la nostra civiltà stessa nella sua organica unità. Questa civiltà, meccanicizzata ed automatizzata, e con tendenza ognor crescente a meccanicizzarsi e ad automatizzarsi ha seminato le vie degli uomini, di tutti gli uomini, di rischi in agguato.

Rischi che qualitativamente divengono più gravi e quantitativamente più numerosi allorquando queste vie portano là dove il lavoro umano, affiancato dalla macchina, crea, distrugge, modifica. Datore e premitore di lavoro subiscono entrambi, ma in modo diverso, lo sviluppo evolutivo della produzione: il primo, in quanto deve adeguare l'attrezzatura della sua impresa al progresso della tecnica, il secondo in quanto deve acconciarsi alle condizioni che questi progressi gli determinano. Ma mentre il primo ha un margine entro cui può far spaziare il rischio dell'impresa, rappresentato dalle contrazioni che può imporre al costo di produzione, il secondo non ha che il salario: e cioè, dicesi, il puro corrispettivo del lavoro (3).

(1) Cosentini, Rivista citata, ivi.

(2) A questa obbiezione ha risposto — sul terreno giuridico — il Carnelutti, con l'acutissima distinzione tra rischio generico e rischio specifico, della quale si è parlato a suo luogo.

(3) In teoria, il salario dovrebbe conglobare anche il corrispettivo del rischio specifico al lavoro: ma si è osservato dagli economisti (Supino: *Principi di economia politica*, pag. 427 e segg.; Graziani, *Istituzioni di economia politica*, pagina 467 e segg., ecc.) che le incidenze economiche si traducono in pratica con estrema lentezza e che numerosi coefficienti fanno sì che i salari non si adeguino affatto al rischio. V. anche Agnelli, op. cit., introd., pag. XXXV.

Ma se così è, la mercede non riesce a coprire il lavoratore dal rischio del lavoro, e per questo rischio, allorquando si concreti in un sinistro, l'operaio deve essere indennizzato: e la obbligazione cui l'industriale deve adempiere (risarcendo il danno od assicurando) è una pura e semplice obbligazione contrattuale (1) che, lungi dall'imporre nuovi oneri all'industria, sposta semplicemente la distribuzione dei rischi di quella (2). In che modo? Chiamando a sopportare questi rischi l'intera collettività dei consumatori, sui quali, in ultima analisi, essi vengono a ricadere. Ma il rischio specifico dell'industria, nella sua espressione più sintetica, non è altro che il *fatale damnum*, "quel che v'è di imprevedibile e di inevitabile nell'uso di forze, che l'uomo non riesce a dominare completamente", (3). Ma questo *fatale damnum*, proprio così come è definito dai più convinti seguaci della teoria in esame, esclude dal suo ambito, per inesorabile necessità logica, ogni concetto di colpa. Dove vi è colpa (e cioè volontarietà, tenendo presente che non volere è già un volere) non vi è e non vi può essere fatalità: dimodochè proprio la teorica del rischio professionale, giuridicamente intesa e quindi nel solo senso in cui essa può avere un valore, riconduce ai principi del diritto comune. E poichè, per universale consenso, su di essa è imperniata la legge infortuni, quei magistrati che la invocano per sancire la irrilevanza della colpa, vengono sostanzialmente a rinnegare quel principio nel momento stesso in cui dicono di volergli dare applicazione (4).

(1) Carnelutti, *Infortuni sul lavoro*, p. I, pag. 59.

(2) Carnelutti, *ivi* pag. 31.

(3) Cosentini, *Rivista citata*, pag. 1058.

(4) I limiti e gli scopi di questo studio ci impediscono di approfondire ulteriormente l'argomento: ma altre numerose e gravi ragioni, di ogni ordine, si potrebbero portare contro la pretesa irrilevanza della colpa (grave) nella soggetta materia. E cioè si potrebbe dire — col Gobbi — che il coprire la colpa equivale ad aggravare il rischio; che la teoria del rischio professionale illimitato porta di necessità a transazioni che sono *contra bonos mores*; che tutta la legislazione sulla prevenzione dei sinistri viene svuotata di ogni pratico contenuto quando le norme in essa racchiuse sono prive di sanzione a carico di una delle parti che dovrebbe applicarle, ecc.

7. La Cassazione del Regno, con decisione 19 maggio 1927 (1) ha sancito che “ nel contratto di assicurazione collettiva contro gli „ infortuni sul lavoro, stipulato in base alla legge speciale, l'operaio „ è considerato come *contraente* e deve pertanto provare per iscritto „ il contratto ” (2).

Il Petrone, nelle più volte ricordate *Decisioni notevoli, ecc.*, afferma che nella indicata massima “ vi è molto di vero „ (3) e nella citata nota alla stessa sentenza, osservato che il contratto di assicurazione e quello di associazione di mutua assicurazione devono risultare da prova scritta e che perciò non può ammettersi la prova per testi se non nei casi in cui questa è consentita dal Codice civile, pur seguendo la Corte nel ritenere che l'operaio non può non considerarsi come *contraente*, esprime l'opinione che quella sia andata oltre il segno, là dove ha ritenuto che l'industriale non stipuli per sé. In sostanza — pensa il Petrone — i rapporti giuridici tra operaio

(1) Sez. II, Sindacato Italiano c. Ravettino, “ Rassegna della Previdenza Sociale „, 1927, p. IX, pagg. 59-60. V. anche “ Rivista delle Assicurazioni „, 1927, pag. 523 con nota di E. Petrone.

(2) “ In questo contratto — secondo la Cassazione — l'assicurante stipula „ non per sé ma per il terzo pur non concorrendo le condizioni di cui all'articolo „ 1128 del Codice civile, e non si identifica con l'assicurato come nell'ordinaria assicurazione (art. 417 Codice di commercio). Egli, l'assicurante, „ adempie il precetto di legge di assicurare l'operaio a sue cure e spese (art. 7 „ della legge speciale) e l'assicuratore assume l'obbligazione diretta verso l'assicurato „ a pagargli l'indennità (articoli 104-107-108, ecc. del Regolamento). La circostanza „ che l'operaio non intervenga personalmente a dare il suo assenso al contratto „ non toglie che per volontà di legge tra lui e l'assicuratore sorgano rapporti giuridici che vincolino direttamente l'uno all'altro, epperò inesattamente la sentenza „ denunziata ha ravvisato nell'operaio la figura del terzo estraneo al contratto, ed „ ha quindi ritenuto che di questo egli potesse dare la prova a mezzo di testimoni. Invece l'operaio, esclusivo beneficiario dell'assicurazione, è considerato dalla „ legge quale *contraente* e perciò investito di azione contro l'assicuratore (articolo 108, capov. e 117 del Regolamento) e deve in conseguenza provare per „ iscritto il contratto. Ed appunto perchè l'infortunato possa dare la prova scritta „ del contratto..... l'art. 120 del Regolamento nell'ultimo capoverso fa obbligo..... „ che agli operai, su loro richiesta, sia rilasciata copia del contratto ”.

(3) “ Rivista delle Assicurazioni „, 1927, pag. 503.

ed assicuratore non sorgono per volontà di legge, ma in virtù del contratto concluso dal datore di lavoro, sia pure obbligatoriamente. Doveva dunque la Corte Suprema dar maggior peso al “carattere pubblicitario della legge”, che “sposta il rischio dal patrimonio dell'operaio in quello dell'imprenditore”, in quanto questo carattere, da solo, basta a giustificare “la necessità della prova scritta”. Conveniamo pienamente su questa necessità: ma gli argomenti addotti dal Petrone non ci soddisfano appieno e, comunque, non pongono nella sua vera luce la natura del contratto di assicurazione ai sensi della legge del 1904. L'operaio, si dice, è un contraente; strano contraente, tuttavia, in quanto il contratto che lo riguarda si stipula fra terzi, ed il suo assenso od il suo dissenso da quello è, non solo non richiesto, ma del tutto indifferente. Ma è contraente — si dice dalla Cassazione — *iussu legis*: e perchè esclusivo beneficiario dall'assicurazione e perchè egli solo ha azione contro l'assicuratore. L'una e l'altra affermazione, peccano, per lo meno, di grave inesattezza: la Corte, che già era caduta nel vecchio errore di qualificare la legge come “dettata da ragioni di tutela sociale”, vi ha perseverato aggiungendo che i vantaggi dell'assicurazione, ricadono unicamente sull'operaio. Per contro sembra a noi indubbio che di quei vantaggi goda anche l'imprenditore se è vero che riesce a sottrarsi, in ultima analisi, al costo dell'assicurazione, pur essendo, esonerato *pro parte* dalla colpa: né va, inoltre, dimenticato che anche nei più indisturbati domini del diritto comune non è difficile configurare un'azione contro l'assicuratore della quale sia titolare una persona diversa dal contraente. E sin qui siamo perfettamente d'accordo col Petrone. Ma il dissenso comincia là dove il nostro autore, negando che i rapporti giuridici fra operaio ed assicuratore sorgano per volontà di legge, afferma che essi hanno la loro radice nel contratto “obbligatoriamente”, conchiuso dall'industriale. Se l'imprenditore è *obbligato* ad assicurare, non già la sua impresa, ma i motori umani di quella, è proprio la legge, che impone quell'obbligo, a creare un rapporto giuridico fra operaio ed assicuratore: rapporto nel quale, come portatore del diritto, entra l'operaio, in quanto alla garanzia del singolo datore di lavoro si è voluta, per ragioni di ordine economico-finanziario, sostituire quella di una collettività di datori di lavoro riuniti in Sindacato, o di un ente assicuratore dotato di una potenza adeguata ai suoi scopi.

E del resto, se è al carattere pubblicistico della Legge infortuni

che si deve aver riguardo, come può desumersi questo carattere, prescindendo dalla volontà della legge, per fermarsi al contratto? Stipulare il contratto è adempiere alla volontà della legge, è uniformarsi a quella, è eseguirla. Si è detto e si è ripetuto che, ove l'industriale abbia assicurato, l'azione dell'operaio contro l'assicuratore è un'azione *ex contractu*, nascendo quella *ex lege* solo dall'omessa assicurazione, e quindi a carico dell'industriale. Ora l'azione dell'operaio a favore del quale il datore di lavoro ha stipulato l'assicurazione, è tanto poco contrattuale che può e deve, in moltissimi casi, prescindere dal contratto ed essere contro il contratto ed avere nondimeno l'effetto di costringere l'assicuratore al pagamento della indennità. Si pensi, ad esempio, all'articolo 27 del Regolamento per l'applicazione della legge (1) od all'art. 19 della legge stessa, così come è interpretato dalla prevalente giurisprudenza (2) e ci si accorgerà di leggeri della esattezza della nostra affermazione. Si potrebbe però obiettare che gli esempi dati di azione *ex lege* contro l'assicuratore costituiscono delle eccezioni al sistema generale, e che la legge non fa altro che limitarsi a spostare il rischio dal patrimonio dell'operaio a quello dell'imprenditore cosicché è il solo contratto che lo sposta ulteriormente da questo ultimo a quello dell'assicuratore. L'obiezione può apparire grave: ma crediamo possa nondimeno superarsi quando si ponga in rilievo che tutto il sistema della legge è imperniato sul principio che alla garanzia che può offrire il datore di lavoro *deve* essere sostituita quella dell'assicuratore: ora, se l'industriale è obbligato non solo ad assicurare gli operai che lavorano alle proprie dipendenze, ma anche ad assicurarli secondo la legge, è questa che in ultima analisi munisce l'infortunato di azione ed opera quello spostamento di rischio, che abbiamo sopra veduto, in modo che abbia ad incidere sul patrimonio dell'assicura-

(1) La Cassa Nazionale Infortuni, però, ha compiuto recentemente un tentativo abbastanza fortunato per eludere la disposizione dell'art. 27 (V. sentenze 10 marzo 1928, Appello di Cagliari; 17 ottobre 1928, Appello di Milano; 23 marzo 1928, Tribunale di Benevento; 29 ottobre 1928, Tribunale di Lecce, in "Rassegna della Previdenza Sociale", 1928, XII, pag. 62 e segg. e 25 aprile 1927; Appello di Genova in Rassegna citata, 1927, XI, pag. 65) del quale avremo occasione di occuparci ampiamente parlando dei patti di polizza.

(2) Dell'art. 19 delle decisioni che l'umeggiano la responsabilità solidale degli industriali riuniti in sindacato ci occuperemo *ex professo* studiando la natura giuridica dei sindacati mutui.

tore. Si è detto però che, essendo la assicurazione su gli infortuni una assicurazione contro i danni (1), è solo il contratto che determina il rischio (2) e, poiché *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet* (3) l'operaio non può giovare nei confronti dell'assicuratore, se non del contratto che l'industriale gli ha preconstituito, e l'assicuratore non può esser tenuto se non per quel rischio al quale ha dato il suo consenso, e pel quale ha percepito

(1) Per la dottrina, si vedano: Vidari, *Corso di Diritto commerciale*, vol. V, n. 2771; Manfredi, *Commento al Codice di commercio*, pag. 252 e segg.; Valeri, *Natura giuridica dell'assicurazione contro gli accidenti* ("Rivista di Diritto commerciale", 1907, p. II, pag. 558 e 1909, p. II, pag. 535); Carnelutti, *La responsabilità dei Terzi per l'infortunio professionale* (ivi, 1908, p. II, pag. 508); Borzone, "Rassegna della Previdenza Sociale", 1924, p. III, pag. 102; ivi, p. V, pagina 99 ("In tema di surrogazione a favore degli enti assicuratori"); Toesca di Castellazzo ("Bollettino delle Assicurazioni", 1907, p. XI-XII, pag. 22 e "Rassegna della Previdenza Sociale", 1921, p. XII, pag. 9), ecc.

La giurisprudenza per molto tempo ritenne — per contro — che si trattasse di un contratto di assicurazione sulla vita o su gli eventi della vita: v. Appello di Milano, 15 marzo 1899 ("Il Foro Italiano", 1899, pag. 722); Appello di Roma, 24 maggio 1907 ("Rivista di Diritto Commerciale", 1907, p. II, pag. 558); Appello di Roma, 12 agosto 1909 (ivi, 1909, p. II, pag. 465); Cassazione di Torino, 22 maggio 1908 ("Giurisprudenza Torinese", 1908, pag. 905); idest, 14 giugno 1909 (ivi, 1910, pag. 620); idest, 4 febbraio 1910 ("La Legge", 1910, pag. 2001); Appello di Genova, 20 febbraio 1911 ("Monitore dei Tribunali", 1911, pag. 513); idest, 15 luglio 1911 ("Temi Genovese", 1911, pag. 627); idest, 27 luglio 1917 ("Rassegna della Previdenza Sociale", 1918, p. II, pag. 157); Appello di Parma, 16 gennaio 1914 ("Le Assicurazioni", 1914); Appello di Torino, 27 febbraio 1923 ("Rassegna della Previdenza Sociale", 1924, p. III, pag. 10). Contra: (per citare solo le più importanti) Appello di Bologna, 3 luglio 1905 ("Il Monitore dei Tribunali", 1905, pagina 830); Cassazione di Torino, 26 dicembre 1905 ("Giurisprudenza Torinese", 1906, pag. 109); Cassazione di Roma, 26 maggio 1906 ("Giurisprudenza Italiana", 1906, p. I, pag. 665); "Cassazione del Regno", 29 marzo 1926 ("Rivista di Diritto Commerciale", 1927, 8-9, pag. 461); idest, 1° giugno 1926 ("Rassegna della Previdenza Sociale", 1927, p. I, pag. 44); idest, 13 gennaio 1927 ("Assicurazioni Sociali", 1927, pag. 216); idest, 13 giugno 1927 ("Assicurazioni Sociali", 1927, pag. 359), ecc.

Sull'argomento ritorneremo *ex professo* al n. 16 di questo studio.

(2) V. ad es. la sentenza 23 maggio 1927 della Cassazione del Regno, in "Rassegna della Previdenza Sociale", 1927, IX, pag. 61.

(3) Ulpiano, l. 54 *de R. I.*, 50, 17.

quel premio, che ne è l'adeguato corrispettivo (1). E l'obbiezione questa volta è formidabile: o meglio, è insuperabile, se l'operaio deve esser considerato quale contraente. Anzi, configurandolo come contraente, sarebbe necessario per rigor di logica, giungere a questa paradossale conclusione: di negargli l'azione contrattuale tutte le volte che questa non trovasse il suo fondamento nel contratto, e di negargli l'azione *ex lege*, nello stesso tempo, perchè non ha provveduto a cautelarsi con quella contrattuale. La Cassazione, però, si è accorta di questo e, nella sentenza in esame, ha detto che è contraente per *volontà di legge*, attraverso in sostanza, una *fiction iuris*; poco dopo, però (2) ha ripudiato la sua concezione e, pur dichiarando erroneo il concetto che il contratto regoli i soli rapporti fra istituto assicuratore ed imprenditore, è passata ad affermare che nella specie si ha una stipulazione in favore di terzi, e che il diritto di questi terzi è condizionato ad essa (3). In verità l'operaio è — tipicamente — il portatore di una azione *ex lege*, la quale può passare attraverso un contratto ed assumere la *parvenza* di azione contrattuale, ma non è condizionata dal contratto, perchè rimane integra anche ove quello non la sorregge, e può svilupparsi fuori di esso, in tutta l'ampiezza e la profondità che gli è consentita dalla legge stessa che, sola, la condiziona. Il contratto, abbenché teoricamente obbligatorio, può esserci e può non esserci; può esser conforme alla legge e protettivo di tutti i rischi che quella ha voluto coprire oppure no: se c'è, ed è perfetto, l'azione *ex lege* dell'operaio coincide perfettamente con quella *ex contractu*, e può rivestirne le forme; se non c'è, od è viziato, oltrepassa l'ambito contrattuale, lo allarga sino ai confini di quello legislativo, anche ed in casi del maggior rilievo,

(1) "La legge 31 gennaio 1904 stabilisce in quali imprese e per quali casi „ gli operai debbano essere assicurati, a carico di chi sussista questo obbligo e „ quali indennità ad essi competa, in caso di infortunio, ma abbandona piena- „ mente alle regole di diritto comune il contratto di assicurazione „, Cassazione, del Regno, sentenza citata in Rassegna citata.

(2) 17 aprile-10 maggio 1928. "Rivista delle Assicurazioni „, 1928, pag. 324.

(3) Per quanto ha tratto al principio che il contratto di assicurazione deve risultare da prova scritta, è facile vedere che questa costruzione giuridica lo lascia immutato: infatti quando l'operaio (terzo) invoca il contratto, è vincolato alla legge del medesimo, mentre quando invoca la mancanza di esso, spetta all'imprenditore offrire la prova scritta (v. Petrone, citata nota in "Rivista delle Assicurazioni „, 1927, pag. 525).

contro l'assicuratore, che non può trincerarsi in determinate fattispecie dietro il contratto, in quanto deve piegarsi alla volontà della legge anche se non incorporata nelle clausole contrattuali.

Strano orientamento, quello della giurisprudenza nostra! Quando si tratta di giudicare sulla colpa dell'operaio, essa tende a rifuggire dal vieto diritto comune, non accorgendosi che con ciò si viene a scardinare non un semplice istituto giuridico, ma lo stesso fondamento del diritto, la cui costruzione non è possibile se non si parte dal principio dell'imputabilità, mentre per contro è inclinata a richiamarsi al diritto comune per difendere un semplice istituto giuridico, il contratto, anche là dove il contratto deve essere, più che quale le parti lo hanno voluto, quale lo ha voluto la legge. Se è vero (e ciò non può esser posto in dubbio) che il legislatore si è preoccupato non soltanto di configurare il diritto dell'operaio ma di far sì che questo diritto possa realizzarsi e concretarsi nel modo più facile e sicuro e cioè in modo da far conseguire il rapido ed indefettibile pagamento della indennità, la teoria dell'azione contrattuale par proprio fatta apposta per eludere lo scopo della legge, perchè il suo ultimo risultato non può portare ad altro (in quantoché sarà sempre facile agli assicuratori di risolvere *ex tunc con clausole risolutive* espresse nel contratto, per qualunque inadempienza dell'imprenditore) che a porre infinite volte l'operaio creditore della indennità di fronte ad un industriale che non solo non potrà pagare subito, ma che spesso non potrà pagare mai. Prevediamo benissimo l'obbiezione — radicale in apparenza — che può esser fatta a questo ragionamento: sopprimere la corrispondenza o l'equivalenza fra rischio e premio è troncare alle radici la base tecnica dell'assicurazione. È il contratto, che ha per suoi elementi essenziali l'esatta cognizione e valutazione del rischio, e quindi la misura del premio, quello che deve definire e limitare gli obblighi dell'assicuratore: costringere l'assicuratore fuori del contratto è trarlo a sicura rovina. Nel campo delle assicurazioni private, non v'è dubbio: questa considerazione è stringente. Ma nel campo nostro osiamo dire che essa è priva, o può essere priva, di un qualsiasi valore. Si prendano ad esempio i sindacati mutui, disciplinati dall'art. 19 della Legge, si sfoglino le decisioni giurisprudenziali che interpretano quell'articolo e si rileverà *ictu oculi* che quegli istituti rispondono verso l'infortunato *ex lege*, e cioè sempreché esista il fatto della consociazione da parte dell'industriale, non *ex contractu*, e cioè or sì ed or no. Ci sia o non

ci sia l'equivalenza fra rischio e premio, abbia o non abbia l'ente dato il suo consenso al rischio, sia stato o no reticente l'industriale, si sia o no aggravato il rischio in corso di contratto, il sindacato deve pagare. L'operaio infortunato è sempre sicuro di trovare di fronte a sé anche quando un semplice assicuratore si trincererebbe dietro il contratto, non il proprio datore di lavoro, che può essere insolubile, ma un ente in teoria ed in pratica indefettibile, che gli darà quanto la legge gli garantisce, e non solo quanto il contratto gli attribuisce (1).

Il diverso assetto e la diversa responsabilità degli istituti assicuratori costituisce indubbiamente, a nostro modo di vedere, uno dei più seri difetti della legge in quanto condiziona il diritto, o meglio l'azione dell'operaio, alla natura giuridica dell'assicuratore, differenziando due gruppi in una massa che, fruendo di un diritto unitario, dovrebbe avere un'unica azione per farlo valere: ma appunto per questo rimanendo per quanto è possibile nello spirito della legge e non uscendone, non bisogna aggravarlo, costringendo nelle strettoie del contratto un'azione che deve poter spaziare in un campo i cui confini non possono essere segnati se non dal legislatore.

* * *

8. Si è discusso con un certo fervore — specie in giurisprudenza — se la norma dell'art. 13 della Legge infortuni, intorno alla competenza speciale del foro dell'avvenuto infortunio, per le controversie a questo relative, fosse assoluta, imperativa, e quindi inderogabile.

Il Tribunale di Milano, con le sentenze 24 novembre e 22 di-

(1) Si potrà dire — l'obbiezione è facilmente prevedibile — che i sindacati mutui in pratica hanno funzionato men che mediocrementemente. Vero: ma ciò non toglie che il loro ordinamento giuridico (se ben compreso) sia quanto di meglio si sia finora escogitato in materia; anzi, una delle cause prime del loro insuccesso è proprio da attribuirsi — come dimostreremo ampiamente occupandoci *ex professo* di quegli enti nel paragrafo 11 di questo studio — al fatto che la giurisprudenza, così sollecitata ad intendere ed allargare la sfera della loro responsabilità, non ha quasi mai afferrato la portata e lo spirito dei privilegi che il legislatore ha voluto accordare ai sindacati, per controbilanciare (e quindi rendere praticamente possibile) l'assolvimento degli oneri che ha loro imposto, spostando dal contratto alla legge — come in questa materia deve essere spostata — la responsabilità dell'assicuratore.

cembre 1921 (1), la Corte d'Appello di Venezia (2) con la decisione 21 marzo 1922, e la Corte di Appello di Milano, con quelle 23 dicembre 1925, 21 agosto 1926, e 22 settembre 1926 (3) sancirono che l'operaio non può rinunciare alla competenza territoriale speciale del luogo dell'infortunio per scegliere il foro ordinario dell'assicuratore, mentre la stessa Corte Milanese (4), il Tribunale di Torino (5) e la Corte d'Appello di Torino (6) passarono a sostenere che l'operaio può rinunciare al foro speciale di cui al ricordato articolo 13, per sottostare alla competenza ordinaria della residenza o del domicilio del convenuto. E di quest'ultimo avviso fu anche il Pretore di Caltanissetta (7).

Finalmente la Corte Suprema, con giudicato 15 giugno-4 luglio 1927 (8) ha risolto la *vexata quaestio* affermando l'inderogabilità della competenza del foro dell'infortunio.

Questa decisione, abbenché abbia praticamente unificato la giurisprudenza e tolto di mezzo una abbastanza frequente ragion di litigio, non ha destato soverchi entusiasmi. Una parte della dottrina (9) aveva sempre ritenuto che la norma di cui all'art. 13 non fosse di ordine pubblico, e che quindi potessero aver vigore le regole generali; le quali insegnano che all'eccezione di incompetenza *ratione loci* si può rinunciare, che la rinuncia può essere presunta, e che la ecce-

(1) "Rassegna della Previdenza Sociale", 1922, p. III, pag. 82 e p. IV, pag. 82

(2) Ivi, 1922, p. V, pag. 61.

(3) "Rivista Critica", 1927, pagg. 33 e 76.

(4) 23 luglio 1926, ("Temi Lombarda", 1926, pag. 587).

(5) 14 aprile 1926, ("Rivista Critica", 1927, pag. 73; 10 luglio 1926, "Foro Subalpino", 1926, pag. 1267).

(6) 21 marzo 1927, ("Rivista Critica", 1927, pag. 108).

(7) 9 marzo 1927, Rivista citata, pag. 149.

(8) Rivista citata, 1927, pag. 268; "Rassegna della Previdenza Sociale", 1927, p. X, pag. 57; Petrone, "Rivista delle Assicurazioni", 1927, pag. 502; "Il Diritto del Lavoro", 1927, pag. 834.

(9) Agnelli, op. cit., pag. 247; Rameri, *Gli infortuni sul lavoro e la giurisprudenza*, 1921, pag. 147. Il Raneri, però, alla vigilia della decisione della Corte Suprema passò al contrario avviso. (V. "Rivista Critica", 1927, pag. 293 e segg.) "Sono stato favorevole all'opinione della competenza facoltativa, ma *re melius perspecta*, mi pare che di tale opinione si possa molto dubitare e poichè ormai la Suprema Corte... segue giustamente il precetto dello Zaccariae e cioè che il principio più sicuro è quello di interpretare il codice *par lui même*, credo che la tesi della competenza assoluta sarà quella che in definitiva avrà il suo favore" (ivi, pag. 295).

zione non può esser risolta se non avanzandola prima di ogni altra difesa, *in limine litis*.

Comunque — si era detto — la disposizione dell'art. 13 è evidentemente stata scritta in favore dell'operaio, partendo dal presupposto che il luogo dell'infortunio coincida — normalmente — con quello in cui l'infortunato ha la sua residenza, e dal proposito di facilitare a questo ultimo la difesa dei propri diritti; dimodoché quando, per cause e circostanze speciali, il sinistrato voglia rinunciare alla tutela accordatagli, si deve senz'altro accettare la sua volontà, e presumere che in quel caso egli possa avvantaggiarsi più dalla norma comune che da quella speciale.

E del resto, si è aggiunto, per spiegare in altro modo la genesi dell'articolo 13, bisognerebbe far partire il legislatore dalla presunzione — ben scarsamente fondata — che il giudice del luogo del sinistro possa giudicare meglio d'ogni altro: ma, dato e non concesso anche questo, perchè togliere all'operaio, e cioè al litigante più debole, la facoltà ed il diritto di radicar la sua causa nel foro che egli ritiene più comodo, economico ed utile? (1).

Di queste sofisticazioni pietistiche della legge ha fatto giustizia la Corte Suprema con la ricordata sentenza. La Cassazione, come doveva, è partita dal nudo testo della legge “ Di tutte le controversie „ il valore delle quali ecceda le L. 200 giudica il magistrato ordinario „ del luogo dove avvenga l'infortunio ” per raffrontarlo poi con la lettera e con lo spirito degli articoli 108, 117 e 123 del Regolamento, e concludere infine che si è voluta creare una competenza speciale *ratione loci et materiae*, alla quale non può derogarsi, perchè stabilita nell'interesse pubblico, e non in quello di una classe soltanto.

Questa decisione, per noi, merita plauso, non tanto per le argomentazioni giuridiche che la hanno originata, quanto per aver affermato che nella interpretazione della legge un solo interesse deve ovunque e comunque salvaguardarsi: quello della giustizia (2).

(1) Spingendo sino agli estremi questa teoria, si giunse, e da una Corte di Cassazione!, a ritenere che l'operaio potesse convenire l'assicuratore nel foro della propria residenza o del proprio domicilio. (Cassazione di Firenze, 13 aprile 1919, “ Foro Italiano „, 1919, pag. 356; vedi anche Rameri, *La competenza per territorio e per valore*, in “ Rivista Critica „ citata).

(2) I giudici di merito non hanno tardato ad uniformarsi alla Cassazione: si vedano ad esempio le sentenze 20 aprile 1928 del Tribunale di Cagliari; 7 febbraio 1928 del Tribunale di San Remo (“ Il Diritto del Lavoro „, 1928, p. IV-V, pag. 2

9. L'art. 108 del Regolamento per l'applicazione della legge (così come modificato dal Regio decreto 2 ottobre 1921, n. 1366) nonostante la chiarezza della sua formulazione e l'ormai imponente mole di sentenze che lo interpretano, dà tuttora adito ad un numero tutt'altro che trascurabile di litigi (1) perché, come osserva non senza una qualche ironia il Petrone "vi è gran discrepanza di giudicati sul come debbano comportarsi le parti desiderose di litigare." (2).

La Cassazione del Regno, in quella che si volle chiamare la sua

e pag. 188); 23 luglio 1923, della Corte di Palermo (ivi, p. IX, 2, pag. 354) nonché il giudicato 25 novembre 1927 con cui la Corte Suprema ha ribadito la sua giurisprudenza (ivi, p. IV-V, pag. 2, 188). Anzi quest'ultimo giudicato (V. anche "Rassegna della Previdenza Sociale", 1928, p. VII, pag. 95) ha ritenuto che "Non cessando l'infortunio sul lavoro di essere tale anche se sia inavvisato in un delitto, la competenza speciale dell'autorità giudiziaria del luogo, stabilita dall'art. 13 della legge, permane anche per l'azione di risarcimento promossa dalla vittima contro l'industriale, civilmente responsabile dell'evento".

Nel contrario avviso ha persistito solo il Tribunale di Caltanissetta (31 luglio 1927) (ivi), ostinandosi a ritenere che la competenza speciale per territorio sia stata stabilita in favore dell'operaio, al quale, pertanto, deve essere riconosciuta la facoltà di derogarvi.

Infine, una specialissima applicazione del principio sancito dalla Cassazione è stata fatta dal Tribunale di Spezia, con una sentenza 29 febbraio 1928 ("L'Assicurazione sociale", 1928, pag. 159) che segnaliamo agli studiosi di diritto processuale.

Il giudizio instaurato dall'operaio avanti il magistrato di cui all'articolo 13 della Legge — ha ritenuto quel Tribunale — non diventa — dopo il fallimento dell'impresa convenuta — di competenza del foro fallimentare "poiché se l'ordinamento legale positivo impone che le controversie relative agli infortuni sul lavoro debbano essere portate avanti il magistrato ordinario del luogo dove avvenne l'infortunio, senza che neppure l'interessato possa rinunciare a tale statuizione di interesse sociale, non vi è motivo plausibile perché l'apertura del procedimento consorziale debba, senza una espressa disposizione, sconvolgere il sistema di riparto della competenza".

(1) "Non sempre gli accorgimenti escogitati dal legislatore specialmente con la nuova formula dell'art. 108 del Regolamento raggiungono il duplice scopo che il legislatore ha di mira: in primo luogo di evitare il dispendio e l'acredine del dibattito giudiziario: in secondo luogo, ove malgrado tutto un dibattito giudiziario abbia luogo, fare il possibile che innanzi ai giudici la contestazione non sia portata in uno stato di immaturità". Petrone, *Decisioni notevoli, ecc.*, in "Rivista delle Assicurazioni", 1927, pag. 514.

(2) V. *Decisioni notevoli, ecc.*, in *Rivista citata*, 1928, pagg. 511-512.

prima pronuncia in materia (1) ha affermato che l'operaio "è obbligato", ad espletare la procedura amministrativa con la comunicazione di cui all'art. 108 del Regolamento anche quando l'istituto assicuratore — ricevuto il certificato medico definitivo — non abbia regolarmente eseguito la comunicazione di cui all'art. 107 dello stesso Regolamento. La stessa Cassazione però non ha tardato a rovesciare la propria giurisprudenza (2) sancendo che, quando l'assicuratore non si uniformi al dettato della legge (art. 107 del Regio decreto) l'operaio non può esser tenuto all'osservanza del successivo articolo 108 (3).

Di lì a poco, tuttavia, la Cassazione del Regno ha mutato ancora indirizzo, ritornando ad affermare che "Per nessun motivo ed in nessun caso si può adire la via giudiziaria per il pagamento della indennità di infortunio sul lavoro se prima non sia stata seguita tutta la procedura amministrativa tracciata dall'articolo 108 del Regolamento" (4).

Ci sono, adunque, pronuncie per tutti i gusti, e tali da poter far pullulare le liti come i funghi: ma l'ingenuo lettore non deve arrestarsi a questo punto, sibbene portare la sua attenzione anche su di un'altro

(1) 26 ottobre 1926, v. "Rivista Critica", 1927, pagg. 15-17 con nota di Libero Merlino. V. anche "Il Diritto del lavoro", 1928, pag. 289, con nota del Miraldi. La Cassazione però — contrariamente — a quanto scrive il Merlino, si era occupata della questione già col giudicato 28 luglio 1925, ("Rassegna della Previdenza Sociale", 1926, p. III, pag. 40), statuendo che "l'osservanza di tutte le norme stabilite dal Regolamento per la liquidazione in sede amministrativa della indennità è obbligatoria per l'operaio in tutti i casi, e cioè tanto se l'istituto assicuratore abbia contestato il diritto all'indennità quanto se il dissenso riguardi la misura di questa".

(2) Sentenza 18 giugno 1927, "Rivista Critica", 1927, pagg. 360-361.

(3) Nello stesso senso v. Tribunale di Milano, 20 genn. 1927, ("Rivista Critica", 1927, pag. 225) pronuncia nella quale, fra gli altri errori, si dichiara la inutilità del procedimento amministrativo quando l'assicuratore abbia contestato il diritto alla indennità. Confronta in proposito la nota 3 *supra*.

Contra, l'Appello di Aquila, 11 marzo 1927, "Rivista Critica", 1928, pag. 108. In questa sentenza la Corte ritenne anche che l'operaio non è esonerato dal sottostare alle norme dell'art. 108, dal fatto che l'assicuratore gli abbia comunicato in ritardo (e cioè oltre il termine di cui all'art. 107) le proprie decisioni.

(4) 31 ottobre 1927, "Rassegna della Previdenza Sociale", 1928, p. IV, pag. 66. V. anche "La Cassazione del Regno", 11 giugno 1927, ivi, 1927, p. XII, pag. 55 e specialmente l'Appello di Bologna, 15 aprile 1927, Rivista citata, 1928, N. VII, pag. 100. Confronta, sulla sentenza citata, la nota del Pezzatini in "Rivista Critica", 1928, pag. 128.

gruppo di sentenze della Corte Suprema, mirabilmente discordi fra di loro. Infatti, in forza dei giudicati 16 aprile-15 maggio 1928 (1), 11 maggio-4 luglio 1928 (2) e 19 giugno-14 luglio 1928 (3), l'istituto assicuratore, "ricevuta la richiesta ed il certificato medico definitivo, „ deve comunicare la misura dell'indennità, che ritiene spettare all'in-„ fortunato, o i motivi per cui non la ritenga dovuta ”.

Se serba un contegno ostativo, non può eccepire la improponibilità della domanda giudiziaria (4) mentre in virtù della decisione 4 ottobre-3 novembre 1928 (5) anche se l'assicuratore tace, l'operaio deve ciò nonostante espletare, per conto suo, tutta la procedura di cui all'art. 108.

Né basta: per la procedibilità della domanda di revisione, giusta gli insegnamenti della Corte Suprema (Sezione II) deve osservarsi, da parte dell'operaio, ognuna delle norme dettate dal ricordato articolo 108 (6), mentre, ad avviso della stessa Corte (Sezione I), è più che sufficiente una semplice domanda verbale! (7).

Messe così in rilievo le oscillazioni della magistratura nell'interpretazione del testo di legge che ci occupa, vediamo di approfondire l'argomento, allo scopo precipuo di scernere quale delle correnti giurisprudenziali sia nel vero, e quindi meriti plauso, e quale nell'errore, e di conseguenza vada biasimata.

(1) "La Settimana della Cassazione", 1928, col. 1692, N. 2205.

(2) Ivi, col. 907, N. 3123.

(3) Ivi, col. 1001, N. 3427. V. anche "Il Diritto del Lavoro", 1928, p. II, pag. 449.

(4) V. Petrone, *Decisioni notevoli, ecc.*, in citata "Rivista delle Assicurazioni", 1928, pag. 511.

(5) "La Settimana della Cassazione", 1928, col. 1163, N. 3931. V. anche "Il Diritto del Lavoro", 1928, p. II, pag. 450. La precedenza — obbligatoria — delle pratiche amministrative sul ricorso giudiziale è stata sancita, in tema di infortuni agricoli, dalle sentenze 10 maggio 1928 (Cassa Mutua Padova c. Spiller e Cassa Mutua di Padova c. Rader) della Commissione Arbitrale Centrale (v. "Il Diritto del Lavoro", 1928, p. II, pag. 355).

(6) "Rivista delle Assicurazioni", 1928, pag. 116. V. anche "Il Diritto del Lavoro", 1928, p. II, pag. 450.

(7) Ivi, 1928, pagg. 1180, 404. Vedi anche "Rivista Critica", 1928, pag. 251, con nota redazionale adesiva.

I punti da prendere in esame, a nostro avviso, sono i seguenti:

a) determinare quale scopo il legislatore si sia prefisso modificando col Regio decreto 2 ottobre 1921, N. 1366 l'art. 108 del Regolamento 13 marzo 1904, N. 141;

b) determinare se la norma di cui all'ultimo comma del citato articolo sia o no di ordine pubblico;

c) indagare quale sia l'ampiezza della norma predetta;

d) anche allo scopo di vedere se essa sia o no il presupposto dell'art. 117 dello stesso Regolamento.

A) Anzitutto occorre sgombrare il terreno da un'eccezione di carattere preliminare: è stato detto da taluno che il Regio decreto 2 ottobre 1921, N. 1366 sarebbe incostituzionale: ma tale argomento, di un candore veramente ingenuo, non val neppure la pena di essere discusso, per l'ottima ragione che il regolamento incriminato è stato autorizzato dalla Legge 20 marzo 1921, N. 296, art. 8 (1) ed è, di conseguenza, un regolamento delegato.

Ciò posto, deve riconoscersi che è universale opinione esser stato nella volontà del legislatore, sancendo la norma di cui all'art. 108, il dirimere, per quanto è possibile, le controversie fra infortunati ed assicuratori; lo stesso Merlino non esita a dichiarare questo, scrivendo esser verissimo che la legge "con le disposizioni con le quali ha „ reso obbligatorie le pratiche amministrative come preliminari alla „ istituzione del giudizio ha inteso rendere meno frequente il ricorso „ delle parti al magistrato e facilitarne l'accordo amichevole " (2).

Ora, se questo è, è evidente che l'interesse particolare delle parti (cognizione precisa delle singole posizioni e pretese) sparisce dietro l'interesse generale che la norma ha voluto tutelare (economia dei giudizi e, per riflesso, minor costo dell'assicurazione). Deve ritenersi adunque che il legislatore abbia voluto limitare le controversie giudiziali ai soli casi in cui il comportamento delle parti ha reso evidente la loro volontà di contendere, non solo, ma che abbia anche voluto tener conto della diversa condizione processuale in cui le

(1) V. la citata sentenza 28 luglio 1925, della Cassazione del Regno, in "Rassegna della Previdenza Sociale", 1926, N. II, pag. 40.

(2) V. citata nota in "Rivista Critica", 1927, pagg. 15-17.

parti stesse debbono *necessariamente* (stante la struttura della legge) venirsi a trovare. Infatti — nella quasi totalità dei casi — l'infortunato è l'attore del giudizio mentre correlativamente l'istituto assicuratore ne è il convenuto; ma l'infortunato è un attore che può, sempre che lo voglia o che altri lo vogliano per lui, concedersi il lusso di farsi litigante temerario, in quanto egli nulla ha da perdere, e può di conseguenza accogliere indifferentemente una qualsiasi condanna nelle spese.

Per contro, la soccombenza dell'assicuratore è in ogni caso sicura — sotto il profilo economico — in quanto, anche con la più piena delle vittorie, egli non potrà mai coprirsi delle somme che rappresentano il costo della lite.

Ora la tutela dell'assicuratore — se contenuta nei giusti limiti — è senza dubbio alcuno a vantaggio della collettività tutta, sulla quale in ultima analisi si riversa il costo dell'assicurazione, e quindi, sia pure indirettamente e lentamente, ridonda a vantaggio della stessa massa operaia, onde quella tutela assurge fra i problemi dell'economia nazionale, minacciata da oneri sempre più gravi in relazione al costo sempre crescente delle assicurazioni operaie: costo che non è affatto proporzionato al rischio specifico dell'industria, perché in esso viene conglobata anche la spesa enorme provocata dalla litigiosità degli infortunati e dei loro patrocinatori privati e semi-pubblici, i quali di quella si arricchiscono, mentre da quella niun vantaggio ne viene ai loro difesi (1). Occorreva adunque porre una remora alla facilità con cui gli istituti assicuratori potevan essere convenuti in giudizio, sopra-

(1) Ad alterare il normale andamento del rischio, e di conseguenza ad accrescere il tasso del premio concorre nella soggetta materia anche il non raro autolesionismo e la frequente simulazione di cui si rendono colpevoli gli operai, in numero maggiore di quel che comunemente non si creda. Si veda, per esempio, il recentissimo ed ottimo studio del Miraldi (*Autolesionismo e simulazione nel campo degli infortunati sul lavoro*, in "Rassegna della Previdenza Sociale", 1929, p. I, pagg. 34-52, con larghe indicazioni bibliografiche).

Il Miraldi ricorda che "fino a poco tempo fa si è sentito dire, e fors'anche oggi si ripete", che la nostra classe operaia non è per anco moralmente matura ad accogliere onestamente le previdenze e le provvidenze di leggi siffatte; noi siamo appunto fra coloro che credono a questa amara verità; ritenendo però immatura non la sola classe operaia, ma sibbene anche quella industriale, che dà innumerevoli esempi di violazione della legge (specie nel campo della prevenzione) e di reticenza e di frode a danno degli assicuratori.

tutto in quanto il giudizio poteva divenire non scudo nelle mani degli operai ma arma intimidatoria e spesso ricattatoria nelle mani dei loro legali (1).

B) Ma se questa è la genesi delle modifiche apportate col noto Decreto all'art. 108 del Regolamento, è facile vedere che la norma racchiusa nell'ultimo comma dell'articolo stesso è, senza dubbio alcuno, di ordine pubblico e, come tale, deve inflessibilmente disciplinare il comportamento delle parti, nella fase amministrativa che non può non precedere la controversia giudiziale; fase che, in un certo senso almeno, potrebbe raffrontarsi ad un tentativo obbligatorio di conciliazione.

Benissimo, si potrebbe dire a questo punto; ma è proprio perché la legge regola il comportamento di *amendue* le parti che non può farsi carico all'operaio di non aver sottostato alla procedura di cui all'art. 108, quando l'assicuratore abbia a sua volta ommesso di fare le comunicazioni di cui al precedente articolo 107. In sostanza, *inadimplenti non est adimplendum*.

Senonché, per noi, dati i principî posti, l'obbiezione non può avere alcun valore. Per tenerla in una qualche considerazione, bisognerebbe ammettere che la violazione della legge da parte dell'istituto assicuratore autorizzasse l'operaio a violarla a sua volta: il che, in verità, ci sembra un po' forte. Il fatto che l'art. 107 del Regolamento non contenga sanzione alcuna a carico dell'istituto assicuratore non distrugge per nulla il fatto che l'art. 108 ne contenga una a carico dell'operaio: nè l'altro che questa sanzione debba essere applicata, tutte le volte che ne ricorrano gli estremi. Il Merlino ha creduto di

(1) Noi non siamo certo fra coloro che attribuiscono al patrocinio privato degli infortunati tutti o molti dei difetti di applicazione della legge infortuni e fanno voti per un monopolio assistenziale nella soggetta materia; anzi, dobbiamo riconoscere che — allo stato — i privati patrocinatori, nel loro complesso, hanno in genere una esperienza ed una cultura giuridica che non sempre gli istituti del Patronato Nazionale hanno potuto acquistare. Vogliamo, dunque, mettere semplicemente in rilievo un fatto, e cioè che il legale il quale assiste un operaio è, irresistibilmente, attratto dal fascino della lite, in quanto il più delle volte solo attraverso la lite è possibile la realizzazione del compenso che gli è dovuto. Ma la lite — di solito — non giova all'operaio, perché nella migliore delle ipotesi procrastina il pagamento della indennità; non giova all'economia nazionale, in quanto il costo delle contese alza i prezzi di assicurazione; né giova (a giudicare dalle disparità delle decisioni) alla retta ed univoca interpretazione della legge.

superare la difficoltà.... tacendola e limitandosi a dire che l'art. 107 predetermina quello che deve fare l'assicuratore, e l'art. 108 quanto deve fare l'operaio, nell'ipotesi che l'assicuratore abbia assolto il dover suo.

In altre parole, l'operaio dovrebbe uniformare il proprio comportamento a quello dell'assicuratore, che lo condiziona: questo ultimo ha osservato la legge? anche l'operaio dovrà osservarla; la ha violata? anche l'operaio potrà violarla.

La enunciazione della tesi — ridotta alla sua espressione più semplice — ne è allo stesso tempo la condanna; infatti, anche se vi fosse una sanzione a carico dell'assicuratore (e non vi è) l'operaio dovrebbe pur sempre essere tenuto all'osservanza della norma di cui all'art. 108, che è imperativa e munita di sanzione, in quanto, anche a voler prescindere dalle cose per l'innanzi rilevate, dettandola il legislatore si è indubbiamente proposto anche di ovviare in un qualche modo all'angustia dei termini imposti agli istituti di assicurazione per l'esame delle pratiche, imponendo all'operaio di farsi — ove occorra — parte diligente e di mettere in mora, per così dire, l'assicuratore con la chiara e precisa formulazione delle pretese in cui egli ritiene concretarsi il proprio diritto (1).

(1) Riportiamo — in parte — la lucida motivazione della sentenza della Corte Suprema 4 ottobre-3 novembre 1928 (Mandibola c. Mutuo Sindacato Nazionale) già citata a pag. 74, nota I. La mancata comunicazione dell'assicuratore — secondo questa corrente giurisprudenziale della Corte Suprema — non dispensa l'infortunato dal seguire *usque ad finem* la procedura amministrativa, ma anzi la rende più necessaria, sia dal punto di vista formale che da quello sostanziale.

“ Dal punto di vista formale, in quanto essendo stabilito, all'ultimo alinea „ dell'art. 108 che il procedimento contenzioso non può essere istituito se non dopo „ esaurite le pratiche occorrenti per la liquidazione amministrativa dell'indennità ” è, indispensabile per l'infortunato di dare la prova dell'esaurimento, da parte sua, di tali pratiche.

Dal punto di vista sostanziale, giacché il silenzio dell'istituto assicuratore, per sé solo non esprime né accettazione né rifiuto della domanda ed è appunto in questo caso che si rende più necessaria la mossa in mora dell'istituto, per desumerne un contegno inequivocabilmente negativo.

Non è esatto che l'adempimento di quanto è prescritto all'infortunato nell'art. 108 del Regolamento sia correlativo all'adempimento di quanto è prescritto per l'istituto assicuratore nell'alinea dell'art. 107.

Sostiene il ricorrente, che è necessariamente supposta una dichiarazione di volontà nella prescrizione del ribatterla, ma l'alinea dell'art. 108 non prevede

A nostro avviso, pertanto, quelle decisioni della Cassazione le quali ritengono che l'art. 108 sia subordinato all'art. 107 del Regolamento, e cioè che l'operaio (il quale ha da attendere alla tutela

soltanto l'ipotesi di una " risposta dell'istituto non soddisfacente all'infortunato „, sibbene anche il caso di mancata risposta alla richiesta inoltrata per lettera raccomandata.

È questa mancanza di risposta che legislativamente ha rilevanza ai fini della procedibilità, giacché solamente dal decorso del termine dei quindici giorni dalla spedizione di tale raccomandata e dalla data della ricevuta è l'infortunato abilitato a convenire in giudizio l'istituto assicuratore.

L'invio del certificato medico e della richiesta di indennità, di cui all'articolo precedente, costituisce inizio delle pratiche amministrative di liquidazione d'indennità, e perciò stesso non può essere sufficiente, se il legislatore (notisi che si tratta di regolamento delegato) ha richiesto, con precetto che è impeditivo del procedimento contenzioso, l'esaurimento delle pratiche amministrative. Orbene esaurire le pratiche prescritte significa percorrerle tutte fino all'ultimo (ultimo alinea).

L'articolo citato non richiede soltanto l'invio del certificato con la richiesta di indennità, ma soggiunge all'alinea dell'art. 108: " l'operaio non ricevendo risposta nel termine di quindici giorni da quello della spedizione della lettera „ raccomandata o dalla data della ricevuta potrà convenire in giudizio l'istituto „ assicuratore ”.

Se ad equivoco può prestarsi la mancata risposta dell'istituto assicuratore, da tale contegno non chiaramente adesivo l'operaio potrebbe essere indotto a meglio riflettere sulla eventuale infondatezza della sua richiesta e ad abbandonarla od a ridurla.

Di qui la necessità di comunicare la persistenza della sua domanda e di " precisarla „ per iscritto, sicché l'istituto conosca da questo momento i termini esatti della richiesta, per accoglierla entro i quindici giorni dalla data di spedizione, qualora preferisca di evitare le conseguenze della procedura contenziosa.

“ Anche in caso di mancata risposta dell'istituto la lettera raccomandata dell'operaio compie, adunque, una funzione importantissima di reciproca ponderazione „ delle parti, prima che si avventurino ad un giudizio: ond'è che tale lettera assurge „ ad importanza di presupposto e condizione di procedibilità, col decorso di un „ termine che ne integra il compito assegnatole dalla legge, di responsabilità e „ insieme di agevolazione al componimento.

“ È per questo altissimo intento, connaturato alla natura di queste controversie, „ che il legislatore, come è di tutte le condizioni di procedibilità, tali adempimenti „ ha imposti, considerandoli di ordine pubblico, come ripetutamente ha insegnato „ questa Corte.

“ Resta escluso, così, che essi siano dettati nell'interesse esclusivo e privato „ dell'operaio, sicché esso vi possa rinunciare e resta escluso che l'inosservanza „ di quelli imposti all'assicuratore dispensi dalla osservanza di quelli imposti „ all'operaio ”.

del suo solo interesse e può e deve esser in quello vigilante pur nell'osservanza della legge) possa uniformare il proprio contegno al comportamento dell'assicuratore (che deve seguire nelle strettoie di termini brevissimi le pratiche relative a centinaia di sinistri) violano lo spirito e la lettera della legge; lo spirito perché prescindono dalla volontà del legislatore, la lettera, perché non applicano, pur quando ne ricorrono gli estremi, una sanzione che è nella legge, e che dalla legge non si può né si deve cancellare.

C) Dati i principi finora accolti, è evidente che l'osservanza della procedura di cui all'art. 108 è obbligatoria pur quando l'assicuratore contesti *l'an debeatur*. Nonostante qualche giudicato in contrario e le solite oscillazioni della Corte Suprema (1) questa tesi ha finito col prevalere: ed anche chi è uso a commentare la legge partendo dal presupposto che essa sia una legge di favore per i lavoratori, non contesta più il dovere dell'operaio ad osservare le norme di cui all'art. 108 anche quando l'assicuratore abbia negato la indennizzabilità dell'infortunio (2).

D) Resta ora ad esaminare un ultimo punto: se l'art. 108 disciplini oppur no anche il giudizio di revisione.

La Corte Suprema, come già abbiamo accennato (3) ci mostra la via con due decisioni..... perfettamente antitetiche: le quali però, questa volta, promanano da due sezioni diverse. Il che è già qualche cosa!

La II Sezione (1-27 luglio 1927, Rosi c. Sindacato Italiano) ha

(1) La Cassazione, con le sentenze 28 luglio-26 ottobre 1926 (v. nota 3 a pag. 71) e 31 ottobre 1927 (v. nota 1 a pag. 73) e 3 novembre 1928 (v. nota 1 a pag. 81) ha ritenuto che la procedura amministrativa debba essere esplicita dall'operaio anche quando l'istituto assicuratore neghi l'indennizzo, mentre con la decisione 4 luglio 1928 ("Il Diritto del Lavoro", 1928, p. II, pag. 449) pur non risolvendo *ex professo* le questione, ha affermato che l'assicuratore non ha alcun interesse "a dolersi della omissione di un adempimento quando pur se l'adempimento fosse avvenuto, il giudizio sarebbe stato sempre necessario, dal momento che il diritto alla indennità veniva contestato".

Conclusione logica, quando, togliendo arbitrariamente di mezzo l'interesse pubblico, si voglia veder tutelato solo il semplice interesse delle parti, o, per esser più precisi, di una parte.

(2) V. Pezzatini, *Esperimento amministrativo e procedibilità del giudizio*, in "Rivista Critica", 1928, pagg. 128-130.

(3) V. note 2 e 3 a pag. 74.

ritenuto che “ sia per la prima liquidazione, sia per la revisione, „ la Legge ed il Regolamento su gli infortuni prescrivono due procedimenti, l'amministrativo e il giudiziale, con la precedenza obbligatoria del primo ” e che, di conseguenza, la domanda di una liquidazione in sede di revisione deve proporsi per iscritto, esplicitamente, non potendo configurarsi come racchiusa in un semplice certificato medico, anche perché, ai fini della procedibilità della stessa, occorre poter conoscere con precisione il termine da cui deve decorrere il mese concesso all'assicuratore per l'esame della domanda medesima (1).

La prima sezione, per contro (2), nella ricordata decisione 8 maggio 1928 (La Pace c. Tamagnini) è passata a ritenere che, richiamandosi nell'art. 117 solo l'ultimo comma dell'art. 108 del Regolamento, non può l'interpretazione analogica estendere l'applicazione di tutto quell'articolo alla materia regolata dall'articolo 117 “ che è sostanzialmente diversa „, soprattutto in quanto non si deve ulteriormente restringere “ l'esercizio delle azioni che la legge concede a protezione dell'operaio „.

Dunque, ad avviso della I Sezione della Corte Suprema, per la procedibilità del giudizio di revisione, è più che sufficiente che l'operaio presenti un certificato medico e dichiari — anche verbalmente — di volere instaurare la procedura di revisione: la quale procedura, non appena iniziata, è già esaurita, perché “ se nel termine „ o fuori termine l'assicuratore liquida, risponde, comunica, nega, „ offre o comunque propone cosa che, sempre a giudizio insindacabile dell'operaio, non sia di suo gradimento ” (3) questi, scorsi,

(1) Che al giudizio di revisione fossero applicabili le norme dell'art. 108 la Cassazione aveva affermato — di sfuggita — anche nella sentenza 18 giugno 1927, sotto altro profilo da noi ricordata (v. nota 1 a pag. 72) e censurata. Tale opinione, del resto, prima delle contraddizioni della Suprema Corte, costituiva un vero e proprio *ius receptum*: la Corte d'Appello di Torino (27 novembre 1923, “ Rassegna della Previdenza Sociale „, 1924, p. II, pag. 95) fu forse la prima a ritenere la applicabilità dell'art. 108 (modificato) al giudizio di revisione disciplinato dall'articolo 117 del Regolamento, e dello stesso avviso furono il Tribunale di Firenze, Rassegna citata, p. IV, pag. 92, la Corte d'Appello di Firenze, Rassegna citata, 1926, p. VII, pag. 76, ecc.

(2) V. anche “ Rassegna della Previdenza Sociale „, 1928, p. XII, pag. 58, con nota contraria.

(3) V. Pezzatini, in citata nota “ Rivista Critica „, 1928, pag. 130.

i trenta giorni di cui all'art. 117, ha, pur non rispondendo o non scrivendo o non dicendo nulla di nulla, pieno ed assoluto diritto di far spiccare le sua brava citazione.

Nonostante tutto il rispetto che abbiamo per la Suprema Corte, ci sia consentito di dire che questa pronuncia ci sembra da capo a fondo viziata da un errore di diritto, che potrebbe essere (il che è più grave) anche un errore di logica.

Anzitutto non è facile vedere come la “ materia regolata dall'art. 117 sia sostanzialmente diversa „ da quella regolata dall'art. 108; l'art. 108 disciplina la procedura per la fase amministrativa della liquidazione delle indennità, e l'art. 117 disciplina esattamente la stessa materia, perché attraverso la domanda di revisione non si mira ad altro (lo dice il legislatore) che “ ad una nuova liquidazione di indennità „. Senonché la Cassazione ha scoperto che “ la nuova liquidazione non è la stessa cosa della prima „, e che “ ben differente è la disciplina giuridica dei due procedimenti „. Le ragioni di queste diversità la Suprema Corte non le dice, forse perché..... non ci sono, abbenché sia forzata ad ammettere che la revisione si sovrappone alla prima liquidazione, assorbendone totalmente gli effetti.

La verità si è che la liquidazione della indennità è — concettualmente — un atto unico: l'operaio minorato sul lavoro ha diritto di avere quell'indennizzo che il legislatore gli ha assegnato, da commisurarsi alla riduzione della propria capacità lavorativa. Gli sia attribuito in una o più volte, il risarcimento scaturisce per lui da un solo titolo (la legge) ed ha per presupposto una sola condizione: la lesione conseguenziale al sinistro.

L'indennizzo deve risarcire (nel *forfait* della legge) il danno che quella lesione ha arrecato, diminuendo il potere di acquisto del salario: e quando sia inferiore al danno patito, va elevato sino alla concorrenza di quello. Ma, anche in questa ultima ipotesi, lo scopo della indennità non muta: essa serve e deve servire a risarcire quel danno che è insorto al momento del verificarsi del sinistro; in quel momento, in tutta la sua pienezza, nasce il diritto dell'operaio. E se la valutazione quantitativa di questo diritto, per errore o per sopravvenuto aggravamento della lesione, è stata tale da non coprire il danno, essa va semplicemente integrata. La legge parla di nuova liquidazione solo in senso formale: ma agendo in sede di revisione l'operaio non fa altro che esercitare la stessa azione che a suo favore è nata nell'istante dell'infortunio, la stessa azione che ha

esercitato per ottenere la prima liquidazione, e che egli riprende, in quanto una parte del danno da lui subito aspetta ancora di esser risarcita. Il diritto che egli aveva al momento della prima liquidazione è — qualitativamente — quello stesso di cui si serve per la revisione: e la funzione economica e giuridica della revisione non è che il complemento quantitativo dello scopo economico-giuridico della prima liquidazione.

Se questo è vero, i ragionamenti posti a base della motivazione del giudicato in esame sono fallaci: ed hanno il torto di accusare — gratuitamente — il legislatore di incongruenza e peggio. Come? il legislatore si sarebbe tanto preoccupato di impedire — per quanto è possibile — i giudizi aventi per iscopo la prima liquidazione delle indennità, ed avrebbe lasciato la più ampia libertà alle parti vogliose di contendere pei giudizi di revisione, pei giudizi, cioè più delicati e difficili, in quanto tendono a mutare un fatto (liquidazione del danno) sul quale fu già una volta raggiunto l'accordo delle parti, accordo che deve presumersi valido, ed equo, sino a quando non sia dimostrato l'errore della valutazione o l'aggravamento del danno?

Seguendo la Corte Suprema, noi dovremmo giungere a questa conclusione: che il legislatore si fosse preoccupato dell'economia dei giudizi sarebbe vero, ma sino ad un certo punto. Egli avrebbe paventato un gran numero di frettolosi litigi per la liquidazione (e chiamiamola pure prima liquidazione, se si vuole) delle indennità, ed avrebbe inceppato l'operaio (bisognoso di un pronto risarcimento) con le pastoie dell'articolo 108. Per la prima liquidazione dunque l'operaio non potrebbe scendere sul terreno giudiziale se non dopo aver scritto, riscritto ed atteso; ma per la seconda liquidazione, e cioè pel giudizio di revisione, sarebbe tutt'altra cosa. L'operaio (che ha già riscosso una indennità e ripreso normalmente il lavoro) non avrebbe duopo di formalità ingombranti: gli basterebbe portare un qualunque certificato medico e dire di volere aprire il procedimento di revisione. L'assicuratore potrebbe rispondergli le cose più sensate, offrirgli l'indennizzo più equo, e ciò nondimeno egli non sarebbe tenuto ad aprir bocca: scoccati i trenta giorni, potrebbe citare, tracciando così avanti il magistrato (a peculiar profitto del suo patrocinator) una controversia che una semplice discussione fra le parti ed una precisa conoscenza delle posizioni reciproche avrebbero potuto evitare.

Due pesi, dunque, e due misure: il peso più grave e la misura più stretta per l'operaio che non ha ancor riscosso un solo centesimo, il peso più leggero e la misura più larga per l'operaio che ha già riscosso un indennizzo (e sia pur non adeguato al danno). E questo si chiamerebbe interpretare la legge in modo da non restringere il libero esercizio delle azioni concesse all'operaio! (1).

10. Poichè degli statuti dei sindacati mutui si parlerà *ex professo* nel numero seguente, indagando, alla luce di criteri nuovi, la natura giuridica di quegli enti, e poichè uno svariatisimo materiale giurisprudenziale potrebbe essere legittimamente inquadrato in questo paragrafo, noi ci occuperemo soltanto:

a) di talune clausole che con maggiore frequenza ricorrono nelle polizze degli istituti di assicurazione e della loro opponibilità o meno all'operaio infortunato;

b) dei limiti del contratto di assicurazione;

c) della sua nullità;

d) della sua risoluzione.

(1) Per gli inconvenienti pratici (e taluni di un certo rilievo) cui darebbe luogo una siffatta teoria, si veda la nota a pag. 58 della "Rassegna della Previdenza Sociale", 1928, XII, pag. 58, già citata.

Rimane un'ultima questione: quando l'operaio agisca *ex lege*, come suol dirsi, contro l'imprenditore, potrà ostare alla procedibilità della sua azione la mancata osservanza delle norme di cui all'art. 108?

La Cassazione, con sentenza 26 gennaio 1927, ("Il Diritto del Lavoro", 1927, pag. 666) ha ritenuto che "il previo esperimento delle pratiche amministrative sia prescritto solo nei rapporti con l'ente assicuratore", ed il Miraldi, in una breve nota (ivi), ha aderito all'avviso espresso dal Supremo Collegio.

È fuori di dubbio che l'art. 108, parli soltanto dell'assicuratore; ma se è vero che le sue statuizioni sono d'ordine pubblico, e dettate allo scopo di evitare inutili litigi, la decisione in esame potrebbe lasciarci un po' perplessi, in quanto non si può affermare a priori che l'industriale che omise di assicurare, posto di fronte al sinistro ed alle conseguenze di quello, abbia proprio duopo del giudizio per fare, almeno in sede di risarcimento, il dover suo. Perplessità che però è facile superare, perchè nel caso in esame il datore di lavoro, reo di aver violato la legge, non può beneficiare delle condizioni fatte agli istituti che sono chiamati ad applicarla.

* * *

a) Il Tribunale di Palermo, con sentenza 26 agosto 1925 (1) premesso che i casi in cui l'istituto assicuratore non è tenuto ad alcun pagamento verso l'operaio infortunato, ed ha diritto, se è chiamato in giudizio dall'operaio, di essere messo fuori lite, sono soltanto quelli contemplati dall'art. 51 della Legge 31 gennaio 1904, „ N. 51 „ (2) ha ritenuto che in tutti gli altri casi “ le clausole di „ decadenza pattuite nel contratto di assicurazione operano solamente „ nei rapporti fra i contraenti l'assicurazione, mentre nei rapporti con „ gli operai infortunati rispondono direttamente gli istituti assicu- „ ratori, salvo rivalsa verso il contraente dell'assicurazione ”. Deve pertanto — per quel Collegio — “ considerarsi escluso dall'assi- „ curazione *nei soli rapporti fra i contraenti*, l'operaio monocolo, la „ cui imperfezione fisica non sia stata denunciata all'istituto assicu- „ ratore a termini del contratto di assicurazione ” perché il fine di previdenza sociale a cui tende la legge non può essere paralizzato rispetto ai terzi operai dalle clausole pattizie particolari con le quali i contraenti l'assicurazione abbiano creduto di regolare nel loro interesse il contratto di assicurazione (3).

L'operaio è adunque, nel concetto del Tribunale di Palermo, il terzo beneficiario del contratto di assicurazione, ma un beneficiario per volontà di legge, al quale è accordata una protezione che va al di là di quella contrattuale, in quanto ha le sue radici non solo in quello che il contratto è, ma in quello che il contratto dovrebbe essere per coincidere con la portata della legge.

La Cassazione del Regno, con la decisione 14 ottobre 1924 (4) seguendo il parere manifestato dalla Cassazione romana (5) era però andata nel contrario avviso, accolto anche dalla Corte d'Appello di

(1) “ Rassegna della Previdenza Sociale ”, 1926, p. X, pagina 66, con nota contraria.

(2) Omessa ed incompleta assicurazione e mancato pagamento del premio.

(3) Conformi: Tribunale di Taranto, 28 maggio 1927, (“ Rivista Critica ”, 1928, pag. 108); Appello di Genova, 29 aprile 1927, (ivi, 1928, pag. 228), Appello di Brescia, 30 luglio 1924, (ivi, 1925, pag. 227).

(4) “ Rassegna della Previdenza Sociale ”, 1925, p. I, pag. 92.

(5) 20 marzo 1917, Rassegna citata, 1920, p. III, pag. 60.

Genova (1), da quella di Napoli (2) e nuovamente ribadito dalla Suprema Corte col giudicato 30 aprile 1926 (3). Ed in conformità a queste ultime sentenze si pronunciarono pure la Corte d'Appello di Firenze (30 ottobre 1926) (4), quella di Roma (16 ottobre 1926) (5) e nuovamente la Corte d'Appello di Genova (8 giugno 1926) (6) che però va oscillando fra l'una e l'altra tesi (7). Per questa corrente giurisprudenziale l'infortunato può rivolgersi all'istituto assicuratore solo quando la sua richiesta trovi fondamento nel contratto di assicurazione, elemento basilare del quale è la corrispondenza fra il rischio ed il premio, onde l'assicuratore può sempre all'operaio infortunato — affetto da imperfezioni fisiche od ultra sessantacinquenne — opporre che il datore di lavoro non gli permise di valutare il maggior rischio derivante dalle accennate condizioni, e sottrarsi così al risarcimento, ponendolo direttamente di fronte all'imprenditore e riducendo le garanzie del pagamento delle indennità alla solvibilità di quello. Devesi dunque ammettere, dicono i giudicati in esame, non già che i contraenti non possano stipulare se non contratti espressamente preveduti nella legge e con tutte le norme di quella coincidenti, ma semplicemente che i contraenti non possono stipulare patti speciali in qualsiasi modo contrastanti alle disposizioni di legge.

Non bisogna infatti dimenticare che il sistema in vigore non è quello della assicurazione di stato o di diritto, ma quello dell'assicurazione obbligatoria il cui modo di attuarsi è il contratto, per giungere alla conseguenza logicamente corretta che al di fuori del contratto (quando non urti con espresse disposizioni di legge) cessa l'obbligo dell'assicuratore, e per ripudiare quella errata e paradossale che, una volta firmata una polizza fra un imprenditore ed un istituto di assicurazione, questo debba sempre ed in qualsiasi caso rispon-

(1) 5 agosto 1924, *ivi*, 1925, p. VII, pag. 70.

(2) 10 maggio 1926, *ivi*, 1926, p. X, pag. 60.

(3) *Rassegna* citata 1926, p. XII, pag. 76.

(4) *Ivi*, 1927, p. VII, pag. 51.

(5) " *Rivista Critica* ", 1927, pag. 282.

(6) " *Rivista Critica* ", 1927, pag. 155.

(7) Vedi nota a pag. 80.

dere — nei confronti dell'operaio — sia o meno nullo, decaduto, o sospeso il contratto (1).

Questo ragionamento, a nostro modo di vedere, dominato com'è dalla concezione dei rapporti nascenti dal contratto di assicurazione, quale si è venuto configurando nel diritto privato, porta l'interprete a dimenticare uno degli scopi essenziali che il legislatore si è prefisso e quindi a fraintendere lo spirito della legge. Una volta tanto ci troviamo d'accordo — sostanzialmente — col Gentile e con la "Rivista Critica", (1), che hanno avuto il merito di combattere una lunga se pur non sempre fortunata battaglia contro quei patti di polizza miranti non già a disciplinare il contratto di assicurazione nei riguardi dell'imprenditore e dell'assicuratore, ma a sottrarre all'operaio infortunato la garanzia che è propria di quest'ultimo, per sostituirla con quella ipotetica e molte volte inesistente del primo.

Per quanto ha tratto all'argomento specifico che ora ci occupa (opponibilità all'infortunato del patto di polizza escludente dai benefici dell'assicurazione l'operaio ultra sessantacinquenne o fisicamente minorato) le indagini che si debbono fare ci sembrano le seguenti: vedere anzitutto se si possa dedurre dalla lettera o dallo spirito della legge se questa abbia inteso di non accordare la sua protezione altro che ai lavoratori godenti, per ragioni di età e di integrità fisica, il pieno possesso della loro capacità lavorativa; vedere in secondo luogo se ed in quali casi la legge abbia consentito all'assicuratore di opporre all'operaio le inadempienze dell'imprenditore; vedere da ultimo se la teoria dell'azione *ex lege* dell'infortunato contro l'assicuratore possa conciliarsi con la salvezza dei diritti contrattuali di quest'ultimo, dai quali per evidenti ragioni di giustizia e di costruzione tecnica dell'istituto assicurativo non si può e non si deve prescindere (2).

(1) V. specialmente la citata sentenza 30 ottobre 1926 della Corte d'Appello di Firenze.

(2) V. Gentile, *I patti di polizza nell'assicurazione operaia*, "Rivista Critica", 1925, pagg. 175-179, nonché la nota dello stesso nella Rivista citata, 1926, pag. 45 e la nota redazionale, ivi, 1927, pagg. 184-186.

Il Gentile (citata "Rivista Critica", 1925, pagg. 175-179) pur giungendo ad una conclusione indubbiamente esatta, ci sembra che non abbia visto il problema nei suoi veri termini. Egli si domanda solo se esiste nella legge (infortuni) l'obbligo

* * *

La legge (combinato disposto degli articoli 1, 2 e 7) stabilisce che a cure e spese del datore di lavoro debbano essere assicurati, *in conformità alle sue prescrizioni* (art. 6) coloro che scambiano la loro forza di lavoro verso una mercede e mediante un contratto. Scopo dell'assicurazione (o dell'obbligo diretto al risarcimento, posto in via meramente sussidiaria a carico dell'industriale) quello di non addossare all'operaio il concretarsi dei rischi specifici dell'industria, in quanto nel *forfait* della mercede questi rischi non trovano il loro corrispettivo o non lo trovano in modo adeguato.

La legge, pertanto, si preoccupa solo di definire *giuridicamente* la figura del prestatore d'opere, di delimitare l'ambito dell'assicurazione e di determinare a cura di chi deve essere fatta nonché il modo con cui deve essere fatta: dalle condizioni *fisiche* del lavoratore prescinde in modo assoluto, tanto che non tien conto delle concause di lesione e, secondo molti, neppure delle concause di invalidità.

dell'industriale di notificare all'assicuratore gli operai ultra sessantacinquenni o affetti da fisiche minorazioni, e risponde negativamente. Sta però in fatto che nella legge sono contenute varie disposizioni dirette a far sì che l'assicurando metta in grado l'assicurante di conoscere con ogni precisione il rischio da coprirsi, e quindi di valutarlo, e che, di conseguenza fanno obbligo al datore di lavoro, cui spetta di provvedere all'assicurazione dei propri dipendenti, di portare a conoscenza di chi dovrà a quelli, in caso di sinistro, il risarcimento del danno, tutti gli elementi che possono influire sulla determinazione del rischio stesso e lumeggiarne la gravità. Non si può dunque partire da una indagine così semplicistica per giungere alla conclusione che non sia lecito opporre all'operaio l'inadempimento — da parte dell'imprenditore — di quei doveri diretti a far sì che l'assicuratore abbia a prestare un consenso valido ed a percepire un premio adeguato: e l'indagine, se si vuol giungere ad una soluzione tranquillante, va approfondita nei modi e nei termini che abbiamo indicato anche perché dire *soltanto* che il diritto dell'operaio « nasce bensì dall'assicurazione, ma è regolamento della legge », è, senza dubbio alcuno, proclamare un principio in massima esattissimo, del quale noi pure siamo aperti sostenitori, ma un principio che ha d'uopo di essere armonizzato con le esigenze pratiche del rapporto assicurativo, affinché l'assicuratore non venga a trovarsi nella situazione apparentemente paradossale di riscuotere *ex contractu* e di rispondere *ex lege*, anche fuori dei termini e dei premi del contratto. Ed è proprio il facile e pronto presentarsi di questo paradosso e la imperfezione della legge che ha disorientata la giurisprudenza, forzandola quasi alle pronuncie che stiamo esaminando.

Quei lavoratori che rientrano nel concetto di “operaio”, così come inteso dal legislatore, ed a favore dei quali concorrono le altre condizioni dalla cui somma scaturisce l'obbligo dell'assicurazione, debbono essere assicurati, abbiano o no più di sessantacinque anni, siano o no affetti da fisiche imperfezioni.

Opinando altrimenti, sarebbe necessario giungere alla conclusione antisociale e, quel che più monta, antiggiuridica, di escludere dal mercato del lavoro gli uomini che in quello si sono logorati, sol perché giunti alle soglie della vecchiezza, e gli altri che, passando attraverso i processi ed i congegni della produzione, vi hanno lasciato qualche brandello della loro carne, o sono caduti vinti dal male, o, peggio ancora, di consentire a costoro di collocare sì, se possono e come possono, il residuo della loro forza, ma di privarli dei diritti che lo Stato — nell'interesse unitario della produzione — ha riconosciuto alla folla che ne è l'umano strumento. Prescindendo da ogni vieta considerazione sentimentalistica, è vitale interesse dello Stato che tutte le braccia siano consacrate al lavoro, e che anche quelle che rimangono stroncate dal lavoro trovino il modo di rieducarsi all'opera consueta o ad un'opera nuova: tanto che l'indirizzo assolutamente prevalente in questo campo è quello di ridare al lavoro tutta la sua Nobiltà di dovere, e di rieducare professionalmente i vinti della quotidiana battaglia produttiva. Anzi, se i lavoratori vecchi o parzialmente inabili hanno il diritto ed il dovere di rimanere, fin che possono e per quel che possono, sulla breccia, essi a *fortiori* abbisognano della protezione della legge, in quanto essi sono meno atti a sottrarsi od a combattere contro il rischio specifico dell'industria cui sono addetti, proprio in forza delle loro peculiari condizioni.

Ma, se sono vere le cose dette, se è vero cioè che la legge non ha voluto escludere costoro dalla sua protezione, la seconda questione è facilmente risolta. Nei limiti di applicazione della legge tutti coloro che essa considera come operai debbono essere assicurati; e non è dato — allora — all'assicuratore di scegliere nella massa, i validi dai men validi, perché, ove la legge non ha distinto, egli non può né deve distinguere, in quanto, distinguendo, violerebbe — abbenché chiamato o creato per applicarla — la legge. L'assicuratore ha il pieno ed assoluto diritto di riscuotere il premio che gli è dovuto, in proporzione ed in correlazione al rischio che deve correre, e che quindi deve perfettamente valutare: ma non può sot-

trarsi all'osservanza della legge. E questa non gli consente, nel caso in esame, di alzare un patto contrattuale (pur validissimo nei confronti dell'imprenditore) contro l'operaio che andando al lavoro sa che entro un certo ambito i rischi di quel lavoro saranno garantiti da un risarcimento indefettibile, per sovrana volontà del legislatore. Quando il Tribunale di Palermo ha detto che i soli casi nei quali sparisce la responsabilità dell'assicuratore sono quelli contemplati dall'art. 31 della Legge pur enunciando una tesi apparentemente paradossale (responsabilità dell'assicuratore oltre i limiti del contratto) ha affermato una verità di innegabile evidenza: perché l'assicuratore — stipulando — sa di stringere un contratto che è quello che è, ma deve essere anche e specialmente quello che la legge vuole. Ma poiché l'assicuratore sa e deve sapere quello che la legge vuole, non può pretendere di opporre all'operaio limitazioni che non sono nella legge, e pertanto sono contro la legge (1). La vecchia giurisprudenza delle Cassazioni Territoriali e delle Corti di merito, opportunamente ricordata dal Gentile nella nota più volte citata, aveva ben compreso questo ritenendo valide le pattuizioni di polizza regolanti i rapporti fra imprenditori ed assicuratori, ma dichiarando nulla, nei confronti degli operai, ogni clausola che menomasse il diritto loro così come dalla legge stabilito (2) ed ammonendo che se “alle parti stipulanti, l'assicurazione fosse lecito di subordinare la validità dell'assicurazione stessa, anche nei confronti degli operai, all'osservanza di obblighi e formalità che non fossero quelle direttamente stabilite dalla legge, il contratto potrebbe convertirsi in un vero tranello per gli assicurati non intervenuti ad esso e nella impossibilità di procurare l'esatto adempimento delle speciali clausole convenute, e così gli scopi della legge verrebbero ad essere pienamente frustrati” (3).

La corrente giurisprudenziale che andiamo contrastando segna un vero e proprio regresso nei criteri di interpretazione della legge, e tanto più grave in quanto il legislatore, modificando la legge, ha, come vedremo, chiarito in modo inequivocabile la sua volontà.

Infatti, l'art. 27 del Regolamento, prima della modifica apportata

(1) V. le nostre osservazioni alle pagg. 53-65 del presente studio.

(2) Cassazione di Roma, 7 ottobre 1911, “Rivista Critica”, 1912-19; Cassazione di Napoli, 25 marzo 1912, “Il Diritto Positivo”, 1912, p. I, pag. 63.

(3) Appello di Milano, 12 settembre 1913, (“Rivista Critica”, 1913, pag. 206) V. anche Gentile, citata nota su *I patti di polizza nell'assicurazione operaia*.

dal Regio decreto 2 ottobre 1921, N. 1366, consentiva all'assicuratore di opporre all'operaio il *comportamento* del datore di lavoro, quando si concretasse nella irregolare od addirittura omessa tenuta del libro paga (1). Si aveva allora — come ha ben rivelato il Gentile (2) —

(1) Il vecchio testo dell'art. 27 imponeva semplicemente all'assicuratore di fare *anticipazioni* sulle indennità (salvo il diritto di rivalsa) fino a quando la contravvenzione alle norme di legge non fosse giudizialmente accertata. Esso, però, era interpretato dalla dottrina (v. Carnelutti, "Rivista di Diritto Commerciale", 1905, p. II, pag. 377 e segg.) come dettato dalla "energica tutela del bisogno attuale ed urgente dell'operaio", e perciò come norma del tutto eccezionale, da inquadarsi nel campo specialissimo degli anticipi e delle provvisori. Ed il Carnelutti, quasi presago della riforma che doveva nell'anno dopo subire l'articolo in oggetto, affermava che, quand'anche "la disposizione eccezionale relativa agli anticipi potesse attrarsi nell'orbita della corresponsione definitiva delle indennità", essa dovrebbe pur sempre interpretarsi come deroga del tutto singolare al principio che l'assicuratore "in tanto è tenuto verso l'operaio in quanto lo obbliga il contratto o la polizza", (ivi, pag. 378).

Il Carnelutti, però, prende le mosse dalla distinzione fra la responsabilità *legale* dell'imprenditore e quella *contrattuale* dell'assicuratore, e, soprattutto, dall'obbligo *sostanziale* del primo "che è quello di indennizzare l'operaio dei danni conseguenti al rischio professionale" come contrapposto all'obbligo suo *formale*, "che è quello di attuare o di garantire l'adempimento di quella obbligazione sostanziale mediante la assicurazione". Dobbiamo di conseguenza ritenere, pur non conoscendo il pensiero del nostro autore sulle ragioni e sulla portata della modifica all'articolo 27, che egli interpreterebbe il nuovo testo nella stessa guisa della Cassazione del Regno, nelle sue tre ricordate pronunce, e cioè come una eccezione al principio della responsabilità contrattuale, che "nei rapporti tra padrone ed operaio, nei lucri dell'azienda industriale e nelle responsabilità conseguenti, c'entra tanto come Pilato nel *Credo*".

Orbene noi, che da vari anni ormai facciamo parte di quelli che il Carnelutti chiamò, forse non senza una qualche ironia i "celebri colleghi di difesa delle società assicuratrici", e che abbiamo fino a ieri seguito e diviso l'opinione del maestro degli infortunisti italiani, pur sentendo vagamente che nella innegabile logica ed armonia della sua costruzione giuridica v'era alcun ché strideva coi principi della nuova legge, oggi quasi a malincuore siamo dovuti passare al contrario avviso, affermando quella che fu chiamata "stolta pretesa di una parte della giurisprudenza e di qualche scrittore", (Carnelutti, citata nota sulla *Responsabilità dell'industriale per l'infortunio sul lavoro in caso di assicurazione incompleta*) e cioè che il confine del diritto dell'operaio una volta segnato dal legislatore, non può esser ristretto dai patti conclusi tra l'industriale e l'assicuratore. E le ragioni del nostro nuovo orientamento le andremo esponendo nel corso di questo scritto, non sottacendo — onestamente — che la costruzione che andiamo tentando urta contro principi saldamente radicati, che hanno a loro favore l'autorità dei propugnatori, la forza della tradizione, l'oscurità e la insufficienza della legge.

(2) V. nota citata, "Rivista Critica", 1925, pag. 178.

“ una eccezione al principio generale della inopponibilità all'operaio „ di inadempienze dell'imprenditore; ma la eccezione era della più „ coerente logica legislativa perché qui l'inadempienza non riguardava „ un libero patto contrattuale, bensì un obbligo esplicito di diritto positivo. Era una eccezione al principio della inopponibilità all'operaio „ di inadempienze dell'imprenditore, ma non una eccezione al principio della inammissibilità nei confronti dell'operaio di limitazioni o „ sanzioni non stabilite dalla legge. Ben si comprende quindi che, violato un obbligo di legge, ne derivasse la sanzione della sospensione „ degli effetti dell'assicurazione ”

Ma col Regio Decreto sopra citato, il legislatore stesso ha soppresso l'eccezione in parola, statuendo che, anche quando le scritturazioni del libro paga non siano eseguite con le norme e nei termini di cui all'art. 25 del Regolamento, l'assicuratore “ è sempre obbligato a pagare le indennità salvo il diritto di rivalersene sul capo o esercente dell'impresa o industria quando la contravvenzione sia stata „ giudizialmente accertata ”.

Con questa riforma — a nostro avviso — il legislatore ha apertamente espresso il suo pensiero, che pur con limpida chiarezza poteva dedursi da tutto il contesto delle norme da lui emanate, ribadendo il concetto che in nessun caso (in presenza del contratto) il comportamento dell'imprenditore possa essere opposto all'infortunato: in nessun caso, ripetesi, e quindi neppure quando il fatto o l'omissione in cui si concreti l'accennato comportamento rivestano la gravità peculiare alla mancanza od alla irregolare tenuta del libro paga, che è elemento non solo integrante ma essenziale del contratto stesso, e richiesto *ad substantiam* e non semplicemente *ad probationem*.

Ora, quale considerazione può avere indotto il legislatore ad una modifica così importante dell'art. 27? Evidentemente egli si è preoccupato della frequenza con cui i suoi dettami sulla tenuta del libro paga venivano violati, e correlativamente della frequenza con cui, messo fuori causa l'assicuratore, l'operaio veniva a trovarsi di fronte al solo industriale, correndo in tal modo il rischio di veder andare a vuoto — stante la possibile insolubilità di quello — le provvidenze escogitate per la tutela del suo diritto al risarcimento; rischio che in ben scarsa misura poteva essere attenuato dalla possibilità di far elargire sussidi all'infortunato attraverso il fondo di cui all'art. 37 della Legge, in quanto quel fondo si nutre prevalen-

temente delle penalità da infliggersi agli industriali inadempienti, ed ha, di conseguenza, una potenzialità finanziaria subordinata precisamente alla solvibilità degli imprenditori predetti. Ma, poiché a tutti coloro che, patroni di operai o di assicuratori, hanno una certa pratica nella soggetta materia, è ben noto che la tendenza a violare la legge è in ragione inversa della serietà morale e dell'attrezzatura finanziaria dell'impresa industriale chiamata ad osservarla, è ben facile vedere come — se prevalesse una giurisprudenza circoscrivente l'onere dell'assicuratore, nei confronti dell'operaio, nelle strettoie del contratto, gli infortunati che si troverebbero ad essere privi di indennizzo, ed a cui il fondo contemplato dall'art. 37 non potrebbe venire in soccorso, non sarebbero certo pochi (1).

È perfettamente vero che un inconveniente di ordine pratico non può pesare sulla soluzione di una questione di diritto in modo decisivo: ma è altrettanto vero che, anche rimanendo nel campo del puro diritto, si deve pur riconoscere che il legislatore adottando il sistema dell'assicurazione obbligatoria ha voluto spostare il rischio dell'indennizzo dal patrimonio dell'industriale a quello dell'assicuratore, e che, sia l'operaio un contraente per volontà di legge, sia un beneficiario pure per volontà di legge, ripugna alla ragione giuridica che egli abbia a soffrire delle clausole *extra legem* di quel contratto che egli non stipulò, non conobbe né comunque ebbe modo di far osservare.

La tesi perfettamente contraria alla nostra (che la Cassazione del Regno ha ribadito con la sentenza 22 maggio 1928, e che è

(1) Contro queste osservazioni si potrebbe portare il dilemma posto dal Carnelutti nella citata nota sulla *Responsabilità dell'industriale in caso di assicurazione incompleta*: "o il padrone non è insolvente, e non vi è ragione di costringere „ l'assicuratore a pagare ciò che non dovrebbe pagare secondo il suo contratto, „ perché l'operaio potrà conseguire l'indennità del suo infortunio anche dal padrone; „ o è insolvente, e allora perché addossare il danno all'assicuratore, fiscandogli un „ diritto che gli viene dal contratto, e sollevarne l'operaio, attribuendogli un „ diritto che il contratto gli rifiuta?".

Senonché contro questo dilemma stanno oggi, i seguenti fatti: 1° che *iussu legis* l'assicuratore è obbligato, in casi, nella pratica frequentissimi, a pagare — salvo rivalsa — le indennità agli operai anche quando il contratto non lo garantisca, anzi, anche quando il contratto, nei confronti dell'infortunato, non esista (articolo 27 del Regolamento) senza che il legislatore si sia minimamente preoccupato della solvibilità o meno dell'imprenditore; 2° che dalla legge è scomparsa la figura tipica dell'assicuratore di diritto privato, rimanendo, a gestire le assicurazioni contro

quella della preponderante giurisprudenza) (1) è costretta a cercar le sue basi in una interpretazione a rovescio dell'art. 27 del Regolamento, e, cosa per noi ancora più grave, in una interpretazione pure a rovescio dei principî informatori della legge per quanto ha tratto al sistema dell'assicurazione.

Per la Corte Suprema, la legge “ abbandona pienamente alle regole del diritto comune il contratto di assicurazione „ che va quindi regolato “ con le norme ordinarie dei contratti in genere, „ ed in base a tali norme non si estende oltre di ciò che ne forma „ l'oggetto”. Il magistrato adunque — sempre secondo la Cassazione — per assodare se l'operaio infortunato sia o no coperto di assicurazione, deve por mente unicamente al contratto, con la sola avvertenza di guardar se esso contrasti con l'art. 14 della Legge speciale. Infatti questa, con la norma dell'art. 27 modificato, ha apportato una eccezione al principio “ che qualunque violazione al contratto od alla legge fa venir meno il contratto anche di fronte all'operaio „ e non già confermato il principio, sopprimendone l'unica eccezione, che le inadempienze dell'imprenditore non siano opponibili all'operaio. La Suprema Corte dunque — senza arrivare a proclamarlo — ha pertanto dovuto ritenere che la legge abbia fatto obbligo all'imprenditore di garantire l'indennità, in via principale, e di assicurare, solo in via sussidiaria, e, forse senza volerlo, giungere alla conclu-

gli infortuni, un ente parastatale (la Cassa Nazionale) ed un certo numero di enti di pubblico diritto (i sindacati mutui) non aventi né l'uno né gli altri, né la tecnica né gli scopi né la limitazione dei mezzi propri dell'assicuratore commerciale. Né devesi dimenticare che lo stesso Carnelutti nell'acutissimo studio più volte citato, non si nascondeva che nella maggior parte delle cause di infortuni “ la società assicuratrice convenuta in giudizio accampa *sempre* qualche eccezione desunta dal suo contratto „ per giungere alla conclusione che il pericolo dell'insolvenza dell'imprenditore, “ è forse il maggior pericolo cui la legge ha inteso di ovviare con l'assicurazione „, abbenché, anche quando lo si eviti, rimanga pur sempre “ l'altro della mancata prontezza dell'indennizzo, che è davvero condizione prima della sua efficacia „ (ivi, pag. 391). E che questi inconvenienti sembravano al Carnelutti tanto gravi da fargli invocare una riforma della legge.

(1) V. “ Il Diritto del Lavoro „, 1928, p. VI, II, pag. 240 e le sentenze 5 marzo 1928; della Corte d'Appello di Bari, 14 ottobre 1927; della Corte d'Appello di Milano, 30 dicembre 1927; del Tribunale di Alessandria, 10 novembre 1927; del Tribunale di Brescia ivi citate, nonché le sentenze 16 gennaio 1929 e 23 maggio 1928, rispettivamente del Tribunale di Rovereto e di quello di San Remo (ivi, 1929, p. II, pag. 41).

sione che l'operaio sia contraente (o beneficiario) non per volontà di legge, ma per volontà dell'imprenditore, e nei limiti di questa! La verità si è, per contro, che il legislatore *non ha voluto offrire all'operaio*, nel momento stesso in cui riconosceva il suo diritto ad essere equamente indenizzato pel concretarsi dei rischi specifici dell'industria, *la aleatoria garanzia del patrimonio dell'imprenditore, ma quella ben più ampia e tranquillante dell'assicuratore, obbligando il primo a stipulare un contratto che deve essere (art. 6) in conformità alla legge; e che, nel promulgare la legge, la ha tecnicamente costruita partendo dal presupposto che l'assicurazione (e quindi la garanzia dell'assicuratore) sia la regola assoluta, e la rensponsabilità dell'imprenditore abbia a risorgere come eccezione deprecabile e temuta* (dove le provvidenze di cui all'art. 16 ed all'art. 37, N. 1) *nei soli casi di radicabile inesistenza del rapporto assicurativo.*

Se fosse altrimenti, il legislatore, costretto l'industriale a pagare l'indenizzo, lo avrebbe lasciato libero di provvedere *se e come* lo ritenesse opportuno a proteggere il suo patrimonio dal rischio del risarcimento, e non avrebbe mai sancito l'obbligo dell'assicurazione con determinati istituti da lui controllati, né creato il reato di omessa assicurazione. Ma se l'industriale è tenuto in via principale ad assicurare, come più volte si è detto, il contratto in cui questa assicurazione si concreta non può tradursi in un semplice rapporto di diritto comune, e perché le sue pattuizioni non sono nella libera e piena volontà e disponibilità delle parti, e perché in questo rapporto deve entrare (beneficiario o contraente, ripetesi, poco importa) il portatore di un diritto preconfigurato dal legislatore, e di un diritto tale che alla sua ampiezza non può e non deve subire attentati.

Devesi però riconoscere che la giurisprudenza contro la quale insorgiamo può invocare a proprio favore, come si è già accennato, una grande attenuante: la necessità, cioè, di difendere l'assicuratore contro i rischi che non abbia potuto conoscere e quindi valutare; la necessità, in altre parole, più volte messa in rilievo di adeguare il rischio corso al premio percetto, o, meglio ancora, quella di non costringere l'assicuratore a pagar sempre e subito il danno in cui si è tradotto un rischio che ha ignorato e pel quale non ha riscosso alcun corrispettivo, od il corrispettivo adeguato salvo a rivalersi con lentezza (e quando è possibile) contro l'assicurato inadempiente.

Ricordato, per precisare i termini della questione, che stiamo in questo momento discutendo della opponibilità o meno dell'infor-

tunato di un patto di polizza escludente dall'assicurazione l'operaio minorato od ultra sessantacinquenne, vediamo quali istituti assicuratori siano oggi chiamati in Italia ad applicare la legge infortuni. Tolta alle compagnie private e cioè agli assicuratori di "diritto comune", la facoltà di stipulare contratti per la assicurazione degli operai contro gli infortuni, restano in campo i sindacati mutui e la Cassa Nazionale.

Ai sindacati mutui la giurisprudenza ha sempre negato — come abbiamo accennato e come meglio vedremo — il diritto di trincerarsi dietro il contratto: la tenace difesa dell'istituto contrattuale che la magistratura va facendo, ai danni di quegli infortunati ai quali altre volte elargisce decisioni che sanno di puro pietismo, non giova ad essi. Il che comincia a far dubitare della bontà di massime che condizionano il diritto dell'operaio alla natura giuridica dell'assicuratore.

Rimane dunque la Cassa Nazionale, che va equilibrando le molte benemeritenze acquistate nel campo dell'applicazione della legge infortuni con una serrata battaglia intesa a far dichiarare opponibile all'operaio ogni patto stipulato con l'imprenditore, e cioè a togliere all'operaio stesso la garanzia precipua pel risarcimento che il legislatore ha voluto accordargli. Ora non vi ha dubbio che gli operai vecchi o fisicamente minorati possano più facilmente degli altri, giovani e prestanti, essere incolti da un sinistro; e non v'ha dubbio che il risarcimento (allo stato della giurisprudenza) di un operaio minorato possa esser comprensivo anche del danno preesistente: e di conseguenza non v'ha dubbio che la Cassa Nazionale abbia diritto di conoscere (non però per rifiutarlo, ma semplicemente per valutarlo) il rischio cui deve andare incontro in casi siffatti; ma dall'ammettere questo all'affermare (come *in sostanza si fa*) che la mancata preventiva valutazione di questo rischio scrolli le basi della tecnica assicurativa, ci corre e di molto. Anzitutto si potrebbe cominciar coll'osservare che molte delle *infermità* di cui gli operai possono essere affetti non solo sono ignote al datore di lavoro ma spesso, almeno per molto tempo, allo stesso paziente, e che quindi esse sfuggono ad ogni valutazione *singola*, potendo solo incidere in una valutazione complessiva della intera massa assicurata, nella quale, per necessità immodificabile di cose, vanno serpeggiando. Ed in secondo luogo che l'istituto contrattuale della rivalsa contro l'imprenditore se può talvolta non raggiungere, dal punto di vista economico, lo scopo per cui è stato prescostituito, offre però ad un ente, che possa operare

sui grandi numeri, come la Cassa Nazionale, garanzie abbastanza tranquillanti di equiparazione (sia pure a posteriori) del rischio al premio, nonché a voler prescindere dal fatto che mentre l'assicuratore può cautelarsi contro il rischio dell'insolvibilità dell'assicurato inadempiente e valutarlo a priori nella determinazione del premio, l'operaio non ha ne può avere alcun mezzo pratico per fronteggiarlo.

E d'altronde non è possibile dimenticare che qui l'assicuratore, non ha, non può e non deve avere scopo alcuno di lucro, che qui il suo affare non è il premio, e che qui infine il premio non ha la funzione peculiare che gli è propria nel campo delle assicurazioni libere, ove deve servire a costituire il fondo pel risarcimento dei danni, a coprire le spese di gestione ed anche a retribuire il capitale impiegato dagli azionisti. Quest'ultimo scopo manca affatto nella soggetta materia, nella quale l'inclusione di concetti rigidamente commercialisti (nei rapporti tra assicuratore ed operaio) non può portare ad altro che a disattendere i fini che il legislatore ha voluto raggiungere.

Concludendo (e con riserva di riesaminare, terminata l'analisi delle clausole di polizza, quello che si può e si deve fare per la tutela dell'assicuratore): niun patto di polizza ripugna più di quello preso in esame allo spirito della legge infortuni, quando lo si voglia opporre all'operaio, e la Corte Suprema (allorché insegna che nel liquidare l'indennizzo si deve tener conto, anche delle minorate condizioni fisiche preesistenti dell'infortunato), non s'accorge di svuotare di ogni valore quelle sue decisioni in cui conculca la opponibilità allo stesso della clausola predetta, in quanto viene ad affermare che la legge non consente di separare nella massa dei lavoratori per contratto i validi dai non validi (1); come difendendo l'istituto contrattuale non s'accorge che esso non può portarsi di peso, così come è nel Codice di commercio, nell'ambito della legge infortuni, ispirata da altri principî, nel quale agiscono enti assicuratori che non sono società di commercio e soprattutto perseguitate altri fini; come non s'accorge di andar decidendo dei casi singoli con massime di diritto che presuppongono non una costruzione del sistema della legge, ma più costruzioni che, contrastando, ed urtando fra di loro, si demoliscono a vicenda.

(Continua).

GUIDO MARIA BALDI

(1) V. sentenza 11 gennaio 1928, in "Il Diritto del Lavoro", 1928, p. II, pag. 219.

LA COSIDETTA *MORA EX RE*⁽¹⁾ IN FAVORE DEI MINORI

1. In alcuni passi del *Corpus iuris* si accenna ad una condizione di particolare favore in cui si trovavano i creditori minori di venticinque anni nei riguardi dei loro debitori. Però le dichiarazioni delle fonti sono ben lungi dall'esser concordi ed uniformi per quel che concerne la qualifica di questa condizione: mentre secondo alcuni passi essa parrebbe derivare da una *mora speciale*, da una *mora ex re*, detta nelle fonti *mora in re* o *re ipsa*, altrove si dichiara addirittura il contrario, si esclude, cioè, il concetto di *mora* per sostituirvi quello di un privilegio speciale quanto alla decorrenza degli interessi.

(1) La differenza tra la *mora ex persona* e la *mora ex re* consiste nel fatto che la prima ha per requisito essenziale l'interpellazione, cioè la richiesta dell'adempimento fatta al debitore da parte del creditore, mentre la seconda si verifica *ipso iure*. La distinzione appare nelle fonti romane soltanto nel periodo giustiniano: anche i classici parlavano di una *mora quae ex persona fit*, ma nel senso che essa richiede l'elemento subiettivo, e il suo contrapposto, *mora ex re*, per essi altro non era se non il semplice ritardo.

Questo è appunto il significato originario delle espressioni nel tanto discusso fr. 32 D. 22, 1 "*mora fieri intelligitur non ex re sed ex persona*„. La *mora* non consiste nel semplice ritardo ad adempiere l'obbligazione, ma si richiede, perché essa sussista, la presenza di un elemento subiettivo, diverso da ipotesi a ipotesi.

I compilatori, che posero come requisito essenziale della *mora* l'interpellazione e che introdussero quindi accanto alla *mora regularis* — come la chiamano, gli interpreti del diritto comune — una *mora ex re*, che si incorreva senza interpellazione, interpolarono il passo, aggiungendovi l'inciso "*id est si interpellatus oportuno loco non solverit*„ ed i Basilici (23, 3, 32) lo resero addirittura: *ex*

Molti furono i tentativi di conciliazione da parte degli interpreti e varie furono le soluzioni proposte in ogni tempo, ma la molteplicità dei tentativi non toglie che in sostanza si raggruppino sotto due punti di vista, che si possono così riassumere. Secondo alcuni, bisognerebbe prestar fede soltanto ai passi che affermano la *mora ex re*: in quelli in cui si nega che si tratti di *mora*, si allu-

persona et non ex re fit mora, cum quis interpellatus oportuno loco non solverit sopprimendo l'*id est* e sostituendolo con un *cum*.

Non mi è possibile qui soffermarmi sulle infinite questioni a cui dette origine questo frammento, se cioè l'interpellazione dovesse seguire in un luogo adatto, e in caso affermativo quale fosse questo, se quindi fosse inefficace a costituire in *mora* una interpellazione fatta in luogo diverso, se si richiedesse, oltre al luogo, un tempo adatto e che cosa si volesse intendere con ciò, se bastasse una semplice richiesta di adempimento, oppure se occorresse una domanda formale, e quali fossero in tal caso le forme necessarie, se l'*id est* sia da intendere nel senso di *cioè* o in quello di *exempligratia* e quindi se in diritto giustiniano l'interpellazione fosse proprio un requisito essenziale della *mora ex persona* o se piuttosto la distinzione tra *mora ex persona* e *mora ex re* non avesse lo stesso valore che per diritto classico e l'interpellazione, fosse soltanto un mezzo di prova dell'elemento subiettivo, ecc., ecc.: mi limiterò a rinviare il lettore al mio lavoro. *Contributi alla dottrina della mora*, parte I. *I requisiti della mora del debitore*, di prossima pubblicazione e autori ivi citati e alle mie *Osservazioni generali sugli atti di costituzione in mora* ("Foro Subalpino", 1928, pag. 1173 e segg.)

Piuttosto, voglio brevemente ricordare i casi di *mora ex re* per diritto giustiniano. Di essi alcuni sono casi di vera *mora*, altri sono privilegi speciali introdotti a favore di determinate persone, alcuni ci sono pervenuti attraverso la millenaria elaborazione del diritto comune e sono stati raccolti dal nostro Codice, altri sono, invece, particolari al diritto romano. Sono semplici privilegi le *morae ex re* in favore dei minori e della *fidecommissaria libertas*. Sono invece casi di vera *mora*, oltre a quello delle obbligazioni a termine convenzionale, quello del debitore che confessa di essere in *mora*, quello del debitore assente e quello ladro.

Del secondo non è parola nelle fonti romane, benché sia pienamente conforme al loro spirito, mentre invece parecchi sono i passi che trattano delle altre ipotesi senza richiedere interpellazione, ed anzi per il caso del *fur*. la L. 7, C. 4, 7 esplicitamente dichiara che *hoc casu in rem mora fiat*.

Al ladro altre persone sono equiparate, e cioè — tanto per diritto romano come per il nostro — si incorre in *mora ex re* ogni qual volta fin dal sorgere dell'obbligazione il debitore è in dolo perché il contenuto dell'obbligazione medesima è la restituzione di una cosa di cui egli in mala fede privò o lasciò che si privasse per lui il creditore (Polacco, *Obblig.*, 525; cfr. Ferrini, *Obbl.*, in "Enciclopedia Giuridica", 611; Messa, *Mora*, n. 27; Montel, op. cit.).

I casi di *mora ex re*, che non si sono mantenuti nel nostro diritto sono tre:

derebbe, invece, alla *mora ex persona* e non si farebbe, quindi, che ribadire il concetto di *mora ex re*. Per contro, secondo altri autori, la soluzione da adottarsi sarebbe quella diametralmente opposta. Le espressioni vaghe *mora in re*, *mora re ipsa* non avrebbero alcun valore e significherebbero soltanto che il privilegio sorge per il solo fatto del ritardo, indipendentemente dal concetto di *mora*.

quello in cui ricorre il debitore assente e i due privilegi; gli altri invece sussistono tuttora (per quel che concerne, invece il progetto italo-francese del codice delle obbligazioni e dei contratti, è da osservare che si è ritornati al diritto napoleonico e che è stato abolito il principio "dies interpellat pro homine"; cfr. Maroi, *Il progetto italo-francese sulle obbligazioni*, pag. 38 e segg., Montel, op. cit.).

Nella categoria della *mora ex re* i pratici del diritto comune solevano comprendere molte altre ipotesi, che, in realtà, colla *mora* nulla hanno a che fare e non sono altro che privilegi di decorrenza di interessi o casi in cui è dovuto un interesse corrispettivo (p. es., *mora ex re* in favore del fisco, delle *piae cause*, del venditore, ecc.). Non mi dilungherò ad esaminarli ad uno ad uno per dimostrare la verità della mia affermazione; a parte la scarsa importanza pratica della questione, si tratta di una cosa evidente e di un lavoro già fatto da altri e che mi porterebbe troppo fuori dal tema che mi sono prefisso di trattare.

Ricorderò soltanto un passo largamente interpolato (le parole tra parentesi quadre sono già state ritenute emblematiche dal Segrè, *Miscellanea esegetica* i. "Studi in onore di B. Brugi", pag. 394 e segg.), sulla base del quale fu sostenuto che incorre in *mora ex re* lo *sponsus* quando, rotti gli sponsali, non restituisca subito i beni della *ex fidanzata*, il fr. 38, § 1, D. 22, 1.

Dice il frammento: "Et quidem, si fundus ob rem datus sit veluti dotis, causa, et renuntiata ad finitas, fructus quoque restituendi sunt: [utique hi qui percepti sunt eo tempore quo sperabatur ad finitas; sed et posteriores si in re mora fuit ab illo qui reddere debeat, omnimodo restituendi sunt]. Sed et si per mulierem stetit quominus nuptiae contrahantur, magis est ut debeat fructus recipere" [Ratio autem haec est, quod si sponsus non conveniebatur restituere fructus licuerat ei neglegere fundum].

Contro l'opinione accennata, che una volta era la *communis opinio* degli autori, fu già osservato dal Madai (*Die Lehre v. d. Mora*, pag. 203) che, se tale fosse realmente la portata del passo, esso avrebbe dovuto dire non già *si in re mora fuit*, ma *cum in re mora fuit*. Secondo lui ed altri, perciò, l'inciso si deve intendere nel senso che anche i frutti posteriori sono dovuti, purché si tratti di *mora ex re*, cioè che si pensi ad uno dei casi in cui si verifica una tal *mora*.

Questa interpretazione non mi pare soddisfacente. Quali sarebbero i casi di *mora ex re* a cui la disposizione dovrebbe trovare applicazione?

Quello delle obbligazioni a termine? no di certo per varie ragioni.

D'altra parte, non si tratta di una libertà lasciata per fedecomesso, né è concepibile che lo *sponsus* sia considerato senz'altro come ladro (a prescindere dal fatto che allora sarebbe inadatto il *si in re*, ecc. ed andrebbe sostituito, con un *cum in re*, ecc.); ed è del pari assurdo ritenere che si faccia il caso dell'assenza

Dal nuovo esame che qui mi propongo di fare risulterà quale delle varie soluzioni sia a mio avviso da accogliersi.

I passi che vengono in considerazione sono:

fr. 87 § 1° D. 31, (Paul., 1562, 1°. XIV Resp.): *Usuras fideicommissi post impletos annos vigintiquinque puellae ex quo mora facta est deberi respondi: quamvis enim constitutum sit ut minoribus vigintiquinque annis usurae omnimodo praestentur, tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse ut perpetuo debeantur.*

dello sponsus. Il Madai (op. cit., pag. 204) ritiene che la donna sia minorenn e quindi il suo ex fidanzato sia in mora dal momento in cui sa che il matrimonio non avrà più luogo.

Ma a prescindere dal fatto che sarebbe ben strano che l'inciso si riferisse ad un caso solo di *mora ex re*, poiché allora sarebbe stato più semplice enunciarlo addirittura, la *mora ex re quae minorum favore venit*, come è dimostrato nel testo, non è altro che un privilegio di interessi per certi crediti pecuniari e non può quindi comprendersi il caso in questione.

Anche questa opinione è perciò da scartare. Secondo altri scrittori, nell'espressione *in re mora fuit* sarebbe rappresentata la mora in genere (*si in re reddenda mora fuit*, *si in reddendo mora fuit*) (Siber, *Interpellatio und Mora*, *Zeitschr. d. Savigny Stiftung*, vol. 29, pag. 66, n. 1; Segrè, op. loc. cit.) e tale interpretazione sarebbe confermata dal testo dei Basilici (23, 3, 38; 1): *si in re mora fuit*, e dallo sch. 1 di Stefano: *nisi mora secuta sit*.

L'interpretazione è suggestiva, ma non mi pare da seguirsi. L'*omnimodo* fa sospettare che, invece di mora, qui si parli di semplice ritardo, ed il sospetto è avvalorato dal fatto che è strano che i frutti percepiti dopo la rottura degli sponsali, ma prima della mora, non siano dovuti, poiché sono ritenuti dal debitore non meno *sine causa* di quelli percetti durante gli sponsali.

È vero che, come ha osservato il Segrè (loc. cit.), questa disposizione non è isolata e nel fr. 25, §§ 4, 5, 6. D. 42, 8 in materia di interdetti fraudatori si fanno dei casi in cui, i frutti percetti *medio tempore* non vengono restituiti; ma rimane pur sempre l'*omnimodo* che è difficilmente spiegabile se si pensa alla mora.

Sono quindi propenso a ritenere che in questo passo si parli di semplice ritardo e non già di mora, e che il significato dell'interpolazione sia il seguente. Paolo dice che se gli sponsali sono rotti debbono essere restituiti i frutti e i compilatori spiegano: cioè quelli percepiti nel tempo *quo sperabatur adfinitas*, e, se, c'è stato ritardo a restituire il fondo, colui che li deve rendere deve rendere anche quelli percepiti nel periodo posteriore. E tale interpretazione non è contrastata né dal passo dei Basilici né dallo Scolio di Stefano, poiché le parole: *mora* e *uperthesis* come in latino, accanto al significato tecnico hanno anche quello comune di ritardo.

Danno questa interpretazione anche il Wolff (*Die Lehre v. d. Mora*, pag. 399, n. 268) e il Mommsen (*Die Lehre v. d. Mora*, pag. 129, n. 7).

fr. 26. § 1° D. 40, 5 (Ulp., 1888, 1° V Fideic.): *Certe minoribus vigintiquinque annis et in hoc tribuendum est auxilium, ut videatur in re mora esse: nam qua ratione decretum et a divo Severo constitutum est in re moram esse circa pecuniaria fideicommissa quae minoribus relicta sunt, multo magis debet etiam in libertatibus hoc idem admitti.*

L. 3, C. 2, 41 (Diocl. et Mass.): *In minorum persona re ipsa et ex solo tempore tardae pretii solutionis recepto iure moram fieri creditum est in his videlicet quae moram desiderant, id est in bonae fidei contractibus et fideicommissis et in legato.*

L. 5, C. 4, 49 (Diocl. et Mass.): *Curabit praeses provinciae compellere emptorem, qui nactus possessionem fructus percepit, partem pretii, quam penes se habet, cum usuris restituere, quas et perceptorum fructuum ratio et minoris aetatis favor, licet nulla mora intercesserit, generavit (1).*

Cominciamo dal fr. 87, § 1°, D. 31. In questo passo dapprima si contempla l'ipotesi del ritardo frapposto dall'onerato alla *restitutio* di un fedecompresso lasciato ad una fanciulla maggiore di venticinque anni e vi si dice che le sono dovuti interessi soltanto in caso di mora; indi si passa a parlare di un privilegio a favore dei minori, in virtù del quale gli interessi sulle somme loro dovute decorrono dal momento del ritardo frapposto al pagamento e si dice che ciò non è da considerarsi effetto di mora (*non pro mora hoc habendum est*), poiché gli interessi derivanti dalla mora sono dovuti in perpetuo, mentre questi cessano colla maggiore età del creditore.

Nella finale del fr. 26, § 1°, D. 40. 5, invece, non si parla più di decorrenza di interessi, ma in genere di una *mora ex re* introdotta a favore dei minori per i fedecommissi di denaro loro dovuti ed essa serve come punto di partenza per dedurre una *mora ex re* riguardo ai fedecommissi di libertà.

È evidente il contrasto di questa affermazione con quella del

(1) Non viene invece in considerazione il fr. 3, § 2°, D. 34. 4, poiché dalla *mora ex re* di cui in esso è parola (interpolato: cfr. Ferrini, *Legati*, pag. 383; Pernice, *Labeo*, 2, 2, 1, 136 n. 5) non sorgono conseguenze proprie della mora nei riguardi del debitore, ma essa è un modo particolare di esprimersi usato per risolvere una questione che non interessa affatto l'onerato (che in ogni modo deve pagare), se cioè il primo onerato abbia o non abbia acquistato il fedecompresso.

passo precedente. Una conciliazione fu tentata dal Madai (1) e dal Windscheid (2), che cercarono di spiegare l'espressione *non pro mora cett.* in modo non contrastante col concetto di *mora ex re*. Secondo essi, tale frase non significherebbe, altro se non che la *mora minorum favore* si distingue dalla mora comune in ciò che la *mora ex persona* una volta costituita dura per sempre, mentre la *mora ex re* cessa col cessare della circostanza che la ha determinata (qui l'età minore). Ma, a prescindere dal fatto che la finale del brano da *quam* in poi, come vedremo, è sospettata di interpolazione (e quindi nella sua dizione originaria forse il passo si limitava a negare che si avesse mora, senza voler dettare nessun criterio discrezionale), la spiegazione mi pare un po' forzata: il passo non parla affatto di *mora ex persona*, dice semplicemente che ciò non è da considerarsi mora e, come osserva giustamente il De Crescenzo (3), se invece la mora ci fosse, questo sarebbe un modo ben singolare ed artificioso di esprimersi.

D'altra parte, la finale del fr. 26, § 1°, fu già sospettata d'interpolazione dal Segrè (4) ed io aderisco pienamente alla tesi del mio Maestro ritenendola tutta giustiniana. Inelegante, infatti, è *l'et in hoc tribuendum est auxilium ut videatur in re mora esse*, pure sospetto è il *circa* (5); inoltre nel citato fr. 87, § 1°, D. 31 Paolo nega recisamente che il trattamento di favore dei minori, consistente nella corresponsione degli interessi sulle somme loro lasciate per fedecommesso a partire dal *dies veniens*, possa rientrare nella categoria della mora ed è difficile credere che egli avrebbe smentito così apertamente l'affermazione di Severo (che si tratta di mora), se egli realmente l'avesse fatta.

E, se è interpolata la qualifica di *mora ex re*, l'intero brano da *certe* in giù è da ritenersi compilatorio, poichè, tolta tale qualifica, cessa l'affinità tra i due privilegi e la possibilità di dedurre il secondo dal primo, senza contare poi che il passo grammaticalmente

(1) *Die Lehre v. d. Mora*, 151.

(2) *Pand.*, § 278, n. 11.

(3) *Obbligazione* ("Enciclopedia giuridica", pag. 60).

(4) *Miscellanea esegetica* cit.

(5) Guarneri, *Indice*, pag. 17.

non si presterebbe più alla deduzione (1). Perciò, nessun assegnamento si può fare su questo frammento per diritto classico.

Restano le LL. 3, C. 2. 41 e 5 C. 4. 49. Queste costituzioni sono degli stessi imperatori, della stessa data e dirette alla stessa persona: sono dunque due brani di una stessa legge.

Perciò, già dagli antichi interpreti si suole ricollegarle e considerare il caso deciso nella seconda come un'applicazione del principio espresso dalla prima. Il Noodt (2), ad es., fa seguire la prima legge alla seconda e ve le ricollega con un *quando*; per altri autori, invece, l'unione sarebbe da farsi in senso inverso, cioè la seconda seguirebbe alla prima (così, p. es., il Siber) (3), e quindi nella sua dizione originaria la costituzione avrebbe prima sancito il principio generale del privilegio dei minori, indi lo avrebbe applicato alla particolare ipotesi del venditore del fondo che non ha ancora ricevuto il prezzo, mentre il compratore *nactus possessionem fructu percepit*.

Però questi due passi, così come ci sono pervenuti, non vanno d'accordo tra di loro per la qualifica del privilegio. Mentre il primo parla senz'altro di una *mora re ipsa*, il secondo dice, invece, che esso si verifica *licet nulla mora intercesserit*. E allora? È mai concepibile che in una stessa legge prima si dicesse una cosa e poi la si negasse?

Varie furono le spiegazioni proposte dagli autori di ogni epoca, preoccupati anche di conciliare questi due passi col fr. 87, § 1°, D. 31, e col fr. 26, D. 40. 5, di cui non si sospettava ancora l'interpolazione, spiegazioni ormai sorpassate e sulle quali non è quindi più il caso

(1) Secondo il Siber (*Beiträge zur Interpolationsforschung*, in "Zeitschr. d. Sav. Stift.", vol. 45, pag. 150, nota 2), invece, il brano non sarebbe tutto giustiniano, ma soltanto *in re moram esse* sarebbe stato sostituito ad un *usuras deberi* e *hoc idem admitti* a un *eis succurri*. Ciò non è probabile. Anzitutto, come ho detto nel testo, è poco bello *in hoc tribuendum est auxilium ut videatur in re mora esse*; poi, se si può comprendere, benché sia inelegante, un *in re mora esse circa... fideicommissa*, non è certo lo stesso di un *usuras deberi circa... fideicommissa*. Per quel che concerne altro punto del passo, v. l'interpretazione dei Basilici, 48, 4, 26, e scoli relativi e Siber, op. loc. cit. e *Interpellatio und mora*, in "Zeitschr. d. Sav. Stift.", vol. 29, pag. 47 e segg. e Montel, *La condizione giuridica dei figli nati dalla schiava onorata di fedecommissio di libertà prima della sua manomissione* ("Scritti in onore di P. Bonfante").

(2) *De fœnere et usuris*, III, 10.

(3) *Beitr.* cit., pagg. 149-50.

di soffermarsi. Mi limiterò a riportare quella del Siber (1) che è una delle più recenti.

Secondo l'insigne scrittore, la L. 3 sarebbe largamente interpolata e, nella sua dizione originaria avrebbe suonato: *In minorum persona ex tempore tardae pretii solutionis recepto iure usuras deberi creditum est*. I compilatori avrebbero sostituito all'*usuras deberi* la menzione della *mora re ipsa* ed avrebbero aggiunto, oltre a solo prima di *tempore*, la finale da *in his* in poi.

La L. 5, invece, sarebbe quasi completamente classica e già originariamente avrebbe contenuto l'applicazione al caso concreto del principio espresso nella L. 3, come dimostra l'espresso richiamo alle *usurae quas minoris aetatis favor... generavit*. I compilatori, avendo generalizzato il privilegio di interessi spettante al venditore minorenne nei riguardi del compratore *qui nactus possessionem fructus percepit*, per la loro tendenza alla completezza avrebbero aggiunto a questa giustificazione della soluzione l'altra dipendente dalla *perceptorum fructuum ratio*.

Tale interpretazione non mi pare accettabile. Per ciò che concerne la L. 3, mi sembra che nulla autorizzi a cancellare il *moram fieri* e a sostituirvi un *usuras deberi*, anche perché non si comprenderebbe più l'*in minorum persona*, che, se pure non è troppo elegante, nella dizione attuale del brano si giustifica ancora; e d'altra parte non è possibile che Diocleziano abbia detto: *recepto iure... creditum est*. Che la configurazione che qui si fa del privilegio fosse accolta da tutti è smentito esplicitamente dal fr. 87, § 1° D. 31, e quindi le parole *recepto iure* non possono essere genuine; il *creditum est*, poi, non mi sembra adatto per esprimere un'opinione che avrebbe dovuto essere quella corrente al tempo in cui fu scritta e per trarne delle conseguenze, poichè nessuna importanza ha agli effetti della legislazione attuale il riportare un'opinione, anche universale, di un tempo passato; inoltre la forma del perfetto (*creditum est*), l'uso del verbo *credere* invece dell'affermazione recisa *est* e in genere l'economia della L. 3 danno l'impressione che essa non sia fine a sé stessa, ma l'inizio e l'introduzione ad un più lungo discorso. Ora questo manca: se fosse stato nel senso di ammettere una *mora ex re*, quale ragione avrebbero avuto i compilatori — che sembrano accettare questa configurazione

(1) Op. loc. cit.

giuridica del privilegio (1) — di ometterlo? È evidente perciò che esso doveva essere in senso contrario.

Sono quindi propenso a ritenere che nella L. 3 coll'espressione *moram fieri creditum est* si citasse un'opinione diffusa ma non universale che ravvisava nel privilegio a favore dei minori una vera mora, indi nel brano successivo, che non ci è pervenuto, la si combattesse e si dicesse che in realtà si tratta solo di un privilegio relativo agli interessi (2).

I compilatori, naturalmente omisero la seconda parte della legge, perché irrilevante ai loro fini ed utilizzarono la prima nel loro senso, aggiungendo *re ipsa et* e generalizzando l'opinione combattuta coll'inserire un *recepto iure* tra *solutionis* e *moram*.

La spiegazione del Siber è ancor meno accettabile nei riguardi della L. 5.

È ormai provato (3) che in diritto classico il decorso degli interessi corrispettivi del prezzo di un fondo, quando il compratore ne ha già il possesso e ne percepisce i frutti, aveva portata generale e non era da restringersi, come vorrebbe, invece, il Siber (4), al caso della minore età del venditore. La L. 5, pur facendo parte della stessa costituzione di cui è un brano la L. 3, non era ad essa legata, ma risolveva una questione affatto diversa da quella ivi risolta, cioè quella appunto concernente il venditore di un fondo che ne aveva già trasferito il possesso nel compratore ma non aveva ancora ricevuto l'intero prezzo pattuito per la vendita.

Nel suo testo originario, essa si limitava a sancire l'obbligo da parte del compratore di pagare gli interessi corrispettivi, *licet nulla mora intercesserit*, indipendentemente dalla mora. La frase *quas-favor* è

(1) V. sul punto i miei *Contributi alla dottrina della mora*, p. I, *I requisiti della mora del debitore* di prossima pubblicazione.

(2) Sono d'accordo col Siber per quel che concerne l'interpolazione di *solo* e del brano *in his videlicet — desiderant*. Non mi pare, invece, che vi sia alcuna ragione per sospettare l'*in bonae fidei contractibus et fideicommissis*: perché il privilegio non può essere stato esteso in diritto classico a tutti i *iudicia bonae fidei*? Per contro le ultime parole *in legato* sono certamente compilatorie; cfr. Mommsen, *Die Lehre v. der Mora*, pag. 122 e segg.

(3) V. da ultimo Haymann, *Früchte und Zinsen beim Kauf*, in "Arch. f. d. civ. Praxis", 1929, pag. 129 e segg.

(4) *Beiträge* cit.

un' interpolazione come è provato da vari argomenti (1). Diocleziano e Massimiano si erano limitati a dare la decisione del caso loro proposto, i compilatori vollero aggiungervi i motivi per quella loro mania di completezza e per la loro tendenza a dare tutte le ragioni di una decisione anche quando — come nel caso presente — cozzano tra loro. La *perceptorum fructuum ratio* — si capisce chiaramente — è in istretto riferimento al *fructus percepit*; l' accenno al *minoris aetatis favor* (che è un' interpolazione assai maldestra, poiché in principio del brano, dove si espongono gli elementi della questione, non è parola della minore età del venditore) fu probabilmente suggerito ai compilatori del fatto che la L. 5 era parte della stessa costituzione da cui fu tratta la L. 3 in cui si parlava di minori.

Concludendo, dall' esame di tutti questi passi, mi sembra lecito argomentare — aderendo così nella tesi generale, se non nei particolari, all' opinione dominante — che la c. d. *mora ex re minorum favore* in diritto classico altro non fosse se non un privilegio di interessi e che soltanto in diritto giustiniano esso sia stato denominato *mora ex re*.

A questo proposito è da osservare che la interpolazione della L. 5 è molto maldestra, oltre che per la ragione accennata, anche in quanto con essa si viene a negare la qualità di mora al privilegio, poiché il *minoris aetatis favor generavit* è inserito proprio accanto alla frase *licet nulla mora intercesserit*, che, se pur non è un emblema anch' essa, si riferiva originariamente al *cum usuris restituere*.

S' intende che per diritto giustiniano, in omaggio alle disposizioni di Giustiniano sull' interpretazione delle leggi e sulla risoluzione dei casi dubbi, dobbiamo ritenere che con quella frase si alluda alla *mora ex persona*, ed analoga supposizione è da farsi per quel che concerne il *non pro mora hoc habendum est* del fr. 87, § 1° cit.

2. Contro la teoria che questo privilegio non rientrasse nella categoria della mora e quindi contro quella più attenuata a cui siamo giunti, che cioè la qualifica di mora di questo privilegio fosse ignota al diritto classico, secondo alcuni, pare contrastare il fr. 17, § 3°, D. 22, 1 di Paolo (2058, 1° *singulari de usuris*), cioè dello stesso giureconsulto da cui fu preso il fr. 87, § 1° citato, che costituisce uno dei più validi punti d' appoggio della teoria medesima.

(1) Haymann, op. cit. 140.

Dice il fr. 17, § 3°: *Si pupillo non habenti tutorem fideicommissum solvi non potuit, non videri moram per heredem factam divus Pius rescripsit. Ergo nec ei debetur qui, quod rei publicae causa abfuit, [vel ex alia iuxta causa impeditus, ex qua restitutio indulgetur], potere non potuit. [Quid enim potest imputari ei qui solvere etiamsi vellet non potuit?]. Nec simile videri posse quod placuit minoribus etiam in his succurri quae non adquisierunt: usurae enim non propter lucrum petentium, [sed propter moram solventium] infliguntur (1).*

Non è la decisione in sé che può turbare, poiché è un principio generale in ogni campo del diritto che il debitore non può essere tenuto a rispondere di quegli ostacoli all'adempimento posti in essere dal creditore; piuttosto dà da pensare il fatto asserito che la liberazione dell'erede dall'obbligo della prestazione degli interessi sia fatta dipendere dalla circostanza che *non videri moram... factam* e che il diritto agli interessi sia ricondotto espressamente alla *mora solventium*.

Il Mommsen (2) vuol superare il presunto ostacolo, interpretando in entrambi i casi la parola *mora* nel senso generale di ritardo, ma non si avvede che ne sorgono degli altri. Infatti, se nel principio del passo si tratta del privilegio speciale dei minori, che ha luogo *ex solo tempore tardae solutionis*, perché si fa subito il caso di uno che *petere non potuit*? e che non è un minore e quindi ha diritto agli interessi solo in caso di *mora*?

Secondo me, l'interpretazione del passo è questa. Il caso del pupillo non è addotto che in via incidentale per risolvere la questione se colui che non poté chiedere il fedecommesso perché assente *rei publicae causa* abbia egualmente diritto agli interessi, dato che la sua richiesta fu impedita da una causa estranea a lui non imputabile.

Paolo risponde adducendo un caso di ritardo della prestazione causato dal creditore stesso, la mancanza cioè del suo tutore e quindi l'impossibilità per il debitore di effettuare un pagamento valido: come in questa ipotesi la *mora* dell'erede è esclusa, così egli non deve le usure nella fattispecie in esame.

(1) Per le prime due interpolazioni del brano v. Beseler, *Beiträge*, 3, 118.

(2) *Die Lehre von der Mora*, pag. 124 e segg.

Non si parla di fedecompresso di denaro del pupillo, ma di fedecompresso in generale (1), non viene in questione il privilegio degli interessi, ma la mora. E la prova è data, secondo me, da ciò che segue: *nec simile videri posse quod placuit minoribus etiam in his sucurri quae non adquisierunt*. Se nel principio del paragrafo si alludesse al privilegio, non si spiegherebbe questa frase, come non si comprenderebbe l'analogia del caso della mancanza del tutore con quello dell'assenza *rei publicae causa*.

Quanto alla parola *mora* del brano finale, è probabile, come pensa il Segrè, che essa non sia genuina. Infatti nella frase precedente si parla di *quae non adquisierunt*; si comprende perciò il *non propter lucrum petentium*, mentre quel che segue pare un riempitivo dei compilatori.

3. Quando è sorto il privilegio? Le discussioni su questo punto fino a poco tempo fa si restringevano alla questione se esso fosse stato introdotto dalle costituzioni imperiali o se invece non fosse ad esse preesistente. Il Wolff (2) adduceva per la prima opinione il riferimento dei passi del Digesto ad esse e il fatto che non sono mai citati i vecchi giureconsulti, che sono invece costantemente richiamati nella dottrina della mora. Altri (3), per contro, più giustamente osservavano che nel fr. 26, § 1° si dice: *decretum et a divo Severo constitutum*, e ne deducevano quindi che già prima di esser sancito espressamente da una costituzione, esso doveva esser stato introdotto dai magistrati.

Recentemente è, invece, insorto contro la classicità del privilegio l'Haymann (4). Egli parte dal fr. 17, § 3°, D. 22. 1, in cui crede di trovare una prova lampante dell'ignoranza di un tal privilegio da parte di Paolo. Infatti — egli dice (5) — la questione fatta in questo passo è se l'onere di un fedecompresso a favore di un pupillo, che ha indugiato ad effettuarne la *restitutio*, dovesse corrispondergli gli interessi quando il ritardo è stato causato dal fatto che il pupillo non aveva tutore. Antonino aveva risposto di no e questa è pure la risposta di Paolo, che vi dà la seguente motivazione: “ il pretore

(1) V. *infra*, pag. 77.

(2) *Die Lehre von der Mora*, pag. 153.

(3) Siber, *Interpellatio und Mora* cit., pag. 79 e segg.

(4) Op. cit., pag. 133, e segg.

(5) Op. cit., pag. 135.

„ è venuto in soccorso ai minori con una *in integrum restitutio*
„ anche in quei casi in cui essi non hanno riportato una perdita,
„ ma soltanto non han potuto avere un guadagno per la loro minore
„ età; ma nella presente ipotesi il minore non può pretendere inte-
„ ressi poiché essi non si danno *propter lucrum petentium sed propter*
„ *moram solventium* ”. Questo discorso sarebbe stato privo di senso
in bocca al giurista se egli avesse avuto il più lontano sentore di un
privilegio del creditore fedecommissario minore di venticinque anni.

D'altra parte — continua egli (1) — Papiniano nel fr. 18, § 1°, D. 22. 1 dichiara che dopo il trasferimento del possesso della cosa venduta son dovuti al venditore gli interessi del prezzo non ancora pagato indipendentemente dalla mora, e che essi non cessano di decorrere per il fatto che il venditore (creditore del prezzo) sia morto e sia incerta la persona del suo erede, di modo che il compratore non sappia a chi pagare, salvo che egli non faccia il deposito della somma (2). Se i classici avessero conosciuto un privilegio di interessi a favore dei minori indipendentemente dalla mora nella restituzione dei fedecommissi ad essi lasciati, evidentemente essi avrebbero dato nel fr. 17, § 3°, la stessa soluzione che si trova nel fr. 18, § 1.

Quanto al fr. 87, § 1°, D. 31, in esso di genuino vi sarebbe ben poco. Non solo sarebbe compilatoria la finale da *quam* alla fine, ma addirittura tutta la frase da *quamvis* in poi e nel primo periodo la menzione della maggiore età della fanciulla creditrice sarebbero da attribuirsi ai giustinianeî (3).

Gli argomenti addotti, oltre quello ricavato dal fr. 17, § 3°, sono i seguenti. Anzitutto *l'omnimodo* “ bei der Beschränkung auf Fideikommiss und Verkauf und vielleicht weitere einzelne Rechtsgründe zu weit ginge „ (4). Inoltre, continua l'Haymann, in un responso nella cui prima frase si parla di interessi moratorî dovuti ad un maggiorenne one-

(1) Op. cit., pag. 136.

(2) *Post traditam possessionem, defuncto venditore cui successor incertus fuit, medii quoque temporis usurae pretii, quod in causa depositi non fuit, praestabuntur.*

(3) L'interpolazione della frase da *quamvis* in poi è ammessa anche dal Siber (*Beitr. cit.*, pag. 154, n. 1). Questi però non arriva alle conseguenze dell'Haymann, poiché considera genuina tutta la prima frase.

(4) Siber, op. loc. cit.

rato di un fedecommesso, è difficile che Paolo abbia aggiunto che se stato minorene, gli interessi gli sarebbero stati dovuti indipendentemente da mora. Poi *constituere* nel significato di *bestimmen* in forma astratta, senza riferimento a determinate leggi, ed *omnimodo* sanno di triboniano, mentre d'altra parte è assolutamente sconveniente l'*hoc*, che non si può riferire né a *constitutum est*, né alla prestazione degli interessi perché né l'uno né l'altra possono *pro mora haberi*.

Perciò, secondo l'insigne scrittore, la seconda frase sarebbe tutta opera dei compilatori e probabilmente essi avrebbero aggiunto le parole *post impletos annos vigintiquinque* che si leggono nella prima, per stabilire un nesso ed un contrapposto tra essa e la seconda.

L'ultimo documento in cui si parla del privilegio dei minori è la costituzione di Diocleziano e Massimiano da cui furono tratte le due leggi 3 C. 2. 41 e 5 C. 4. 49. Secondo l'Haymann, anche la menzione del privilegio contenuta nella L. 3 sarebbe emblematica. Egli parte dalla già ricordata interpretazione del Siber (1) (che ritiene che il testo originario della legge dicesse: *in minorum persona ex tempore tardae pretii solutionis recepto iure usuras deberi creditum est*) ed osserva in primo luogo l'impossibilità che Diocleziano e Massimiano abbiano scritto la frase *recepto iure creditum est*; indi nota che *ex tempore tardae pretii solutionis* è poco bello e che Paolo in un caso analogo per esprimere lo stesso concetto (fr. 17, § 5° D. 22. 1) usa la frase: *ut tardius pecuniae illatae usuras deberet*, e che *in minorum persona* sa di triboniano.

Perciò, conclude egli, dalla L. 3 non si può ricavare nessun elemento in sostegno della classicità del privilegio, né possono giovare a questo scopo gli altri passi già visti, che sono tutti interpolati, compresa la L. 5, mentre d'altra parte il fr. 17, § 3, D. 22. 1 dà la prova luminosa che Paolo ignorava affatto l'esistenza del privilegio medesimo.

4. Questa la teoria dell'Haymann. Benché vi siano alcune osservazioni esatte, tuttavia esse non mi paiono tutte giustificate né mi sembrano lecite le conclusioni a cui egli giunge.

Che il fr. 87, § 1° D. 31 sia stato ritoccato dai compilatori è probabile, ma non nella misura che egli pretende. Sia pure interpolata

(1) *Beitr. cit.*, pag. 149.

la finale da *quam* in poi (1), sia pure difficile che Paolo abbia usato la parola *omnimodo* parlando di un privilegio così ristretto (2), tuttavia queste non sono ragioni bastevoli per ritenere che tutto il secondo periodo sia da attribuirsi a Giustiniano. Si tolga la finale, si cancelli l'*omnimodo*, la decisione resta sempre. Non vedo proprio perché Paolo non potesse parlare di interessi dovuti al creditore minorenni indipendentemente da mora dopo aver parlato della mora nei riguardi di un maggiorenne.

L'Haymann si limita a fare questa osservazione senza darne alcuna spiegazione: vediamo di supplire al suo silenzio cercandone noi il fondamento. La sola ragione che si potrebbe addurre per giustificare i suoi sospetti sulla genuinità del passo è l'ingenuità della affermazione della frase iniziale che spicca vieppiù ove si metta questa, che pure costituisce il responso del giurista, in relazione con quella che segue, che dovrebbe essere affatto secondaria rispetto ad essa, e che invece contiene una dichiarazione ben più importante. Mentre così come ci è pervenuta essa si limita ad esprimere una verità lapalissiana, senza l'accento alla maggiore età del creditore, si può intendere come mirante a stabilire un contrapposto tra fedecommissi

(1) Per questa interpolazione si adducono (Siber, Haymann) ragioni formali e sostanziali. *Sufficere* è sospetto; vi è un brusco cambiamento di soggetto: mentre nell'ultima frase si parla di mora (*hoc, quam*), improvvisamente si trova un *debeantur*, che si riferisce all'*usurae* precedente. Inoltre, la pretesa differenza tra le *usurae ex mora*, e queste consisterebbe nel fatto che le prime sono dovute in perpetuo. Ma, osserva l'Haymann (op. cit., pag. 137), ciò non è vero: anch'esse cessano col venir meno della mora. Paolo non può certamente aver chiamato *perpetuo debere* il solo fatto di non esistere una causa di cessazione nella maggiore età del creditore.

L'interpolazione non mi pare provata. Il cambiamento di soggetto è naturalissimo e la qualifica di perpetui data agli interessi derivanti da mora non è necessariamente compilatoria, poiché è classico il ditterio *culpa perpetuatur obligatio* ed il concetto di perpetuazione dell'obbligazione in seguito a colpa o mora del debitore. La mora può benissimo essere purgata, eppure si parla di *perpetuatio*!

Ad ogni modo, anche se il brano fosse compilatorio, ciò non pregiudicherebbe la genuinità del rimanente del passo.

(2) In questo passo *omnimodo* non è usato, come crede l'Haymann, con riferimento a parecchie ipotesi di applicazione del privilegio, bensì nel senso di *in ogni caso* riferito soltanto all'ipotesi di un credito derivante da fedecommissio. Cfr. fr. 38, § 1º, D. 22, 1, ove *omnimodo* è pure interpolato.

e legati per quel che concerne gli interessi moratori, dicendo cioè che essi sono dovuti per le somme lasciate per fedecommesso mentre diversa regola vale per i legati (1).

Ma questo — a dir vero — non è un argomento sufficiente per sostenere un'interpolazione! Anzitutto non vedo perché in un passo di Paolo non possa esser contenuta un'affermazione molto evidente e non è vero che stoni un responso lapalissiano a cui è collegata una risposta più complessa. Inoltre, ammettiamo pure che le parole *post impletos annos vigintiquinque* siano da attribuirsi ai compilatori e che Paolo realmente non abbia detto nella frase in questione se non che in materia di fedecommessi sono dovuti interessi. Forse che di qui si deve trarre come necessaria conseguenza l'interpolazione del periodo che segue? Non è possibile che nel primo brano del passo si esaminasse il caso di una maggiorenne onorata di fedecommesso e si rispondesse: "dal dì della mora esso produce usure", e poi si continuasse: "badate, però, che queste usure non van confuse, ecc.,"?

Che poi *constituere* usato senza riferimento ad una particolare legge in tutti gli altri passi sia interpolato (2) non è affatto vero (3), e del resto, anche se così fosse, questa non sarebbe una buona ragione per ritenere emblematica la parola in ogni caso. Così non è senz'altro da negare la genuinità del brano per il semplice fatto che *hoc* non è né *constitutum est* né la prestazione degli interessi: lo si legga attentamente e si vedrà che il senso corre benissimo lo stesso!

L'interpolazione non mi pare dunque provata. E d'altra parte sarebbe ben strano che i compilatori, mentre negli altri passi denominano questo privilegio *mora re ipsa*, *re* e simili, qui invece negassero che esso sia *mora*. E non si dica che potrebbe trattarsi di

(1) Una siffatta affermazione è contenuta in un altro passo di Paolo (*Sent.*, 5. 8. 3): *Ex mora praestandorum fideicommissorum [vel legatorum] fructus et usu-rae peti possunt; mora autem fieri videtur, cum postulanti non datur*, ove le parole tra parentesi quadra sono un glossema di un'epoca in cui la parificazione dei legati ai fedecommessi era compiuta.

(2) L'Haymann si fonda sullo scritto dell'Albertario, *L'uso classico e giustiniano di extorquere* (in "Zeitschr. d. Sav. Stift.", n. 32, pag. 319), ove è sospettata l'interpolazione di parecchi passi in cui è usata la parola *constituere*. Ma, anche se questi sono da attribuirsi ai compilatori, non mi pare tuttavia che si possa senz'altro considerare tale verbo come un sicuro indizio di interpolazione.

(3) Basti ricordare il fr. 33, pr. D. 40. 5, che è certamente genuino. V. da ultimo sul punto Montel, *La condizione giuridica*, ecc., cit.

una divergenza di pareri tra le diverse sottocommissioni, poich  sia il fr. 87 che il fr. 26 D. 40. 5 ad es. (in cui si parla chiaramente di *mora re*) appartengono alla massa papiniana.

Quanto al fr. 17, § 3^o, soltanto ad un esame superficiale pu  sembrare che esso provi per l'inesistenza del privilegio al tempo di Paolo.

La frase finale, in cui sono interpolate le parole *sed propter moram solventium* (v. retro, pag. 70) non   affatto inconciliabile col privilegio a favore dei minori. Questo, che si ricollega certamente alla tutela pretoria dei minori, fu introdotto non gi  per dar loro un lucro, ma per evitar loro una perdita o far loro conseguire ci  che essi avrebbero potuto conseguire se avessero potuto agire personalmente con quella diligenza che ciascuno mette nello sbrigare i suoi affari:   una *restitutio* dei loro beni allo stato in cui sarebbero se avessero avuto un buon amministratore. Si capisce perci  che decorrano a loro favore gli interessi del fedecommesso di denaro anche se il tutore non ha fatto l'interpellazione, bench  questo non sia imputabile al debitore. Ma, se l'acquisto della cosa, il pagamento non pot  aver luogo per fatto del creditore stesso, non gi  che omette di richiedere il pagamento (nel qual caso si avrebbe la *restitutio*, poich  siamo proprio nell'ipotesi per cui tale tutela fu introdotta), ma che impedisce col suo fatto che il pagamento abbia luogo (cos  nel caso presente, se non   vi tutore e quindi il pagamento non pu  aver luogo), nessuna *restitutio* si pu  invocare, nessun privilegio sussiste, nessun interesse   dovuto.

N  vale addurre in confronto il fr. 18, § 1^o, D. 22. 1. Si comprende facilmente perch  nei due casi la soluzione debba essere diversa. In quest'ultimo gli interessi sono dovuti come corrispettivo del godimento della cosa comprata e della percezione dei suoi frutti (tant'  vero che essi cessano di decorrere se il creditore   sconosciuto soltanto nel caso che il debitore abbia fatto la *depositio* della *sors* e che se la *traditio* del possesso non   avvenuta, fu decretato *iniquum esse usuras ab eo exigere qui fructus non percepisset*: fr. 16, § 1^o, D. 22. 1) e quindi nessuna rilevanza ha la ragione per cui il pagamento del prezzo non   avvenuto: il compratore ha goduto i frutti della cosa e tanto basta perch  egli debba gli interessi. Nel caso dei minori, invece, non si tratta di interessi corrispettivi, ma di un vero privilegio:   perci  chiaro che si dovr  istituire un esame delle cause che impedirono il pagamento, per escludere l'obbligo

agli interessi quando la somma non poté esser conseguita per un fatto del creditore.

Vediamo ora la L. 3 C. 2. 40. È giustissima l'osservazione che è improbabile che Diocleziano abbia detto *recepto iure... creditum est*, ma non se ne può senz'altro argomentare l'interpolazione dell'intera frase: l'ostacolo scompare quando si ammetta che *recepto iure* sia un di più aggiunto dai bizantini.

Che poi Paolo nel fr. 17, § 5°, D. 22. 1 abbia usato altre parole per esprimere il concetto che qui è espresso colla frase *ex tempore tardae pretii solutionis* non è una ragione sufficiente per ritenere interpolata questa; anzitutto la L. 3 non è di Paolo ma della cancelleria imperiale, e poi, anche se fosse di Paolo, questi non era certo tenuto a rivestire un concetto sempre con le stesse espressioni! Cadono, quindi le prime due critiche dell'Haymann a questo passo e neppure la terza mi pare sussistere perché non è affatto provato che sia triboniano *l'in minorum persona*.

Risulta evidente da ciò che ho esposto quanto poco fondamento abbia l'affermazione dell'Haymann che il privilegio dei minori fosse ignoto ai giuristi classici e che sia un'invenzione giustinianea. E questa conclusione è confermata dal fr. 25, § 1°, D. 40. 5, che esplicitamente dice: *decretum et a divo Severo constitutum in re moram esse circa pecuniaria fideicommissa quae minoribus relicta sunt* e colloca quindi la prima applicazione del privilegio nel periodo anteriore al governo di Severo. Il brano è triboniano, è vero, ma non vi è ragione per credere che esso contenga una notizia falsa. Le interpolazioni hanno per iscopo di adeguare il diritto scritto a quello dei nuovi tempi, ma non vi è nessun interesse ad alterare la verità storica.

Che un principio fosse stato sancito da questo o da quell'imperatore non doveva avere la minima importanza per la sua applicazione pratica e per il suo vigore di legge e quindi l'ipotesi di una dichiarazione falsa è da scartarsi. Non è vero che Severo abbia chiamato *mora ex re* questo privilegio, ma sarà pur sempre lui che vi avrà dato il riconoscimento ufficiale, sebbene, forse, non con la stessa portata che apparirebbe dal passo.

5. In che cosa precisamente consisteva il privilegio? Quale ne era cioè la portata in diritto classico e in diritto giustiniano?

Dopo quanto abbiamo visto, la risposta non è difficile.

Vi sono dei passi che dicono che si tratta soltanto di corresponsione di interessi, in altri, invece, si parla più genericamente di

mora incorsa dal debitore, e si lascia quindi sospettare che tutti gli effetti della mora si verifichino a carico di costui. Ho già detto quale importanza abbiano queste dichiarazioni per diritto classico; aggiungerò che anche in diritto giustiniano il solo effetto del privilegio è la corresponsione degli interessi sulle somme dovute, come si può facilmente comprendere, ove si ponga mente ai casi in cui esso sussiste.

Il fr. 87, § 1°, parla soltanto di fedecommissi, e lo stesso è da dirsi del fr. 26, § 1°, ma è da osservare che essi si restringono ad una speciale categoria di fedecommissi, a quelli aventi per oggetto una somma di denaro. Ciò è detto esplicitamente nel fr. 26 (*pecuniaria fideicommissa*), e si ricava per quel che concerne il fr. 87 dal fatto che si parla di *usurae fideicommissi* e che queste sono i frutti dei crediti pecuniari.

Soltanto riguardo a questi, dunque, sembra che il privilegio sia stato riconosciuto da Severo (1). Nel tardo periodo classico, o forse addirittura al tempo di Giustiniano, fu esteso a tutti i *bonae fidei contractus*, come risulta dalla L. 3 e poi anche ai legati; però anche allora esso doveva esser limitato ai crediti pecuniari e consistere quindi unicamente nella corresponsione degli interessi corrispettivi.

Né è da ritenere il contrario in base ai termini generali in cui è redatta la L. 3, che parla di *mora re ipsa*: ciò è provato, tra l'altro, dall'espressione *tardae pretii solutionis* e dal fatto che ancora nel fr. 26, § 1°, che — si ricordi — è un brano giustiniano e quindi non anteriore a nessuno degli altri è parola soltanto di fedecommissi di denaro. Non è infatti probabile che i redattori del passo si sarebbero limitati a parlare di tali fedecommissi se il privilegio avesse avuto applicazione anche ad altri, poiché questa menzione avrebbe giovato allo scopo per il quale l'adducevano.

Una caratteristica del privilegio è che esso viene meno col venir meno della minore età del creditore (fr. 87, § 1°, D. 31),

(1) Non so però se si possa giurare sull'affermazione che Severo abbia riconosciuto il privilegio soltanto in materia di fedecommissi. Il brano fu scritto per dedurre da questo privilegio quello in favore della libertà lasciata per fedecompresso: è ben possibile, che, poiché a tal uopo bastava parlare di fedecommissi, i compilatori si siano limitati a menzionare questi, tacendo di altri casi, a cui invece accenna la L. 3.

dimodoché, se costui diventa maggiorenne prima che il credito gli sia pagato, gli interessi cessano di essergli dovuti, per ricominciare a decorrere dal giorno della costituzione in mora.

Ciò si spiega riflettendo all'essenza e alle ragioni del privilegio medesimo. Esso fu introdotto *minorum favore*: è quindi naturale che, cessata nel creditore le circostanza che l'aveva prodotto (età minore), esso dovesse venir meno.

6. Vediamo ora, rapidamente, l'evoluzione posteriore dell'istituto.

Quanto al diritto bizantino dalla lettura di Bas., 10, 23, 3 potrebbe sembrare che per esso il privilegio fosse concepito come una vera mora. Infatti questo passo, dopo aver dichiarato che il debitore verso una persona maggiore di venticinque anni è costituito in mora soltanto se sia interpellato dal suo creditore, passando ad esaminare l'ipotesi di un creditore minorenni continua così: *si minor creditor est, eo ipso quod debitor sua sponte non obtulit, mora fieri videtur, licet minor non interpellaverit*.

Ma, in realtà, il brano non è altro che una parafrasi ed un commento alla L. 3, C. 2, 40 che parla di *mora ex re*, e si comprende perciò questa sua configurazione del privilegio; d'altra parte i passi corrispondenti agli altri frammenti del Digesto relativi a tale materia non sono così espliciti da far ritenere ciò. Bas., 19, 8, 60 corrispondente alla L. 5, C. 4, 49 espone soltanto la decisione senza darne i motivi e nulla di più dice lo Sch. veronese ad h. l. (riportato da Zachariae V. Lingenthal nella "Zeitschr. f. G. d. R. W. .", n. 15, pag. 103); Bas. 48, 4, 26, parla di un *ipsa re moram fieri*, riportando addirittura le parole latine, ed una parafrasi del fr. 87, § 1°, D. 31, fatta dall'Enantiofane (Bas., 23, 3, 17, § 3°) si limita a dire che ai minori si devono le usure dei legati, anche se il debitore non è stato costituito in mora.

Non è quindi probabile che pei bizantini il privilegio avesse una portata molto diversa da quella che aveva pei romani (1).

(1) Un altro argomento in questo senso può esser ricavato dalla spiegazione che Bas. (10, 23, 3) dà alla frase *in his qui moram desiderant*: "*hoc est in quibus post moram fructus et usuras debere cum qui in mora est receptum est* ... Non si accenna che alla decorrenza degli interessi e alla restituzione dei frutti, tacendo del passaggio del rischio al debitore: ciò porta a credere che questo effetto non si avesse e che quindi non si trattasse di vera mora. D'altra parte, però, il brano, col parlare di frutti, dimostra che è cessata la limitazione del privilegio, ai crediti pecuniari.

In diritto comune, specialmente in taluni paesi, come p. es. in Germania, il privilegio si conservò con gli stessi caratteri che aveva nel *Corpus iuris* (1) fino all'epoca della codificazione. Non mancarono, naturalmente, scrittori che, vollero estenderlo ai crediti non pecuniari o che credettero persino di ravvisare in esso una mora vera e propria e ne trassero quindi tutte le conseguenze relative (2), ma la maggior parte finì per riconoscere che, anche se l'appellativo faceva pensare alla mora, in realtà non si trattava che di un privilegio personale di decorrenza di interessi e perciò che come tale esso doveva soltanto trovare applicazione ai crediti pecuniari (3). Naturalmente fu mantenuto il limite, già esistente in diritto romano, che si verificassero le altre condizioni necessarie per aversi mora e l'applicazione della norma fu esclusa ogni qual volta mancasse uno dei requisiti essenziali della mora (4).

In Francia, invece, per il numero stragrande di casi di *mora ex re* che si vollero introdurre dagli interpreti (Arumeo parlava di sedici casi,

(1) Così, non fu mai richiesta l'interpellazione da parte del creditore; cfr. Sabelli, *Summa div. tract. v. Mora*, 10: *minor aetas habet vim interpellationis*; Voet, *Comm. ad lib.* 22, I, n. 27: *Lege ipsa quasi interpellante mora fit... si quis pupillo vel fisco debitum non solvat*; Richeri, *Codex rerum in Senatu pedemontano iudicat* 3, 5, 15, pag. 263. *Mora ab ipsa lege inducitur, cum lex ipsa interpellare videtur; veluti si quis pupillo, minoribus... debeat.*

Da alcuni furono equiparate ai minori le chiese (che già in diritto giustiniiano godevano di privilegi speciali, senza che però si parlasse nei loro riguardi di *mora ex re*). Cfr. Seuff., *Archiv.*, p. II, pag. 130, *Contra*: Madai, *op. cit.*, pag. 157 (v. pure Seuff., *Archiv.*, p. V, pag. 192, p. VII, pag. 13) v. sul punto Windscheid, *op. loc. cit.*

(2) Lauterbachius, (*Collegium Pandect.*, 22, I n. 56) parla di *fructus vel usuras*, altri, come i Basilici (10, 23 8), come il Madai (*op. cit.*, § 26); e il Ratien, (*de Mora*, § 4°, n. 1) credono che si tratti di una vera mora.

(3) Mi basti citare l'autorevole parola di Cuiacio e di Nooît. Dice quest'ultimo (*De foen, et usuris*, p. III, pag. 10): *mora ex re non est vera mora, sed instar morae accipitur, utique ideo si comparetur cum ea quae ex persona fit et vera ac propria mora est, non intellegitur mora; tantum quia non per omnia mora est, sed favore personae: non in perpetuum, sed interim dum maior fiat, ad instar morae accipitur, cum vera mora perpetua sit...* E. Cuiacio, (*Opp.*, Prati, p. VII, 1026): *quae fit minoribus constitutione Severi non est propria mora*. Sabelli, parlando di questa mora ne trae una sola conseguenza: *ut ei debeat interesse*; cfr. Wolff, *op. cit.*, pag. 152 e segg.; Koch, *Die Lehre der Forderungen*, p. I, pag. 355, ecc., ecc.

(4) Cfr. Sabelli, *op. cit.*, *Mora*, 10: *minor aetas habet vim interpellationis, dummodo tamen alia necessaria concurrant, nempe quod creditum sit liquidum alia secus*. E altrove (v. *Minor*, pag. 39): *Minores gaudent privilegio, ut absque interpellatione ad illorum favore contrahatur mora irregularis si habeant cui debitor possit legitime solvere....*

Romuleo di tredici, Taco a Glins di dodici!) la giurisprudenza si mostrò restia ad ammettere l'istituto in genere e anche il privilegio dei minori scomparve, e conseguentemente scomparve anche nel codice napoleonico e nel nostro restando soltanto per evidenti ragioni di equità quello, simile ad esso e spesso dagli scrittori con esso confuso maa vente tutt'altra origine (1), del pupillo verso il tutore nei riguardi del residuo conto della tutela, caso che si è conservato ancora ai nostri giorni (cfr. art. 474 codice napoleonico e art. 308 codice civile italiano).

Dott. ALBERTO MONTEL

(1) Il principio è affermato in parecchi passi del *Corpus iuris*, (fr. 7, § pen. e ult. D. 26-7; fr. 28, § 1º; 46, § 3º, D. eod; fr. 24, D. 49, 1; L. 2, C. 5. 56) in modo affatto indipendente dalla *mora ex re minorum favore*. I pratici del diritto comune sogliono abbinare nella trattazione i due privilegi e parlano di una *mora ex re* in favore del pupillo, assorbendo persino talora in essa quella in favore del minore, ma, in realtà, pei romani questa configurazione è da escludersi.

RECENSIONI

OPERE DI CONTARDO FERRINI: vol. I. *Studi di diritto romano bizantino*, a cura di V. ARANGIO-RUIZ. — Vol. II. *Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di E. ALBERTARIO. — Vol. III, *Studi vari di diritto pubblico e privato (Studi vari sulle obbligazioni, negozio giuridico e presunzioni)*, a cura di E. ALBERTARIO.

Hanno veduto la luce, editi dalla casa Hoepli, i primi tre volumi della raccolta delle opere del grande Romanista scomparso, promossa, con lodevolissima iniziativa, dal Comitato della 'Fondazione Castelli', raccolta all'edizione della quale attendono, con grande amore, alcuni dei più insigni nostri studiosi. Il compito, né lieve né facile, soprattutto pei primi due volumi, e pel quinto, data l'immensa mole di testi giuridici romani e greci, ed extragiuridici giustinianeî, pre- e post-giustinianeî e papirologici — tutti rigorosamente controllati — è stato diviso tra i vari collaboratori, occupandosi l'Albertario del volume II e del III, l'Arangio-Ruiz del I e del V, il Ciapessoni del IV, ed affidandosi all'Arangio-Ruiz la revisione generale di ogni volume, e l'arduo e delicato compito di controllo delle citazioni.

Dalla collezione sono escluse le opere di maggior mole, cioè alcune edizioni, cui molta parte della sua attività dedicò l'eruditissimo filologo (*Parafrasi di Teofilo, Digesto, Tipucito, Basilicorum supplementum alterum, Leges saeculares, La costituzione degli Ateniesi di Aristotele*), le opere di carattere generale, in cui impresse tanta orma della Sua mente larga e sintetica il grande storico e dommatico (*Pandette, Storia delle fonti del diritto romano e della giuris-*

prudenza romana, Diritto romano, Diritto penale romano), le più ampie monografie su argomenti speciali, di diritto romano e moderno, che con profondità ed acutezza di vedute trattò l'insigne giurista (*Legati e fedecommissi, Obbligazione, Limitazioni della proprietà fondiaria e servitù prediali*). Escluse sono anche le voci contenute in varie enciclopedie. Non sono inserite poi neppure, evidentemente perché di contenuto estraneo al campo del diritto, gli scritti di carattere morale e religioso, in cui si rivela il fervente cattolico, l'uomo di intemerati costumi, ed il profondo conoscitore della storia e della filosofia del Cristianesimo.

La raccolta si apre con prefazione di Pietro Bonfante, nella quale il nostro grande Romanista, con brevi ma magistrali tocchi, accenna alla vita del Ferrini e ne delinea il temperamento di uomo, di scienziato e di insegnante, tratteggia la Sua opera di studioso, per evocare finalmente "la Sua dolce e pia figura morale", ed il Suo ritratto fisico. Segue una breve relazione di Emilio Albertario, con la quale fa conoscere i criteri seguiti nella compilazione della raccolta.

Il primo volume, a cura del prof. Vincenzo Arangio-Ruiz, è dedicato agli studi di diritto romano bizantino. Sono in esso inseriti, in ordine cronologico, numerosi studi concernenti la parafrasi greca delle Istituzioni, che il Ferrini studiò sotto vari aspetti, raffrontandola anche con le Istituzioni di Gaio, i *Prolegomena* all'edizione, nonché scolî inediti alla Parafrasi stessa, ed una nota sullo *Stemma cognationum* greco, da lui rinvenuto. Seguono gli scritti contenenti i resti della versione anatoliana del *Codex*, l'indice dei *Digesti* di Stefano, la traduzione ed illustrazione di una novella di Costantino Monomaco, concernente la fondazione di una scuola di diritto a Costantinopoli, vari contributi alla reintegrazione dei Basilici. Vi sono poi altri studi: un contributo alla conoscenza del libro siro-romano, una edizione critica dell'interessante *nómos georgicós*. Il volume si chiude con un saggio bio-bibliografico su Zachariae von Liegenthal, il profondo studioso del diritto greco-romano, con alcune recensioni di lavori di diritto bizantino, e con un'appendice contenente traduzioni di scritti di quell'Autore, fatte dal Ferrini.

Il secondo volume, a cura del prof. Emilio Albertario, comprende studi sulle fonti del diritto romano. Si apre col discorso inaugurale, pronunziato a Modena nel 1891, sulle scuole di diritto in Roma antica. Contiene poi numerosi saggi su alcuni giureconsulti (Mela,

Plauzio, Tuberone, Pedio, Aulo Cascellio, Viviano, Fulcinio, Atilicino, Ottaviano) e su singole opere di altri (i *Digesti* di Alfeno Varo, i libri *ad Plautium* di Paolo, i libri *ad Neratium* del medesimo, i commentari di Ulpiano e di Paolo *ad legem Iuliam et Papiam*, i commentari di Terenzio Clemente e di Gaio alla stessa legge, le Istituzioni di Marciano). Vi è un gruppo di studi sulle Istituzioni giustiniane, tra cui l'acuto ed importantissimo lavoro palingenetico *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, e su frammenti di opere pregiustiniane (fr. de formula Fabiana, *Fragmenta interpretationis Gaii Institutionum Augustodunensia*), dei quali ultimi insieme con lo Scialoia curò una nuova edizione. Alcuni scritti concernono cenni giuridici contenuti in Autori cristiani (Lattanzio, Arnobio, Minucio Felice, Sant'Ambrogio, di cui considera l'epistola XX). Anche questo volume si chiude con alcune recensioni, di opere attinenti alle fonti del diritto ed alla critica di esse.

Il terzo volume, di alto interesse per gli studiosi anche di diritto moderno, a cura del prof. Albertario, contiene tutti gli scritti di diritto romano ed attuale concernenti le obbligazioni, il negozio giuridico e le presunzioni. Si inizia col breve lavoro su *La colonia partiaria*, dove l'A. esamina, risolvendola affermativamente per l'epoca classica, la questione se la mercede, nella locazione, possa non consistere in pecunia numerata. Segue lo scritto *Sull'origine del contratto di società*, che l'A. studiò nelle sue varie forme, ricostruendo anche la formula dell'azione, e quello sull'origine del contratto di vendita. Viene poi l'ampio lavoro sulla *Storia e teoria del comodato nel diritto romano*, in cui l'A. si occupa, tra l'altro, assai largamente del tema della responsabilità, e degli argomenti, tanto travagliati più tardi, della *custodia*, della *diligentia*, della legittimazione dell'*actio furti*. Segue lo studio sulla *negotiorum gestio*, ed una nota, di diritto anche moderno, sulla *negotiorum gestio* a favore di un incapace, poi il lavoro sui *pacta*, in cui combatté la costruzione del *Manenti*, lo studio sulla *exceptio rei venditae et traditae*, due lavori, di cui l'uno in tedesco, sulla consunzione processuale dell'*actio de peculio*, la critica di una nuova teoria sulla revoca degli atti fraudolenti, e finalmente lo studio *A proposito di un libro del prof. Eisele sulla nullità dei contratti obbligatori per difetto di consenso*, e la nota *Sul valore giuridico della scommessa*.

È inserito poi un gruppo di lavori sul negozio giuridico: *Intenzione delle parti ed effetti del negozio giuridico*, *Sulla invalidazione*

successiva dei negozi giuridici, Intorno al 'concursus causarum lucrativarum',. Vengono finalmente gli studi sulle presunzioni: *Le presunzioni in diritto romano*, in cui esamina, con una rapida analisi, le varie ipotesi, *Note sulle presunzioni in diritto civile italiano, Ancora sulle presunzioni in diritto civile*, e finalmente la nota *Sulla presunzione di revoca del legato stabilita dall'art. 892 Codice civile*. Il volume si chiude con due recensioni.

Gli altri due volumi della raccolta conterranno gli altri scritti del Ferrini, sulle successioni (IV), sul diritto penale e su altri argomenti (V).

L'opera è molto diligentemente curata dagli insigni Editori — prescindiamo dai rilievi che si potrebbero muovere sulla ripartizione della materia, ed anche sulla distribuzione delle monografie in ciascun volume, perché tale distribuzione si sarà dovuta ispirare a vari criteri, imponderabili, e si saranno dovute presentare numerose difficoltà —, e rappresenta non solo un omaggio alla memoria del Grande, "Signore del domma e della storia", ma un'opera utilissima per gli studiosi, non più costretti a ricercare in collezioni non sempre facilmente accessibili gli scritti del Ferrini, utili a tutti i giuristi, indispensabili ai romanisti, nessuno avendo come Lui, secondo ha detto il Bonfante, abbracciato così largamente gli aspetti infiniti della disciplina del diritto romano.

U. BRASIELLO

BATTAGLINI G., *Principii di diritto penale in rapporto alla nuova legislazione. Questioni preliminari*. Soc. An. Istituto Editoriale Scientifico — Milano, 1929 - VII - Pagg. xx-266.

Questo primo volume tratta delle *questioni preliminari*, cioè di quelle questioni — come avverte il chiaro autore — che, "per il", loro carattere più generale, sono meno legate ad una legislazione, "determinata e al tempo stesso costituiscono sempre oggetto di vivo", interesse da parte di giuristi e di non giuristi di ogni epoca e di "ogni paese".

Il Battaglini affronta i problemi più ardui del diritto penale; la sua non lieve fatica è tanto più utile in questi tempi in cui vengono affermandosi nuove idealità e l'orientazione etico-religiosa dello

Stato, parallelamente alla tendenza ad ampliare la sfera dei suoi fini sociali e dei compiti di natura pubblica che esso intende perseguire e soddisfare, stimolano lo studioso ad un più profondo esame dei problemi fondamentali. Il giurista, ed ancora più il penalista giurista in attesa del nuovo codice, è perciò costretto a riandare al nocciolo di ogni questione e a rielaborare molti concetti per seguire il veloce cammino del legislatore e per armonizzarsi coi mutati criteri legislativi.

A questa necessaria esigenza si ispira anche il lavoro del Battaglini. L'attento esame critico delle varie dottrine criminali sorte in Italia, e più ancora l'esteso richiamo alla legislazione penale e ai progetti per il Codice penale italiano consentono all'Autore di additare gli sviluppi cui è giunta la dottrina in questi ultimi anni e di fissare chiaramente i diversi principi cui si sono attenuti i legislatori degli ex Stati italiani e pur quelli seguiti nei progetti del Codice penale unico (1864-1887), nel Codice penale italiano del 1889 e nel progetto Ferri del 1921. In questo ampio quadro trova pur posto il progetto Rocco del 1927 che si attiene ad un criterio eminentemente pratico nel conciliare il patrimonio tradizionale d'idee in materia penale con le esigenze nuove, che oggi sono poste al legislatore sia rispetto alla prevenzione sia rispetto alla repressione. Il nuovo ordine — bene avverte il Battaglini — vuole riaffermata energicamente in ogni campo l'autorità dello Stato e ristabilito il principio morale come cardine dell'ordine sociale (pag. 153). Su queste basi della riforma penale fissate da Alfredo Rocco si fonda il progetto del 1927 che il Battaglini ebbe già in alcuni punti ad esaminare (cfr. *Parere sul Progetto preliminare del Codice penale* presentato dalla Facoltà giuridica dell'Università di Pavia in "Studi nelle Scienze giuridiche e sociali", volume XII, 1928; *Alcune riflessioni sulle misure di sicurezza nelle Osservazioni intorno al progetto preliminare di un nuovo Codice penale*, nelle pubblicazioni dell'Università Cattolica, Milano, 1928, pagina 139 e segg.).

L'esame delle caratteristiche fondamentali del progetto quali l'aggravamento delle pene, il ripristino della pena di morte, il sistema delle pene accessorie, la maggior ampiezza del potere discrezionale del giudice, il nuovo sistema delle circostanze del reato, la soppressione della figura giuridica del reato continuato e del concorso formale o ideale di reati, il nuovo sistema delle misure di sicurezza ordinate in due classi: personali (distinte alla lor volta in detentive e non deten-

tive) e patrimoniali, che il legislatore considera come istituti di diritto amministrativo e di cui il progetto fa uso assai ampio (su ciò cfr. anche Rovelli, *Delle misure di sicurezza, osservazioni generali*, nelle pubblicazioni dell'Università Cattolica citate), come pure l'esame della parte speciale del progetto in cui si classificano i delitti secondo l'oggetto giuridico del reato, danno modo al Battaglini di saggiare la bontà del sistema e di proporre qua e là modificazioni e ritocchi.

Ciò è reso ancor più interessante dal continuo raffronto colle disposizioni del codice tuttora vigente e dal richiamo a criteri e a principî accolti in altri codici e in altri progetti. Tutta questa materia è sistemata nei capitoli II e III del volume.

I capitoli IV e V son dedicati al problema delle fonti del diritto penale e al problema della interpretazione della legge penale.

Il problema delle fonti del diritto penale ha sempre dato luogo a vivaci dispute. Per molti la sola legge è di per sé sufficiente a sopprimere tutte le difficoltà di interpretazione; e così con la codificazione si ritiene del tutto esaurito il compito del diritto naturale. Senza giungere agli estremi dello Geny, che combatteva una brillante battaglia contro l'esagerazione dell'elemento legale, il Battaglini vuole tuttavia “temperare un poco la eccessiva rigidità che ha dominato sin qui nelle costruzioni giuridiche”, ed anche “attenuare la ripugnanza dei giuristi per il diritto naturale”. “Poiché il diritto positivo è incompleto ed ha lacune, nel diritto penale rimane una finestra aperta al diritto naturale come fonte sussidiaria del diritto”.

Nel nostro regime di legalità, fonti del diritto penale sono: 1° la legge, in linea primaria; 2° gli atti legislativi dell'amministrazione, in linea complementare, cioè quegli atti dell'amministrazione che pongono norme giuridiche, diritto obiettivo (leggi in senso materiale). Non è invece fonte di diritto la consuetudine che per il diritto penale è solo un mezzo, un elemento di interpretazione, e neppur sono fonti di diritto la dottrina e la giurisprudenza.

Per bene intendere le ragioni che spingono il Battaglini a considerare il diritto naturale come fonte di diritto nella giustizia penale, occorre chiarire il concetto che ha l'autore del diritto naturale. Son note le gravi discussioni in proposito. Il Battaglini accede alla concezione cattolica del diritto naturale, per la quale il diritto naturale in senso obiettivo è inteso come quel complesso di norme etiche naturali, che disciplinano i rapporti sociali in base al principio di giustizia. Concezione questa ben diversa da quelle degli illuministi

francesi. Però “ la sfera del diritto naturale coincide solo in parte „ con quella della morale sociale (pagg. 11 e 196) e cioè in quella „ parte che riguarda ciò che è strettamente dovuto nei rapporti nostri „ con gli altri ”. Tale premessa, sulla quale più volte l'autore insiste, è assolutamente indispensabile per intenderne il pensiero e consente di afferrare il contenuto e lo sviluppo della dottrina del Battaglini. Altre conseguenze egli poi ricava: il diritto naturale è immutabile, non ha quindi un contenuto variabile; il diritto positivo e il diritto naturale non sono due legislazioni parallele.

La conclusione è che il diritto naturale è fonte di diritto tanto nella fase della formulazione legislativa del diritto quanto nella fase dell'applicazione giudiziaria.

Si capisce che occorre però intendersi sul concetto di *fonte di diritto*. Sono fonti quelle a cui il legislatore attribuisce espressamente carattere di imperatività giuridica, oppure anche gli *imperativi morali* a cui si uniformano il legislatore nel formulare la legge e il giudice nell'applicarla? Evidentemente la dottrina del Battaglini obbliga a rimeditare la questione delle fonti al di fuori degli schemi seguiti sin qui. La scienza è fatta di queste discussioni e da esse trae i suoi progressi.

Del resto nel lavoro dell'autore è già accennata una distinzione tra *fonti formali* e *fonti sostanziali*. Difatti al § 26 son ben distinte le fonti formali dai principi di giustizia; come pure è detto altrove che fonti in senso tecnico sono solo quelle che si riconducono alla volontà dello Stato (cfr. pag. 209). Il chiaro autore, d'altra parte, ben potrà tornare su questi concetti, per dare a tutta la interessante materia delle fonti uno sviluppo ancor maggiore.

Il diritto naturale ha pure importanza — e ciò può essere meno controverso, perché la ricerca dello spirito della legge tocca anche i problemi morali — nel momento dell'interpretazione del diritto penale vigente “ dato che questo non altro è che un complesso di „ norme, tratte essenzialmente dai principi di giustizia, e munite di „ coazione da parte dello Stato ” (pag. 231). Né mancano in diritto penale, malgrado il suo carattere piuttosto rigido, minuto, circostanziato, formule elastiche, variabili che consentono variabilità di soluzione: in una parola i così detti *standards*, che incontrano favore in America e in Inghilterra. Le formule elastiche debbono essere interpretate in base al principio della razionalità, posto in rapporto a tutte le circostanze che la individualità concreta della specie pre-

sentà. Ed è qui appunto che il diritto naturale è mezzo di interpretazione, giacché “ la razionalità non si può ricavare che da considerazioni di giustizia, aderenti ai dati di fatto „.

Questi in breve, i concetti esposti con ordine e chiarezza dal Battaglini nell'ultima parte del lavoro, dopo aver trattato della necessità dell'interpretazione, dell'interpretazione in rapporto al soggetto, ai mezzi e ai risultati.

Non è qui possibile un diffuso esame dell'opera; l'impostazione nuova e originale che il Battaglini dà ad alcuni fra i più scottanti problemi della scienza del diritto penale (che non si confonde con la scienza penale di cui parlano molti positivisti) e il metodo seguito (il Battaglini è un tecnico giurista) mi inducono tuttavia ad alcune brevi osservazioni, tanto più che, or non è molto, gravi appunti furono mossi a quell'indirizzo scientifico che va sotto il nome di tecnico giuridico (cfr. Spirito, *La concezione tecnico-giuridica del diritto penale*, in “ Nuovi Studi „, 1929, fasc. I, pag. 26 e segg.). Molti di questi appunti però non mi paion in tutto giustificati, né certo si potrebbe argomentare dal lavoro del Battaglini che, pur seguendo il metodo tecnico-giuridico, si richiama al diritto naturale, per rinforzare, a proprio vantaggio, l'accusa di inconsapevole e dogmatico eclettismo.

Certo il problema del metodo è fondamentale per lo studio e lo sviluppo della scienza del diritto penale, ma non si deve poi esagerarne la portata; neppure si deve pretendere che il giurista, in nome di un eccessivo ed ingiustificato rigore di metodo, debba straniarsi da elementi reali e concreti o debba dimenticare che il diritto penale, proprio nel suo aspetto positivo, regola rapporti sociali e atti essenzialmente umani. Il tecnico giurista non può costruire castelli in aria. La tecnica giuridica spinta all'eccesso lavora certo a vuoto; anche il metodo vuole la sua materia su cui porre l'edificio. Si può rispondere — non me lo nascondo — che la materia deve essere una sola per il tecnico-giurista: la legge positiva, onde solo da questo punto di partenza si deve risalire alla costruzione sistematica.

Ma la legge, appunto perché positiva, non è fine a sé stessa. Non far conto dell'ambiente entro cui deve operare o dei rapporti che deve regolare, impedire al giurista di vedere nella vita, sempre in nome del metodo, è pretendere troppo. Il sistema e il dogmatismo non possono porre nel nulla la realtà. Certo il penalista giurista studia rapporti astratti di volontà, ma egli pure non può costruire senza elementi vivi, così come non si unisce una pietra all'altra senza

cemento. Non vivificata da quegli elementi, la tecnica giuridica si trasforma in sterile verbalismo; l'eccessiva rigidità di metodo uccide lo spirito.

Non deve, d'altra parte, il tecnico giurista scalare le alte vette della filosofia: la scienza del diritto penale non si confonde con la filosofia. Il penalista giurista prende, dunque, per base di studio il diritto positivo; però non gli si può vietare di risalire a principî di ragione quel tanto che gli basti per comprendere gli istituti del diritto positivo. Ciò non annulla il principio del metodo, ciò non deturpa la costruzione; ma ne armonizza, invece, le linee in una sintesi viva e completa. Neppure invade altri campi perché — se quell'indagine si può chiamare filosofica — sgorga pur sempre dalla sola fonte dell'osservazione positiva; e questa non è per certo filosofia da strapazzo.

D'altra parte anche quando il tecnico giurista non si limita all'interpretazione della legge, ma risale ad una costruzione sistematica non deve dimenticare che il proprio lavoro è utile e proficuo solo quando il sistema si fonda su dati concreti. Non si può pensare che il metodo costruttivo possa operare miracoli: l'edificio, pur bello che sia, non rimane in piedi senza le fondamenta. Ma per porre le fondamenta non occorre scavarle oltre il necessario: è questione di limiti. In termini non differenti si pone il problema per il tecnico giurista.

Si ha un bel dire, per fare un esempio, che il giudice deve limitarsi ad applicare la legge, nient'altro che la legge. Chi medita però non solo sulle costruzioni dogmatiche, ma anche ha dimestichezza, pur poca che sia, con i sistemi pratici coi quali viene amministrata la giustizia (e ciò non può essere del tutto un danno per lo scienziato), ben sa che il giudice è anch'esso un uomo e molte volte preso alle strette fra il duro còmpito della rigida applicazione della legge e la propria coscienza s'attiene a questo secondo partito. Rispondono molti che il giudice fa male in quanto vien meno al suo ufficio. Sarà verissimo. Ma intanto chi frequenta le aule giudiziarie sa che ciò avviene: e avviene anche spesso.

Proprio giorni or sono mi è capitato di sentire un illustre Magistrato, che è pure Maestro di diritto, fare appello al fondamento morale della causa, come si suol dire, e tentar di girare in mille modi o di attenuare, se così si vuole, quella benedetta norma giuridica positiva che, nel caso pratico, non cadeva a proposito. Perché,

dunque, il tecnico giurista non dovrebbe tener conto di questi fatti, di questi altri elementi che talora, per così dire, superano la rigida norma di diritto? E perchè dunque il tecnico giurista, nella costruzione sistematica, non dovrebbe fare i conti, negando o tacendo il vero, con questi elementi, si chiamino poi essi principi morali, di giustizia, diritto naturale od altro ancora?

Ma vi sono anche altre ragioni. A mio avviso il problema del metodo non si pone in eguali termini per il diritto privato e per il diritto pubblico, in particolare per il diritto penale che è il complesso delle norme di diritto pubblico che regolano il rapporto fra lo Stato e il reo avente per oggetto la pena. Vi sono elementi che sfuggono alla stretta indagine giuridica del cultore del diritto privato; elementi — ancora — che per questi assumono una importanza assai relativa. Ma si provi invece il giuspubblicista a fissare le fondamenta del sistema giuridico pubblico, astraendo dalla concezione dello Stato e dei fini che questi intende perseguire e soddisfare in un dato momento storico! E si provi pure il giurista penalista a costruire l'impalcatura della scienza del diritto penale senza far calcolo che vi sono atti umani talmente riprovevoli e contrari ai principi di giustizia che furon sempre e sempre saranno, in ogni tempo, presso qualsiasi popolo, da tutti i legislatori, puniti, sia pur in diverso modo!

Questa che è viva realtà può dimenticare o è forse utile che il tecnico giurista lasci completamente da un lato in omaggio all'eccessivo rigore di metodo? Non lo credo e non mi pare possa giovare a qualsiasi indirizzo scientifico.

Perciò, appunto, il lavoro del Battaglini mi sembra tanto più pregevole: perchè senza essere ligio ad una scuola, senza dannosi artifici, temperando gli eccessi, con metodo di uomo di scienza, con l'animo dell'uomo che vive ed osserva quotidianamente i tormentosi problemi del diritto penale, costruisce il suo sistema giuridico su salde fondamenta.

L'eccessiva rigidità delle costruzioni giuridiche è efficacemente temperata nella dottrina del Battaglini. L'illustre Maestro di Pavia sembra giustamente preoccupato ad ogni istante non solo di penetrare a fondo ogni arduo problema, ma soprattutto di immettere nel sistema giuridico tracciato elementi vivi che valgano davvero a far luce. E chi legge, legge con piacere perchè sente che in quelle pagine v'è la verità e la realtà delle cose. Verità e realtà che rispondono anche alla formazione storica del nostro popolo, alla nostra civiltà, la quale

pone e risolve molti problemi ben diversamente di quanto siano posti o risolti da altre civiltà. Perciò appunto anche la questione del metodo o dell'indirizzo scientifico non può porre nel nulla il complesso delle condizioni ambientali; anche lo studioso di questo o quell'altro Paese sente e risolve il problema del metodo o dell'indirizzo scientifico ben diversamente, perché non può astrarre dalla civiltà del popolo cui appartiene ed alla quale l'animo suo si è formato ed educato. La necessità che il tecnico giurista nelle proprie costruzioni sistematiche abbia presente questo quadro è tanto più sentita per il diritto penale dove la soluzione dei problemi fondamentali risente certo, in maggior o minor misura, del modo di intendere la vita collettiva e dei principi diversi sui quali lo Stato fonda ed esplica l'esercizio della funzione punitiva.

D'altra parte anche là dove il più rigido sistema costruttivo sembrava aver raccolto maggior numero di consensi fra gli studiosi, ora si accenna ad introdurre elementi che, con maggior senso della realtà, valgano un poco a temperare l'eccessiva rigidezza nelle costruzioni sistematiche. E ciò naturalmente avviene, in special modo, nella trattazione del diritto penale.

Lo scopo quindi che il Battaglini si è proposto nel suo lavoro è pienamente raggiunto; e raggiunto con vantaggio.

Nuovi criteri legislativi tendono a mutare la disciplina dei rapporti della vita collettiva nostra; da questi nuovi criteri non deve rifuggire il giurista penalista nell'arduo lavoro costruttivo. Solo per questa via la sua fatica trova consenso e segna nuovi progressi per la scienza del diritto penale.

C. GIROLA

G. BALLADORE PALLIERI, *I Mandati della Società delle Nazioni*.
— Torino, Bocca, 1928. Pagg. 88 — L. 15.

Uno degli argomenti più complessi del diritto internazionale contemporaneo è senza dubbio quello dei mandati della Società delle Nazioni, soprattutto a causa della esistenza di numerosi problemi che fra loro si intrecciano in tal guisa che, mentre ciascuno di essi, isolatamente preso, sembra presentare una soluzione addirittura ovvia, la soluzione stessa appare invece inaccettabile per il fatto di trovarsi in contrasto con le soluzioni, altrettanto ovvie, degli altri problemi. La complessità e la difficoltà dell'argomento hanno, così, determinato il

fiorire di una larga letteratura, varia per metodo d'indagine e per valore scientifico, la quale si arricchisce ora, col lavoro del Balladore, di una sobria trattazione, che, dal punto di vista della costruzione giuridica, merita di essere annoverata fra quelle degne della maggiore considerazione.

Il punto centrale dell'argomento e, nello stesso tempo, il punto di partenza per la soluzione delle altre questioni che all'argomento stesso si collegano, non può non essere la determinazione del titolare della sovranità sui territori soggetti a mandato. Semplicissima è la soluzione che il Balladore dà a questo fondamentale problema. Nei mandati *A* esistono fin d'ora degli Stati autonomi indigeni, che vanno considerati titolari della sovranità sui rispettivi territori. Pei mandati *B* e *C*, invece, poiché le varie teorie proposte sul punto della determinazione del soggetto titolare della sovranità, che identificano tale soggetto o nella Potenza mandataria o nelle principali Potenze alleate e associate o nella Società delle Nazioni o nelle stesse comunità indigene, appaiono tutte inaccettabili e poiché altri possibili soggetti della sovranità non esistono, deve necessariamente trarsi la conclusione che i rispettivi territori non cadono sotto la sovranità di alcuno e debbono perciò qualificarsi *nullius*. Anche per essi, è vero, non meno che per i territori sotto mandato *A*, il Patto prevede le comunità indigene come soggetti ultimi e definitivi della sovranità; ma mentre nei mandati *A* le comunità indigene, essendo state riconosciute come soggetti di diritto internazionale, vanno considerate sin d'ora titolari della sovranità sui territori che abitano, nei mandati *B* e *C*, non essendosi reputato ancora possibile addivenire ad un tale riconoscimento, i territori compresi sono per intanto *res nullius* e destinati a restar tali fino al momento in cui si potrà operare un uguale riconoscimento per le comunità che le abitano.

Alla Potenza mandataria, escluso, pertanto, in ogni ipotesi, che essa possa considerarsi destinataria della sovranità sul territorio, non spetterà, nei mandati *A*, che una ingerenza nelle relazioni internazionali e nei rapporti interni dello Stato sottoposto a mandato, e, nei mandati *B* e *C*, un diritto personale avente per oggetto l'esercizio di determinati poteri nell'ambito di quei territori, che, per essere *nullius* e posti in condizione di inappropriabilità, non sono suscettibili di formare oggetto di diritti reali.

Come si vede, la costruzione in tal modo delineata, sebbene non vada, nello svolgimento, immune da obiezioni, appare seducente.

nella sua semplicità e rispondente, più che ogni altra, alla lettera e allo spirito del Patto. La trattazione prosegue con un opportuno adattamento del concetto di funzione all'attività svolta dallo Stato mandatario: nel mandato si avrebbe appunto una funzione esercitata da uno Stato singolo per il soddisfacimento di fini propri della intera collettività degli Stati partecipi della Società delle Nazioni, senza che con ciò si istituisca un rapporto di rappresentanza, di organicità o di mandato vero e proprio con la Società medesima. Notiamo a tale proposito come la giusta reazione della dottrina positiva contro l'abitudine invalsa di trasportare di peso nel campo del diritto internazionale concetti propri del diritto interno pubblico o privato, dopo aver adempiuto al suo compito indubbiamente salutare, ha fatto recentemente posto ad una tendenza la quale, senza disconoscere la insopprimibile diversità di struttura fra i due ordinamenti giuridici, tenta, dove questa diversità non lo vieta, di utilizzare concetti ed istituti già elaborati dalla dottrina del diritto interno. Il procedimento è senza dubbio legittimo, alla sola condizione che si adoperi in esso la massima prudenza, arrestandosi là dove le caratteristiche proprie dell'ordinamento giuridico internazionale rendono l'analogia inammissibile o pericolosa, o semplicemente sterile; esso è, poi, oggi favorito dalla esistenza di alcune organizzazioni (prima fra tutte quella della Società delle Nazioni), le quali ben possono fornire la base a concetti di carattere strettamente pubblicistico. A tali concetti appartiene quello di funzione; costituisce, perciò, un merito indubbio dell'A., a parte ogni apprezzamento critico in proposito, aver visto la possibilità di applicarlo nel campo dei nostri studi.

L'atto di conferimento del mandato è, per il Balladore, unilaterale (l'accettazione del mandatario è condizione dell'efficacia dell'atto di volontà del mandante, ma con questo non si confonde); la sua emanazione spetta alla Società delle Nazioni (altra questione è se la Società delle Nazioni sia obbligata verso le principali Potenze alleate e associate a dare all'atto di conferimento del mandato un determinato contenuto) e ad essa la Società dovrebbe provvedere per mezzo dell'Assemblea e non già per mezzo del Consiglio.

Abbiamo detto che le tesi prospettate dal Balladore non vanno immuni da obiezioni. Così sembra fortemente discutibile, per l'ordinamento giuridico internazionale, la distinzione fra diritti assoluti e diritti relativi, utilizzata dal Balladore per la determinazione della posizione della Potenza mandataria rispetto ai territori sottoposti a

mandato *B* e *C*. Si collega poi al concetto del carattere non necessariamente volontario del diritto internazionale, concetto pur esso professato dal Romano, le cui dottrine hanno esercitato manifesta influenza sulla trattazione del Balladore, quanto questi afferma in ordine agli Stati sottoposti a mandato *A*, ch'essi cioè in virtù dell'art. 22 del Patto " furono dal momento stesso nel quale sorsero soggetti del diritto „ internazionale, e soggetti posti, proprio ad opera del diritto inter- „ nazionale, e senza il menomo concorso della loro volontà, in una „ condizione di incapacità e di subordinazione verso il mandatario " (pag. 13). Affermazione inaccettabile da chi parta da diversi presupposti teorici, poichè il rapporto intercedente fra Stato mandatario e Stato soggetto a mandato in tanto può essere disciplinato dal diritto internazionale (e, in tale ipotesi, di rapporto di subordinazione non sarebbe in verità nemmeno a parlarsi), in quanto riposi sul concorso delle volontà di entrambi i subietti; indipendentemente da siffatto concorso non potrebbe aversi che un rapporto di dipendenza rilevante per il diritto interno dello Stato mandatario.

GAETANO MORELLI

MUZIO PAMPALONI

Il 14 gennaio u. s. moriva in Pisa Muzio Pampaloni, professore onorario di questa Università.

È scomparsa così una grande e silenziosa figura di Romanista, uno studioso insigne e modesto, che ha avuto lunghi anni di produzione feconda, ed ha arrecato notevoli contributi alla scienza.

Nacque a Prato il 12 gennaio 1855. Fin dal 1881 fu incaricato di diritto romano e di storia del diritto ad Urbino: entrato poi in ruolo nel novembre 1883, fu per breve tempo a Macerata, per parecchi anni a Siena, poi a Torino, e finalmente fu chiamato, nel 1897, a Pisa, dove, come titolare prima della cattedra di Istituzioni di diritto romano, e poi, dal 1919, di quella di Pandette, rimase fino alla sua morte.

Pur essendosi formato in un'epoca in cui il metodo critico incominciava appena ad essere applicato, il Pampaloni se ne impadronì subito, apportando allo studio generale di esso suoi contributi personali, e se ne avvalse con acutezza, vagliando le fonti e rilevando interpolazioni ed elaborazioni. La materia del furto, quella dei modi di acquisto a titolo originario, dell'usufrutto e del quasi usufrutto, e molti altri argomenti furono da lui trattati largamente e profondamente. Non solo i Suoi lavori sono ancora oggi consultati con vera utilità, ma molte volte i risultati delle Sue indagini non sono stati superati, e ad essi può attingersi come a vena di perenne freschezza.

Diamo l'elenco dei Suoi scritti:

Contributo alla determinazione degli emblemi nelle Pandette ("Archivio Giuridico", 55, pag. 500 e segg.; 56, pag. 3 e segg.).

Il futuro codice civile germanico e il diritto romano (Firenze, 1888).

Valore relativo dei tre codici (*Questioni di diritto giustiniano*, I, in

"Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", 49, pag. 201 e segg.).

Persone in causa mancipii, nel diritto romano giustiniano ("Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano", 17, pag. 123 e segg.).

Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano e odierno ("Bull. Ist. Dir. Rom.", 4, pag. 197 e segg.).

- Sulla condizione giuridica dello spazio aereo e del sottosuolo nel diritto romano e odierno* ("Arch. Giur.", 48, pag. 32 e segg.).
- Il concetto giuridico del tesoro in diritto romano e odierno* (volume per il centenario dell'Università di Bologna).
- Osservazioni sopra la teorica dell'avulsio* ("Arch. Giur.", 32, pag. 167 e segg.).
- Sopra l'isola formata per avulsione nei fiumi* (Prato, 1885).
- Ancora sopra la teoria dell'avulsione* ("Studi Senesi", 3, pag. 121 e segg.).
- La legge delle XII Tavole de tigno iuncto* ("Arch. Giur.", 30, pag. 253 e segg.; 31, pag. 41 e segg. e pag. 399 e segg.).
- Ancora sopra la legge de tigno iuncto* (eod. 34, pag. 153 e segg.).
- Sopra il significato delle parole 'ferruminare', e 'adplumbare', nelle Pandette e sopra il fondamento giuridico dell'acquisto di proprietà per ferruminazione* (eod. 23, pag. 223 e segg.).
- Osservazioni sull'art. 469 cod. civile italiano* ("Studi Senesi", XI).
- Le spese ordinarie e straordinarie* (Questioni di diritto giustiniano, II, in "Riv. It. Scienze Giur.", 49, pag. 205 e segg.).
- Le spese nella servitù di usufrutto e di uso* (id. III, eod. pag. 219 e segg.).
- Jus tollendi* (id., IV, eod., p. 232 e segg.).
- Sulla 'vindictio gregis', in diritto romano* (eod. 10, pag. 268 e segg.).
- Il concetto classico dell'usufrutto* ("Bull. Ist. Dir. Rom.", 22, pag. 109 e segg.).
- Il diritto dell'usuario al godimento dei frutti; Fructus sine usu; Oggetto dell'usufrutto e facoltà di cessione dell'usufruttuario* (Questioni di diritto giustiniano, V, VI e VII, in "Riv. It. Sc. Giur.", 49, pag. 241 e segg.).
- Le servitù personali affini all'usufrutto* (id., X, eod. 52, pag. 168 e segg.).
- Sull'oggetto del quasi usufrutto* ("Bull. Ist. Dir. Rom.", 19, pag. 85 e segg.).
- Osservazioni esegetiche alle ll. 3 § 9, 12, 18; pr. D. 43, 16* ("Studi Senesi", 5, pag. 154 e segg.).
- Sulla teoria del beneficium competentiae nel diritto romano* ("Studi per Schupfer", I, pag. 59 e segg.).
- Sul calcolo della 'competentia', nel c. d. 'beneficium competentiae', nel diritto romano* ("Studi Senesi", 15, pag. 223 e segg.).
- Il 'beneficium competentiae', e il calcolo del suo oggetto* (Questioni

- di diritto giustiniano*, XI, in "Riv. It. Sc. Giur. ", 52, pag. 198 e segg.).
- L'eccesso di mandato e le scuole classiche di giurisprudenza* ("Bull. Ist. Dir. Rom. ", 20, pag. 210 e segg.).
- Studi sopra il delitto di furto. L'actio de tigno iuncto, e il delitto di furto* ("Bull. Ist. Dir. Rom. ", 21, pag. 205 e segg.).
- La complicità nel delitto di furto* ("Studi Senesi ", 16, pag. 19 e segg.).
- Continuazione e ripetizione di furto* (eod. 9, pag. 371 e segg.).
- Sopra la condictio furtiva* ("Studi Senesi ", 16, fasc. III-IV).
- Sopra alcune azioni attinenti al delitto di furto: actiones furti utiles* (eod. 17, pag. 149 e segg.; pag. 253 e segg.).
- Il furto improprio e la teoria del possesso* (eod. 9, pag. 235 e segg.; pag. 311 e segg.).
- Furto di possesso e furto di uso* (eod. 10, pag. 77 e segg.; 11, pag. 145 e segg.).
- Il possesso di mala fede in rapporto al delitto di furto* ("Arch. Giur. ", 28, pag. 156 e segg.).
- Sulla L. 27, § 14, ad L. Aquiliam 9, 2* ("Bull. Ist. Dir. Rom. ", 3, 241 e segg.).
- Osservazioni esegetiche sulla L. 23 § 1; 27 § 5; 55 D. 9, 2* (eod. 32, pag. 387 e segg.).
- Amministrazione dei beni parafernali (Questioni di diritto giustiniano, IX, in "Riv. It. Sc. Giur. ", 52, pag. 162 e segg.).*
- Studi sull'istituzione di erede* ("Studi Senesi ", suppl. al n. 5, pag. 39 e segg.).
- Assis distributio, (Questioni di diritto giustiniano, VIII, in "Riv. It. Sc. Giur. ", 52, pag. 131).*
- La collazione del denaro secondo l'art. 1025 del Codice civile italiano* ("Studi Senesi ", 1. 6, pag. 32 e segg.).
- Rapporti giuridici condizionali e legge falcidia* ("Bull. Ist. Dir. Rom. ", 21, pag. 180 e segg.).
- Sul prelegato a favore dell'erede fiduciario* ("Studi Serafini ", pag. 451 e segg.).
- La nuda proprietà nella dottrina dei legati* ("Mél. Girard ", pag. 331).
- Interpretazione della L. 63 de donatione inter virum et uxorem* ("Arch. Giur. ", 28, pag. 156 e segg.).
- Note bibliografiche e recensioni (in varie Riviste).*

FRANCESCO BRANDILEONE

La storia del diritto italiano è scienza tanto recente, che la generazione dei nostri padri poté conoscere anche i primi tra i suoi cultori italiani. E se si tolgono lo Sclopis, scomparso nel '78, il Pertile, nel '95, il Nani, nel '99, gli altri grandi Maestri vissero tanto da potere, nei loro anni estremi, insegnare a noi che siamo ancora tra i giovani. E, ascoltandoli, s'era costretti a ripensare quale poderosa costruzione quegli storiografi fossero stati capaci di elevare dalle fondamenta, nel giro di pochi decenni; e con quale valore e fortuna essi avessero affermato il dominio della scienza italiana in un campo dove gli stranieri erano sempre stati presenti e, per qualche tempo, preponderanti. Perciò si guardava con ammirazione, e quasi con orgogliosa tenerezza a quei Maestri che, giunti alla loro sera, ancora tenevano fede, scrivendo e insegnando, alla missione di tutta la vita.

Purtroppo in questi ultimi anni la Morte ha rapiti parecchi di essi. Dopo la scomparsa, prematura e che pare ormai lontana, di Augusto Gaudenzi, mancarono lo Zdekauer, Francesco Schupfer, Alberto Del Vecchio, Pasquale Del Giudice e Giuseppe Salvio la cui recente e repentina dipartita privò gli studi di storia delle istituzioni economiche di un cultore autorevole e fecondissimo.

E il 18 aprile di quest'anno si spegneva Francesco Brandileone. Era nato a Buonabitacolo (Salerno), nel 1858, aveva compiuto a Napoli gli studi superiori; aveva poi insegnato nelle Università di Sassari, Parma, Bologna; insegnava ora in quella di Roma. A Napoli ritornò per morirvi.

La sua fu una esistenza consacrata alla scienza. Non l'avevano distratto cure professionali né uffici politici. E anche la sua casa, ricca di libri, appariva al visitatore come la silenziosa officina di chi vive studiando e scrivendo.

Frutto di questa vita, tutta volta ad un segno, fu una produzione vasta, ma soprattutto originale ed organica.

I suoi lavori principali possono essere raggruppati attorno ad alcuni punti fondamentali della storia del nostro diritto. E, anche da un gruppo all'altro di quegli scritti, passa quasi sempre un legame, che non è subito palese, ma che, ravvisato, ci fa accorti dei saldi criteri direttivi che presiedevano all'opera sua.

Per la storia del diritto dell'Italia meridionale, vanno ricordati i lavori: *Il diritto romano nelle leggi normanne e sveve del Regno di Sicilia* (1884); *Il diritto greco-romano nell'Italia meridionale sotto la dominazione normanna* (1886); *Sulla data del 'pactum, giurato dal duca Sergio ai Napoletani* (1900). Colla collaborazione del Puntoni curò l'edizione del bizantino-calabrese *Prochiron legum*, e tenne poi sempre a mettere in valore l'importanza che il diritto bizantino ebbe nello svolgersi del diritto italiano. Così mostrò particolare compiacenza perché un suo discepolo (suo e del Costa), l'Albertoni, si specializzava negli studi di tale diritto; e ancora l'ultimo scritto che licenziò per le stampe fu, se non erro, uno scritto riguardante il diritto bizantino: cioè una lunga esposizione e critica delle conclusioni di tre pubblicazioni del Freshfield sull'Ecloga di Leone l'Isaurico ("Rivista di Storia del Diritto Italiano", 1928, fasc. 3).

La tendenza non diventò però preconcelto; egli fece sempre equa parte a quello che poté essere l'influsso del diritto germanico negli stessi territori bizantini. Così — avesse ragione, o meno — nelle sue *Note sull'origine di alcune istituzioni giuridiche in Sardegna durante il Medioevo* (1902) non fu alieno dal ravvisare la natura germanistica di istituti che altri reputava continuazione e trasformazione di ordinamenti bizantini, o, comunque, immuni da elementi barbarici.

Fra i tratti più caratteristici del suo sistema, ricordiamo la presa di posizione nei riguardi del diritto romano volgare e del così detto "elemento italico", che contribuì alla formazione del diritto italiano. Aveva idee ferme e non celava il suo scetticismo verso le ardite costruzioni degli altri (si veda, p. es.: *Il diritto romano nella storia del diritto italiano*, "Archivio Giuridico", 1921).

Il suo spirito critico e l'indagine, sempre aderente alle fonti, ebbero campo di esercitarsi specialmente negli scritti riguardanti la storia delle obbligazioni e del documento, che tengono il posto centrale nella sua produzione: *Origine e significato della 'traditio chartae*, (1907); *Le così dette clausole al portatore nei documenti medievali italiani* (1903, 1905, 1914); *Sulla supposta 'obligatio litterarum, nell'antico diritto greco* (1920); *La 'stipulatio, nell'età imperiale e durante il Medioevo* (1928). Penso che Egli tenesse specialmente a questa parte della sua opera. Forse lo storico e il critico futuro apprezzeranno come più fecondi e definitivi gli scritti suoi sul diritto dell'Italia meridionale; ma il tema che in quegli altri lavori veniva affrontato e per tanti versi illuminato, era veramente fondamentale e di più vasto interesse.

Fuori dal campo degli studiosi di storia del diritto, la notorietà gli venne soprattutto dal grosso volume: *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia* (1906). Il temperamento dell'uomo si rifrange nell'opere sue, come in un prisma. Leggendo quel libro, vien fatto di pensare che cosa sarebbe diventato quel tema, affidato all'esuberante genialità dell'autore di *La famiglia italiana nei secoli XV e XVI*. Ma, pel Brandileone, anche quando si accostava alla storia del folclore e della civiltà, il punto di vista, il metodo e lo stile restavano sempre quelli del lucidissimo ma pacato e dogmatico osservatore del fenomeno giuridico.

Quel suo lavoro può essere senz'altro collocato vicino agli altri suoi: *Sulla storia e la natura della 'donatio propter nuptias'*, (1892), *Studi preliminari sullo svolgimento storico dei rapporti patrimoniali tra coniugi* (1901).

A Bologna il Brandileone insegnò per anni il diritto canonico. E anche alla storia di esso contribuì, direttamente e indirettamente, sia coi ricordati lavori di diritto matrimoniale, o con quello su *I lasciti per l'anima e la loro trasformazione* (1911), sia affrontando qualche elegante problema, come quello prospettato nei Rendiconti dell'Accademia dei Lincei (ser. VI, vol. II): *Perché Dante colloca in paradiso il fondatore della scienza del diritto canonico*.

Non inferiori ai meriti dello scrittore sono quelli dell'insegnante. Francesco Ercole fu scolaro anche suo. In questi ultimi anni, quasi presagisse vicino il termine della sua giornata, Francesco Brandileone parve moltiplicare la sua attività di Maestro, perché, dopo la stasi provocata dalla guerra, agli studi di storia del diritto italiano fosse assicurato un più largo concorso di giovani, e perché nella *Rivista*, da lui recentemente fondata colla collaborazione dei senatori Calisse e Tamassia, questi studi trovassero finalmente il centro e l'organo, da tanti e da tanto tempo auspicati.

Ai giovani suoi discepoli, che molto l'amavano e ne erano riamati, l'onore di tener alto il nome del Maestro. L'attico spirito di Lui non solo sopravviva nel loro rimpianto, ma si trasfonda in quelle opere che Egli attendeva da essi con desiderio e con fiducia.

G. P. B.

Direttore responsabile: Luigi Renzetti.

Coi tipi della Società Tipografica Editrice Urbinate — Urbino