

che avesse l'obbligo di dimostrare che l'uso fosse fatto a fine disonesto e con effetto per essa dannoso. Onde l'azione per concorrenza illecita, che può esplicarsi in tanti modi quanti ne può concepire la malizia umana, è ammessa anche di fronte ad un semplice pericolo e ad una eventualità di danno.

Afferma inoltre la corte, che se la preparazione non fosse stata veramente identica e si fosse spacciata per tale, la ditta avrebbe avuto ragione a dolersi; ma nel caso non si verificava tale ipotesi; però non dà alcuna dimostrazione di questa gratuita affermazione; così che l'identità della preparazione, solo arbitrariamente asserita dal Trusciatti, viene ritenuta senz'altro dalla corte, senza cercare di giustificarla in alcun modo e senza che in fatto tale identità di preparazione fosse accertata in modo indiscutibile. Per lo che si ha un altro difetto di motivazione.

Infine la corte, col dire che il pubblico avrebbe ignorato l'identità di preparazione dell'una e dell'altra emulsione se Trusciatti non l'avesse avvertito che la sua era sul tipo di quella Scott, viene ad ammettere la necessità dell'uso del nome Scott. Ma la ditta aveva cercato dimostrare largamente l'inesistenza di qualsiasi legittimo motivo valido a giustificare per il Trusciatti l'uso del nome Scott e provare che il solo motivo si era quello di fruire del credito di quel nome; ed il tribunale da sua parte aveva pur con ampio ragionare cercato dimostrare l'assenza della necessità, concludendo che il fabbricante che si avvaleva non solo della formola della ditta Scott, ma pur del nome di lei, non poteva aver che l'intendimento di sfruttare la notorietà legata a quel nome. Era quindi obbligo della corte dimostrare l'esistenza della ritenuta necessità, nel senso ammesso dalla dottrina e giurisprudenza; e che, nella specie, ne concorressero i termini; e doveva quindi rispondere agli argomenti contrari della ditta e del tribunale, specialmente a quelli per i quali si dimostrava che il preparato era determinato in modo tecnicamente preciso ed in tutta la sua consistenza dalla locuzione: " Emulsione di olio di fegato

(1-2) Questa stessa causa, cui si riferisce la sentenza della corte d'app. di Venezia 20 dicembre 1900, inserita in *Giur. it.*, 1901, I, 2, 529, ha dato pur luogo ad una sentenza della cassazione di Roma, sul tema della competenza, che è opportuno riportare:

Cass. Roma, 12 agosto 1902.  
(Sezioni unite).

PAGANO P. Presidente — JANIGRO Estensore.

Competenza civile — Atto amministrativo — Illuminazione pubblica — Modificazione nel sistema — Revoca dell'atto — Incompetenza giudiziaria — Azione di danni — Competenza — Legge 20 marzo 1865, all. E, art. 2 e 4.

*È incompetente l'autorità giudiziaria a ordinare la revoca o modificazione del provvedimento con cui un comune introduce innovazioni al sistema per cui è regolato un pubblico servizio affidato per l'esercizio ad una società privata (nella specie sostituendo i beccucci Auer ai beccucci ordinari nei fanali della città).*

*Essa può tuttavia conoscere dell'azione di danni, proposta dalla società concessionaria per la lesione dei patti contrattuali operata con quel provvedimento.*

Attesochè la questione sollevata col predetto ultimo mezzo del ricorso, il solo che può formar materia di dibattito innanzi

di merluzzo agli ipofosfiti di calce e soda », per cui non vi era bisogno di valersi del nome Scott. Ma la corte si limitò a fare quella semplice assertiva sopra cennata, senza curarsi di rispondere alle molteplici osservazioni contrarie, per cui venne meno all'obbligo di dimostrare il concorso, nella specie, degli estremi della necessità di adoperare quel nome, che sola poteva dare all'industriante la facoltà di avvalersi del nome altrui; necessità che nella specie si escludeva precipuamente, per avere il prodotto una denominazione sua propria nel linguaggio scientifico e comune, adoperata nelle principali case farmaceutiche.

Per questi motivi, cassa, ecc.

Cass. Firenze, 22 dicembre 1902.

CANONICO P. Presidente — MUNARI Estensore.

COMUNE DI VENEZIA — SOCIETÀ CIVILE

PER LA ILLUMINAZIONE A GAS DI VENEZIA.

Comune — Illuminazione pubblica — Accollo esclusivo — Determinazione della forma dei beccucci — Violazione di contratto — Atto d'impero — Irrevocabilità — Risarcimento dei danni — Legge 20 marzo 1865, alleg. E, art. 1.

*Ove un comune abbia per contratto accollato esclusivamente ad un privato l'illuminazione pubblica a gas determinando la misura e la forma dei beccucci non può modificare il sistema dei beccucci, sostituendo come nella specie ai becchi a ventaglio i becchi Auer (1).*

*Quand'anco questa sostituzione costituisca un atto d'impero non revocabile dal giudice, essa, come contraria alle obbligazioni contrattuali, dà luogo al risarcimento dei danni a favore del privato appaltatore (2).*

le sezioni unite, spettando l'esame degli altri alla corte di casazione territoriale (art. 5 della legge 31 marzo 1877), mena a ricercare se l'atto onde il comune di Venezia ebbe ad ordinare che ai fanali destinati alla illuminazione della città si venissero applicando i beccucci Auer costituisca un atto amministrativo o sia invece un atto di gestione.

Egli è ormai *ius receptum* che per giudicare della natura degli atti che si compiono dagli enti di ragione pubblica, quali i comuni e le provincie, occorre ricercare se essi mirano alla conservazione e modificazione del loro patrimonio, o se invece siano intesi a provvedere a quei bisogni di pubblico interesse, di cui la legge ha loro affidato la cura ed il governo; nel primo caso gli enti suddetti *iure privatorum utuntur*, e quindi gli atti che essi compiono vanno giudicati alla stregua del diritto comune, e come tali ricadono sotto tutte le sanzioni da questo stabilite; nel secondo caso, per contrario, gli atti che essi vengono ponendo in essere, sono veri e proprii atti del governo, e quindi non modificabili, nè revocabili dal giudice ordinario, neanche quando siano lesivi del diritto altrui, ma solo soggetti ad essere discussi innanzi ai tribunali all'unico effetto di ottenere la riparazione del danno da essi derivato, giusta quanto testualmente dispone il predetto articolo 4 della legge sul contenzioso amministrativo. Ora alla stregua di un tal principio, l'atto del comune di Venezia non può altrimenti

Giur. it., 1903

Attesochè col *secondo mezzo* si deduce la violazione e la falsa applicazione degli articoli ivi indicati perchè la corte non riconobbe che trattavasi, nel caso in esame, di contratti di diritto pubblico, nei quali è sempre insito il concetto di una facoltà riservata all'autorità pubblica di sciogliersi perfino dall'obbligazione per la più libera esplicazione dei pubblici servizi,

venir definito che come un vero e proprio atto amministrativo, scopo e contenuto del medesimo essendo il miglior funzionamento di un pubblico servizio, qual è senza dubbio quello dell'illuminazione della città.

È bensì vero che a questo servizio già il comune aveva provveduto stipulando analogo contratto con la società resistente, ma la preesistenza di questi vincoli contrattuali non denatura l'atto suddetto; essa potrà venire invocata come ragione di risarcimento di danni, dato che la modificazione introdotta dal comune nel servizio della pubblica illuminazione si riconosca lesiva dei diritti della società, ma non può essere messa innanzi per obbligare il comune a rimettere le cose nel pristino stato, imperocchè l'accoglimento di una tale domanda si risolverebbe nella revoca dell'atto ond'esso nel pubblico interesse credè di regolare per l'avvenire il servizio suddetto, facoltà cotesta che da nessun contratto poteva togliersi senza attaccare nella sua radice quel *ius imperii* che la legge riconosce ai comuni nelle materie attinenti ai pubblici servizi.

Se potesse prevalere la teoria della società resistente, le pubbliche amministrazioni sarebbero condannate all'immobilità, con grave danno della cosa pubblica, la quale può bene spesso richiedere che per determinate circostanze, la cui estimazione è demandata ai pubblici poteri, un dato servizio pubblico debba essere regolato in modo affatto diverso da quello osservato per lo innanzi. Non potendosi dunque negare all'atto compiuto dal comune la qualità che gli viene dall'intima sua natura, la qualità cioè di un vero e proprio atto amministrativo, forza è riconoscere che la domanda della società, se rientrava nei limiti della competenza dell'autorità giudiziaria in quanto mirava a far riconoscere lesivo del suo diritto l'atto suddetto, ne esorbitava manifestamente in quanto era diretta ad ottenere la condanna del comune a rimuovere dai fanali della pubblica illuminazione i beccucci Auer, e rimettere le cose nel pristino stato.

Per questi motivi, cassa, ecc.

#### Le concessioni per l'illuminazione pubblica.

Una controversia circa la portata delle convenzioni per la pubblica illuminazione comunale, quand'anche vogliasi menare per buona la tesi, che la materia in disputa può formare e forma effettivamente oggetto di un contratto, involge indubbiamente questioni di interpretazione contrattuale di notevole importanza. E l'esperienza di altre numerose cause, analoghe od identiche, la constatazione della uniformità di contenuto delle convenzioni per la pubblica illuminazione, l'esame anche sommario dell'odierna specie di fatto ci convincono che tale interpretazione non deve essere stata felice in quella sede nella quale era lecito farla sovraneamente. Si è estesa anzitutto oltre ogni ragionevole misura la portata del preteso accollo esclusivo o privilegio della pubblica illuminazione fino a comprendervi non solo la fornitura del gas, ma anche quella dei beccucci e fino a non ammettere il contemporaneo obbligo di fornire i beccucci di nuova invenzione. Perchè la convenzione determinava il numero delle lampade, il tipo di esse (becco a ventaglio), i minimi di consumo per ogni lampada, si è voluto da ciò desumere che tali indicazioni fossero non già esemplificative, ma tassative, in modo che dal minimo di consumo di ogni lampada si potesse desumere un minimo di consumo complessivo ed invariabile nel caso di applicazione di beccucci più economici. Eppure è noto che i privilegi, se pur sono leciti e danno luogo a contratti, vanno interpretati restrittivamente. Eppure

onde l'applicare a simili concessioni la immutabilità assoluta nei termini professati dalla corte è contrario alla legge; immutabilità che non è poi nemmeno ammessa nei rapporti di diritto privato quando trattasi di convenzioni aventi, come nella specie, tratto successivo di lunghissima durata, in quanto la clausola *rebus sic stantibus* è sempre sottintesa in simili convenzioni.

altro è il fissare, nell'interesse del comune, il numero delle lampade e il loro minimo di consumo, altro è l'argomentare che tali determinazioni sono scritte nell'interesse dell'accollatario e invece di costituirne un obbligo, ne costituiscono addirittura un diritto. Eppure, finalmente, mentre il contratto o i contratti, vigenti a Venezia, classificavano le lampade in tre categorie con consumo rispettivo di litri 125, 95 e 75 all'ora (contratto 14 dicembre 1864, art. 2) e consentivano al comune di sopprimere o ridurre i fanali (art. 3); mentre risultava che il consumo del gas, coll'applicazione del becco Auer dava un consumo di litri 92 e 72 prima o dopo la mezzanotte a seconda della pressione, che il comune era pronto a liquidare il compenso secondo un consumo di litri 95 e 75, che quindi trattavasi di portare i fanali dalla prima alla seconda o terza categoria, è strano che siasi riscontrato su tale fatto una violazione contrattuale.

Ma non è di ciò che in nota a sentenze di cassazione vogliamo e possiamo intrattenerci *ex professo*: bensì dei concetti fondamentali di diritto, a cui le sentenze stesse si ispirano.

Le due pronuncie una volta di più dimostrano quanto sia priva di buoni risultati pratici la distinzione tradizionale tra atto di impero e atto di gestione: anzi provano quanto essa sia pernicioso pel modo con cui è intesa generalmente, e come sia tale da distruggersi da sé. Certamente vi sono rapporti giuridici fra l'amministrazione e i cittadini in cui l'amministrazione si comporta essa pure come un privato; cioè rapporti giuridici con oggetto commerciabile che svolgonsi sotto il regime della libertà e della concorrenza; vi sono altri rapporti che hanno contenuto talora valutabile dal punto di vista patrimoniale, ancorchè non commerciabile, tal'altra soltanto morale, i quali non si svolgono nel regime di libertà e di concorrenza, ma bensì sotto quello di coercizione e di monopolio per parte dell'amministrazione. Gli atti che danno luogo alla prima categoria di rapporti si possono chiamare atti di gestione, gli altri atti di impero. L'unica conseguenza da trarsi da questa distinzione è però soltanto quella, che i primi sono nella loro sostanza disciplinabili e disciplinati dal diritto privato, i secondi dal diritto pubblico. Qualunque altra conseguenza che dalla distinzione anzidetta si voglia dedurre è pernicioso e falsa nel nostro diritto. Trarne un criterio per la competenza dei tribunali ordinari non è lecito, giacchè l'art. 2 della legge sul contenzioso amministrativo deferisce a questi tribunali la conoscenza delle controversie « nelle quali si faccia questione di un diritto civile e politico comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione e ancorchè sieno stati emanati *provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa* », cioè ancorchè ci si trovi in presenza di atti d'impero. Trarne un criterio per determinare se l'amministrazione incorra o no in responsabilità, la incontri per atti di gestione, vi sfugga per gli atti d'impero, è altrettanto errato. La responsabilità è una conseguenza della illegittimità di un atto; allorchè sia provato che un atto è illegittimo secondo la legge che lo regola, sia essa di diritto privato o pubblico, è giuocoforza indurre la responsabilità di chi ha posto in essere l'atto stesso, senza di che il diritto sarebbe privo di sanzione e cesserebbe di essere diritto.

Ora, se la legge citata sul contenzioso ammette che un atto amministrativo lesivo di un diritto politico (epperò certo un atto d'impero) può dar luogo ad azione contro l'amministrazione ad istanza della parte lesa (art. 2 e 4), ciò implica che gli atti d'impero inducono essi pure responsabilità e responsabilità diretta dell'amministrazione, nessuno dubitando che

Attesochè però anche questo *secondo mezzo* non ha alcuna consistenza giuridica. I contratti, per quanto sieno fatti da una pubblica amministrazione e per iscopo di pubblico servizio, sono sempre contratti essenzialmente di diritto privato. La pubblica amministrazione assume le stesse obbligazioni, acquista gli stessi diritti e si sottopone alle stesse leggi dei

tale responsabilità nasca dagli atti di gestione. Se spesso gli atti d'impero non danno luogo a competenza giudiziaria e a responsabilità, ciò dipende dal fatto che essi sono non di rado discrezionali; che pertanto, finchè si muovono nell'ambito della discrezionalità senza violarne i legali confini nella forma e nella sostanza, essi possono essere inopportuni ed ingiusti non già illegittimi, e perciò non danno luogo a competenza dei tribunali perchè non violano il diritto subbiettivo di alcuno, ma un mero interesse; non danno luogo a responsabilità perchè la responsabilità presuppone l'*iniuria*.

Ma dove la distinzione è più particolarmente contraddittoria e perniciosa è quando essa vuol riconoscere agli effetti della competenza e della responsabilità l'esistenza di atti misti di gestione e di impero. *A priori* ciò è impossibile, data la definizione: se atto di gestione è atto con contenuto commerciabile svolgentesi in regime di libertà e di concorrenza, e atto d'impero atto con contenuto non commerciabile in regime di coazione e di monopolio, non può farsi fusione alcuna fra cotali entità di cui tutti gli estremi sono antitetici. Di ciò le due decisioni sovra riferite offrono mirabile esempio.

In ordine ad esse, in ordine soprattutto alle premesse ormai indiscutibili emergenti dalla sentenza di appello, il comune di Venezia avrebbe assunto verso la società del gas l'obbligo di lasciare ad essa la cura dell'illuminazione stradale con tutti i mezzi e i sistemi possibili, sia quanto alla materia illuminante, sia quanto alla forma dei beccucci, e l'obbligo di non provvedere direttamente nè indirettamente a mezzo di altri al servizio pubblico dell'illuminazione con qualunque sistema.

L'atto con cui quest'obbligo sarebbe stato assunto, il negozio giuridico avente l'oggetto suindicato, sarebbe secondo la sentenza un contratto, un atto di gestione. Ma viceversa l'atto con cui, per ragioni di pubblico decoro, di pubblica sicurezza, il comune di Venezia avrebbe disposto che l'illuminazione si facesse col beccuccio Auer sarebbe un atto di impero, in quanto provvede al buon andamento di un pubblico servizio. Ecco la contraddizione insanabile.

Se il negozio giuridico posto in essere dal comune di Venezia assumendo l'impegno di non affidare ad altri il servizio della illuminazione e di non provvedersi con mezzi diversi da quelli preveduti è atto di gestione, l'oggetto suo deve essere commerciabile, deve essere tale che qualunque privato avrebbe potuto dedurlo in contratto; ma allora la violazione di quest'obbligo è a sua volta un atto di gestione illegittimo. Se l'impegno assunto, in quanto vincola la discrezionalità dell'amministrazione nella esecuzione di un pubblico servizio, è un oggetto speciale che soltanto può appartenere ad un ente pubblico, può affettare l'interesse collettivo, ed allora esso non è un oggetto permutabile, commerciabile, e un provvedimento che vi si riferisca è un atto d'impero; allora tutto il negozio giuridico deve essere un atto d'impero, perchè gli atti di gestione non possono avere contenuto non commerciabile in regime di libertà e concorrenza.

E veramente la seconda proposizione del dilemma appare la sola esatta; e se di essa fosse stato tenuto conto molte notevoli conseguenze ne sarebbero derivate.

Indubbiamente la pubblica amministrazione può convenire con un privato la fornitura di materie, di strumenti, la prestazione di opere necessarie per un pubblico servizio. Finchè si limita a ciò, l'oggetto del negozio giuridico è la materia da fornirsi, l'opera da prestarsi; e dappoichè l'una e l'altra sono cose commerciabili e commerciate in regime di libertà e con-

privati, e perfino i contratti di appalto conclusi dallo Stato, seppure sono retti da alcune norme speciali fissate da apposite leggi, restano rapporti di diritto privato, nè la forma dell'approvazione del contratto ne muta l'indole. Così il comune che abbia affidato, come nel caso attuale, l'impresa della illuminazione pubblica ad una società privata, assume le vesti di

correnza, il rapporto giuridico è di diritto privato e pienamente risponde all'istituto del contratto.

La pubblica amministrazione può anche aggiungere a questo contratto le clausole, che le materie fornite e le opere prestate non scenderanno al di là di un dato limite, e che, se ed in quanto le materie ed opere siano necessarie *arbitrio boni viri*, entro quel limite o indipendentemente da ogni limite, essa amministrazione sarà tenuta di ricorrere al contraente e le sarà interdetto di provvedersi da altri. Anche questi patti adietti hanno un oggetto commerciabile; in quanto o in stretto diritto o in equità si risolvono nella determinazione della quantità di materia o di opera da fornire; qualunque privato potrebbe fare altrettanto.

Ma il caso è diverso se la convenzione è fatta in modo che l'amministrazione si obbliga non solo a ricevere una certa quantità di servizi ed opere necessarie al pubblico servizio, ma si interdice di provvedersi altrove di materie ed opere diverse, ancorchè più utili al pubblico servizio stesso e non stipula espressamente, neppure, che l'altro contraente sia tenuto a questa nuova fornitura a patti contrattuali. In questo caso l'oggetto del negozio giuridico non è più la materia e l'opera determinata, ma l'intero pubblico servizio; l'obbligo di non ricorrere ad altri implica addirittura l'impegno che il pubblico servizio si svolga a tutto vantaggio di un privato, in un dato modo, per quanto questo modo, dal punto di vista dell'interesse pubblico, sia imperfetto, per quanto altri modi molto migliori siano impellentemente richiesti da esigenze di generale utilità. Supposto che effettivamente le convenzioni passate fra il comune di Venezia e la società del gas in ordine al servizio pubblico dell'illuminazione avessero la portata che la corte volle attribuir loro, si verificherebbe di tutto punto il caso detto di sopra; il comune avrebbe trasferito nella società ogni potere circa la pubblica illuminazione e si sarebbe interdetta ogni facoltà di migliorare il servizio stesso senza il consenso della società.

Ma un pubblico servizio non è certamente un oggetto commerciabile; esso non è permutabile, la sua utilità non può essere esattamente valutata in danaro; è un'utilità offerta da un ente pubblico in condizioni di monopolio. Il vincolo assunto dal comune di non mutare il metodo del servizio senza il consenso della società importa il trasferimento in questa di uno dei poteri più gelosi dell'amministrazione, quello di provvedere all'utile pubblico. In ogni modo esso restringe, anzi annulla, la potestà discrezionale dell'amministrazione di raggiungere coi migliori mezzi possibili i suoi fini di sicurezza pubblica e di benessere, mentre questa potestà discrezionale è riconosciuta dalla legge perchè essa rimanga libera perpetuamente come perpetua è la mutabilità delle esigenze dell'utile pubblico. Come il privato ha potestà discrezionale di vincolare ad altri la sua opera, ma non può vincolarla in perpetuo, imperocchè ciò contraddirebbe alle finalità individuali, distruggerebbe la sua personalità, così l'ente pubblico, pur avendo potestà discrezionale di agire per il raggiungimento dei suoi scopi, non può vincolare neppure a tempo tale discrezionalità perchè così contraddice alla propria finalità collettiva e distrugge in tutto o in parte la propria personalità pubblica. Perciò un impegno contrattuale che avesse un oggetto quale lo concepiscono nella specie le corti sarebbe nullo. Le sole cose in commercio difatti possono formare oggetto di contratto (cod. civ., art. 1116); e i contratti privi di oggetto lecito sono nulli (art. 1104).

Diciamo che tutto il servizio dell'illuminazione non può for-

qualunque consumatore privato ed i suoi rapporti colla società sono puramente contrattuali e di diritto privato.

Sia pure che il sindaco quando agisce pel comune rivesta le funzioni di ufficiale pubblico e gli atti suoi possano qualificarsi atti d'impero sottratti alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria, come la cassazione

non è mai oggetto di contratto. Non affermiamo già che esso non possa formare oggetto di un diverso negozio giuridico. È questo il caso precisamente in cui riceve applicazione quell'istituto di diritto pubblico che è la concessione.

Ormai tale istituto ha ricevuto nella dottrina una sufficiente elaborazione per poter dare risultati pratici. La concessione è il negozio giuridico con cui la pubblica amministrazione conferisce a privati diritti subbiectivi pubblici, o puramente o sotto determinate condizioni o modi, che alla lor volta possono dar luogo a controprestese dell'amministrazione verso il concessionario. Essa non è contratto, perchè ha per oggetto cose e diritti non commerciabili; perchè il suo contenuto e le sue clausole non sono, come nel contratto, determinati liberamente dai paciscenti sotto il regime di libertà e concorrenza ma sono fissate unilateralmente dall'amministrazione. Il privato deve necessariamente prestare un consenso perchè la concessione si attui; ma questo consenso è una mera accettazione posteriore al perfezionamento del negozio giuridico come l'accettazione del testamento in diritto privato.

La concessione non esclude l'esistenza di reciproci diritti e doveri delle due parti e specialmente di diritti dei concessionari: anzi per definizione li ammette. Ma come istituto di diritto pubblico impone una particolare interpretazione e valutazione di questi diritti e doveri. Infatti se essi nel diritto privato e nei contratti in specie vanno commisurati secondo criteri individualistici, presupponendo cioè la perfetta eguaglianza dei contraenti, l'identico valore dal punto di vista dell'utilità sociale dei rispettivi interessi, nel diritto pubblico e nei relativi negozi giuridici i criteri debbono essere diversi. Che vi sia reciprocità di diritti e doveri fra cittadini e amministrazione nell'ambito di uno stesso rapporto giuridico è da ammettersi; ma non deve dimenticarsi che essi vanno commisurati secondo i criteri sociali, presupponendo cioè la preminenza dell'interesse della amministrazione su quello del cittadino, il prevalente valore per la collettività dell'interesse pubblico su quello privato.

Da queste premesse derivano tra le altre alcune importanti conseguenze, che, riconosciute nella specie, avrebbero condotto le corti ad una più esatta soluzione della controversia. Innanzi tutto il concetto dell'interpretazione restrittiva delle clausole onerose per l'amministrazione viene ad essere rafforzato. Del pari è rafforzata l'idea che, per quanto lecita sia, a mezzo di una concessione, la trasmissione a un privato di un pubblico servizio, essa non deve mai compiersi in tal maniera che le inalienabili ed imprescrittibili facoltà dell'amministrazione vengano ad essere lese, con pregiudizio del pubblico interesse. Laonde la concessione del servizio dell'illuminazione potrà farsi ma a patto che siano permessi tutti i miglioramenti richiesti dalla generale utilità, che al concessionario non sia conferito alcun diritto capace di ostacolare siffatti perfezionamenti. Nella specie quindi resta una volta di più escluso che la concessione di Venezia possa interdire l'impianto dei becchi a gas. Invece una delle due seguenti soluzioni s'impone. O la concessione vuol essere tale da rimanere in vita e allora, affermando il diritto del comune di migliorare il servizio, esso deve potersi interpretare in modo da consentire, o che l'impianto dei becchi non sia compreso fra i diritti del concessionario e rimanga libero al comune, o che sia compreso fra gli obblighi del concessionario. Oppure si crede, come vogliono le sentenze, che la concessione sia formulata in modo da escludere al tempo stesso il diritto del comune di migliorare il servizio direttamente, e indipendentemente dal concessionario, e l'ob-

bligo del concessionario di attuare esso tali miglioramenti, sotto applicazione immediata od analogica delle clausole della concessione e allora la concessione è nulla in questa parte almeno, perchè ha in questa parte un oggetto illecito.

In secondo luogo la concessione, come quella che è ispirata alla pubblica utilità e ad essa subordinata, non può dar luogo a diritti assoluti ed irrevocabili al pari di quelli che nascono dai contratti; bensì a diritti, i quali per loro natura e fin dall'origine portano insita tacitamente la riserva, che varranno se e finchè siano compatibili col pubblico interesse, apprezzato non già arbitrariamente (che di diritti allora non si potrebbe discorrere), ma con quell'*arbitrio boni viri*, che in casi molto più rari ammette per lesione enorme la risoluzione di un diritto privato in ossequio all'evidente ed ingiusto sacrificio di un altro interesse privato. Di qui la revocabilità delle concessioni, non *ad nutum*, ma per ragionevoli ed equi motivi di pubblica utilità da apprezzarsi in giudizio. La quale revocabilità non sarà sempre gratuita, bensì darà luogo ad un compenso tutte le volte che, essendo la risoluzione indipendente da ogni responsabilità del concessionario, questo venga a subire una perdita il cui ammontare vada ad arricchire l'amministrazione. Di qui un criterio per determinare la misura di questo compenso; il quale pertanto non equivarrà all'intero valore patrimoniale della concessione computato secondo il danno emergente e il lucro cessante, ma piuttosto alla somma di cui l'amministrazione si arricchirebbe con perdita del concessionario, e quindi comprenderà il valore attuale delle cose e dei diritti con la risoluzione retrocessi all'amministrazione, non mai i lucri e gli incrementi futuri; fatta anche eventuale valutazione e compenso dei vantaggi che il concessionario abbia ritratto per la sua posizione privilegiata.

Di qui consegue, che se anche per avventura una concessione in genere, e quella controversa in specie, potessero validamente contenere un patto, per cui al concessionario fosse lecito esercitare il diritto di interdire i miglioramenti del pubblico servizio concesso, conseguibili con metodi dalla concessione non previsti, il verificarsi della scoperta di questi nuovi metodi e l'avverarsi delle ragionevoli esigenze della pubblica utilità alle loro applicazioni dovrebbero operare o la risoluzione totale della concessione dietro il compenso anzidetto, o quanto meno la sua risoluzione parziale, limitatamente a quel diritto che è divenuto incompatibile col pubblico interesse, dietro un compenso proporzionale al valore del diritto così espropriato; compenso sempre commisurato al guadagno fatto dall'amministrazione con puro danno emergente del concessionario.

L'applicazione di questi criteri di diritto avrebbe dunque portato ad una pronuncia ben diversa da quella delle corti. Avrebbe in tesi condotto alla cassazione della sentenza di appello nel senso di negare la giuridica ammissibilità del diritto della società del gas a interdire al comune di Venezia l'impianto di un sistema più vantaggioso di beccuccio, e di ottenere, ove l'impianto sia fatto, una qualunque emenda di danni, non potendosi riconoscere danni laddove lesione di diritto non sussiste. Avrebbe dovuto persuadere la cassazione in ogni ipotesi, che se lesione di diritto e ragione di danni si potessero per avventura riscontrare, questi danni non avrebbero mai potuto computarsi secondo l'ampio criterio contrattuale del danno emergente e del lucro cessante (cod. civ., art. 1227), bensì secondo il criterio limitato dell'arricchimento dell'amministrazione con puro danno emergente del concessionario.

F. CAMMEO.

modificato o revocato dall'autorità giudiziaria, dispone pur tuttavia che sia sempre libero l'esercizio dell'azione civile, in quanto l'atto sia lesivo del diritto altrui e dia luogo all'esercizio dell'azione per risarcimento di danno. Perciò ben fece la corte di merito a richiamare ed applicare nella specie le regole stabilite dal codice civile relative agli effetti delle obbligazioni.

Nè ha maggiore attendibilità nel caso concreto la teorica posta avanti in subordine dal comune, e cioè che nei contratti aventi tratto successivo sia sempre sottintesa la clausola *rebus sic stantibus*. Se codesta teorica potè essere ammessa dalla sapienza romana e dalla dottrina e dalla giurisprudenza, lo fu solamente ed eccezionalmente in quei casi in cui si trattava di contratti a tempo indeterminato e indefinito per entrambe le parti contraenti, nelle quali perduravano reciproci obblighi e diritti; ma nella specie trattasi di contratti che le parti contrassero liberamente a tempo determinato e rispetto ai quali non v'ha alcuna ragione per derogare alla regola generale, secondo la quale i contratti hanno forza di legge fra le parti e devono essere osservati esattamente sotto pena del risarcimento dei danni.

Certo che è dura legge il dover sottostare a contratti che sieno divenuti meno vantaggiosi, ma, ripetesi, la fede dei contratti vuol essere rispettata. La teorica propugnata dal comune ricorrente si risolverebbe in sostanza in una rescissione per lesione, la quale, meno in un caso speciale, non è ammessa dal nostro diritto. — *Omissis*.

Per questi motivi, rigetta, ecc.

Cass. Firenze, 30 marzo 1903.

CANONICO P. Presidente — BERGAMASCHI Estensore.

FERROVIE DELL'ADRIATICO — MOLENA E C.

Trasporto di cose — Ferrovie — Merci già avariate al momento dell'accettazione — Dichiarazione di garanzia omessa — Responsabilità delle ferrovie — Limiti — Legge 25 aprile 1885, all. D, art. 95, 129, 130 — Cod. di commercio, art. 400.

L'art. 95 dell'all. D alla legge 27 aprile 1885 sulle convenzioni ferroviarie, stabilendo che le società ferroviarie possano esigere dallo speditore una dichiarazione di garanzia per accettare merci che presentano tracce visibili di avaria, accorda con ciò alle società una facoltà, non impone un obbligo.

Perciò, quando l'amministrazione ferroviaria ometta di farsi rilasciare tale dichiarazione, non si può tenerla incondizionatamente responsabile delle avarie verificatesi nelle merci trasportate, ma la sua responsabilità è contenuta soltanto nei limiti degli art. 400 del codice di commercio e 129 e 130 dello stesso allegato D.

Considerato, sul primo mezzo, che stabilito in fatto, per concordia delle parti e per ammissione della stessa

sentenza impugnata, che il carico della merce fu eseguito a cura del mittente, e quindi sotto la sua responsabilità, che gli stracci erano bagnati prima della consegna alla società delle ferrovie, e che questa restituì la merce a destinazione nelle identiche condizioni nelle quali l'aveva ricevuta, la denunziata sentenza ha errato non solo per avere falsamente interpretati i succitati articoli delle tariffe ferroviarie, e più specialmente l'art. 95, ma, per aver disconosciuto i più elementari principii sulla interpretazione ed applicazione delle leggi in generale, confondendo un diritto con un obbligo e scambiando una presunzione *iuris tantum* con una presunzione *iuris et de iure*.

Invero il ripetuto art. 95 delle tariffe dà solo facoltà alla società ferroviaria di esigere a sua propria tutela e nel suo esclusivo interesse dallo speditore la dichiarazione di garanzia quando le merci da trasportare presentino tracce d'avaria, e non le ne fa un obbligo, rilevandosi ciò *ictu oculi* dalla semplice lettura del citato articolo, il quale è così concepito (*ivi*): "L'amministrazione ha diritto di rifiutare il trasporto delle merci che presentassero tracce di deterioramento o di avarie, salvo che lo speditore esoneri l'amministrazione da responsabilità rilasciando all'uopo la dichiarazione di garanzia".

Con siffatta disposizione delle convenzioni ferroviarie, mentre si è voluto nell'interesse del commercio facilitare i trasporti coll'offrire il mezzo di poter passare sopra a certi difetti e vizi delle merci, d'altra parte si è inteso di tutelare la società ferroviaria offrendole un mezzo facile e pronto di liberarsi dalla sua responsabilità, e non già di tutelare l'interesse dei destinatari per l'eventuale accertamento delle persone responsabili del risarcimento del danno; imperocchè le azioni dei destinatari derivano dai contratti da essi conclusi coi mittenti e non dipendono menomamente dalla dichiarazione di garanzia che la società medesima possa aver richiesto nel suo interesse agli speditori per esonerarsi dalla propria responsabilità.

Ond'è che, in difetto di tale dichiarazione, se la società delle ferrovie provi al destinatario che la merce era già avariata allorchè venne consegnata pel trasporto, il medesimo non ha altro diritto che quello di rivolgersi contro il proprio mittente. Infatti, la dichiarazione di garanzia di cui parla l'art. 95 delle tariffe ferroviarie non ha altro effetto che quello di invertire l'onere della prova, eliminando la presunzione di responsabilità che per legge grava il vettore ogni qualvolta egli accettò il trasporto di una merce senza la scorta di quel documento; mentre quando esiste la dichiarazione di garanzia, dovrà l'interessato dimostrare la colpa del vettore medesimo, provando che l'avaria è derivata da un fatto suo proprio non previsto da quella dichiarazione.

Al contrario, se nessuna dichiarazione fu rilasciata, la società ferroviaria risponde dell'avaria solo nel caso in cui non provi che questa era anteriore alla consegna della merce, oppure che il danno sia derivato da forza maggiore, o da caso fortuito, o da vizio intrinseco della merce stessa, o da fatto del mittente o del destinatario, ai sensi dell'art. 400 del codice di commercio.