



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

GUSTAVO BONELLI

UN GIURISTA IN BANCA D'ITALIA

A cura di

C. Angelici – O. Capolino – P. Ciocca – M. Perassi
M. Stella Richter jr – G. Terranova

Grafica e stampa a cura della Divisione Editoria e stampa della Banca d'Italia

Marzo 2017



(particolare di un ritratto a olio)

GUSTAVO BONELLI

AVVOCATO GENERALE DELLA BANCA D'ITALIA DAL 1918 AL 1926

Indice del volume

Premessa	1
I. L'economia e la Banca d'Italia al tempo di Gustavo Bonelli <i>(P. Ciocca)</i>	3
1. Premessa	5
2. Il quadro economico	6
3. La dimensione monetaria e finanziaria	9
4. Via Nazionale, da istituto d'emissione a banca centrale	14
5. Un giurista in banca centrale	20
<i>G. Bonelli</i> <i>Osservazioni intorno al progetto di decreto per la tutela</i> <i>del risparmio</i>	27
II. I diritti fondamentali <i>(O. Capolino)</i>	31
1. Il «multiforme ingegno» di Gustavo Bonelli	33
2. L'abolizione della pena di morte	35
3. Il diritto di voto e i sistemi elettorali	38
4. La condizione giuridica della donna e l'autorizzazione maritale ..	40
<i>G. Bonelli</i> <i>La facoltà legale e la pena di morte</i>	47
<i>Studio sulla rappresentanza proporzionale delle minoranze</i> ..	69
<i>Del fondamento storico e giuridico della autorizzazione</i> <i>maritale</i>	81
<i>Strascichi della soppressa autorizzazione maritale</i>	105
III. Persona giuridica e società <i>(M. Stella Richter jr)</i>	113
1. I primi studi di Bonelli sulla personalità giuridica	115
2. La persona giuridica come patrimonio e il patrimonio come complesso di beni autonomo e unificato	118

3. Gli studi di diritto societario	123
4. Attualità della teorica di Bonelli	126
5. La persona giuridica e la personalità del giurista	129
<i>G. Bonelli</i>	
<i>Di una nuova teorica della personalità giuridica</i>	133
<i>La teoria della persona giuridica</i>	167
IV. Il fallimento (G. Terranova)	261
1. Il Commentario alle norme sul fallimento: un monumento giuridico	263
2. Le concezioni patrimonialistiche dell'obbligazione	264
3. Soggettività giuridica e autonomia patrimoniale	265
4. La funzione satisfattiva, e non più sanzionatoria, del fallimento	265
5. Il rigore della costruzione bonelliana	270
6. La garanzia patrimoniale nelle economie mercantili	270
7. Dalla prospettiva patrimonialistica a quella processuale	272
8. Le conseguenze dell'evoluzione dei rapporti economici	273
9. La recezione della cultura tedesca e il metodo sistematico ...	282
10. Un confronto con i Maestri del suo tempo	283
11. Gli altri scritti in materia fallimentare	285
<i>G. Bonelli</i>	
<i>Delle società di commercio irregolari e del loro fallimento</i> ..	289
<i>La cessazione dei pagamenti e l'art. 705 cod. comm.</i>	357
<i>La rappresentanza del curatore nel fallimento</i>	395
<i>Cessazione delle azioni di nullità spettanti alla massa</i> <i>in un fallimento</i>	411
<i>Effetti del concordato per i creditori non comparsi</i>	423
<i>Sulla cessazione dei pagamenti di una società</i> <i>in liquidazione</i>	429
<i>Sulla capacità del fallito a testimoniare nelle liti</i> <i>del fallimento</i>	435

V. I titoli di credito (<i>C. Angelici</i>)	441
1. Premessa	443
2. Il problema storico del «titolo di credito»	444
3. Metodo e costruzione	445
4. Il ruolo della comparazione	446
5. La scelta sistematica: legittimazione v. circolazione	448
6. Soggetto, patrimonio, diritto soggettivo	451
<i>G. Bonelli</i>	
<i>Contributo ad una teoria scientifica dei titoli di credito</i>	455
<i>L'obbligazione astratta e l'obbligazione casuale</i> <i>nella cambiale</i>	511
VI. Le operazioni bancarie (<i>M. Perassi</i>)	543
1. Premessa	545
2. Le cassette di sicurezza	547
3. Sui debiti in moneta estera	549
4. Il conto corrente	553
<i>G. Bonelli</i>	
<i>Sulla natura giuridica del contratto di abbonamento</i> <i>alle cassette di sicurezza</i>	559
<i>I pagamenti fuori scadenza dei debiti in moneta estera</i>	577
<i>Sulla teoria del conto corrente</i>	585
Note biografiche (<i>O. Capolino</i>)	599
Bibliografia	609

PREMESSA

Quest'opera nasce dalla volontà di alcuni studiosi e del Servizio Consulenza legale della Banca d'Italia di ricordare, a novant'anni dalla morte, la figura di Gustavo Bonelli, che della Banca d'Italia fu per lunghi anni Avvocato Generale e che viene considerato, insieme a Cesare Vivante, uno dei padri fondatori del diritto commerciale italiano. Ciò nella convinzione che la sua produzione scientifica conservi un valore culturale ancora oggi di altissimo rilievo.

La vastità di tale produzione, dimostrata dalla bibliografia inclusa nel volume, ha imposto ai curatori di orientarsi su una raccolta ragionata dei contributi scientifici dell'Autore. L'opera, che prende le mosse dall'illustrazione del contesto storico-economico dell'epoca, presenta dunque una selezione, talvolta a carattere antologico, di brani raggruppati per argomenti e preceduti da brevi saggi introduttivi.

I testi raccolti illustrano le tematiche più care al Bonelli, dal diritto fallimentare ai titoli di credito, dagli studi sulla personalità giuridica a quelli sui contratti bancari, ma comprendono anche scritti, prevalentemente giovanili, in altri settori del diritto, che testimoniano la vastità degli interessi dell'Autore.

Contestualmente alla pubblicazione di questo volume, l'intera opera di Gustavo Bonelli viene posta a disposizione degli studiosi tramite uno specifico link permanente sul sito internet della Banca d'Italia, www.bancaditalia.it.

I Curatori

**L'economia e la Banca d'Italia
al tempo di Gustavo Bonelli**

Pierluigi Ciocca

***L'economia e la Banca d'Italia
al tempo di Gustavo Bonelli***
Pierluigi Ciocca

1. Premessa. – 2. Il quadro economico. – 3. La dimensione monetaria e finanziaria. – 4. Via Nazionale, da istituto d'emissione a banca centrale. – 5. Un giurista in banca centrale.

1. Premessa

Nel trentennio seguito al superamento della crisi degli anni Novanta dell'Ottocento l'economia italiana sperimentò in successione la prima fase di rapido progresso produttivo e finanziario dopo l'Unità, nel 1900-1913 (l'«età giolittiana»); l'affermarsi della grande industria, tra profondi squilibri, con il conflitto mondiale; la difficile ricomposizione di quegli squilibri, fra il dopoguerra e il 1926.

In quello stesso trentennio la Banca d'Italia vide definirsi e affermarsi la propria presenza nella finanza e nell'economia. Per legge del 1893 (l. n. 449 del 10 agosto di quell'anno) la Banca era sorta dalla fusione di tre istituti d'emissione da tempo preesistenti: la Banca Nazionale nel Regno d'Italia, la Banca Nazionale Toscana, la Banca Toscana di Credito. Il nuovo Istituto operò dal gennaio del 1894 quale società per azioni di diritto privato, depositaria della facoltà di emettere banconote aventi corso legale alla stessa stregua del Banco di Napoli e del Banco di Sicilia.

L'originario, duplice volto della Banca – persona giuridica privata con doveri pubblici – acquisì poi connotati ulteriori, sia perché leggi successive tornarono a disciplinare la funzione dell'emissione, sia perché Via Nazionale venne assumendo nei fatti la funzione di banca delle banche e la funzione di politica monetaria.

Questa triade di responsabilità pubblicistiche venne fissata, poche settimane dopo la scomparsa dell'avvocato Bonelli, nel 1926. La nuova normativa (R.D.L. 6 maggio 1926, n. 812) concentrò nella Banca d'Italia la facoltà dell'emissione, sottraendola ai banche meridionali. Tracciò inoltre (R.D.L. 7 settembre 1926 n. 1511) i compiti di vigilanza sulle aziende di credito che la Banca doveva condividere con il Ministero delle finanze. Nello spirito, se non

nella lettera, l'ordinamento mosse nella direzione di riconoscere alla Banca d'Italia un ruolo di governo dell'economia attraverso gli strumenti monetario, creditizio, valutario. Si dovrà tuttavia attendere la legislazione bancaria del 1936 (R.D.L. 12 marzo 1936, n. 375) perché la Banca, pur conservando la forma societaria, fosse trasformato in "Istituto di diritto pubblico" (art. 3) e vedesse confermati ed estesi i poteri di vigilanza, mentre venivano circoscritti i rapporti che poteva stabilire con la clientela privata non bancaria.

Richiamare il contesto economico e finanziario in cui la Banca d'Italia agì nel trentennio in cui Gustavo Bonelli vi servì può contribuire a far luce sui suoi interessi analitici e sul suo pensiero, teorico e applicato, di scienziato del diritto¹⁾.

2. Il quadro economico

La crisi da cui la Banca d'Italia sorse era stata molto grave. Il Pil del Paese era caduto nel 1889 – del 2,4% in termini reali – per poi ristagnare sui livelli pre-recessione fino alla ripresa del 1893. Erano fallite le maggiori banche, fra cui il Credito Mobiliare e la Banca Generale. Fece scandalo, per i reati commessi dal suo vertice e per il coinvolgimento di politici di livello, il dissesto della Banca Romana, uno dei sei istituti di emissione del tempo. Le perdite bancarie complessive, legate in particolare alla speculazione edilizia, sono stimabili nel 2,8 per cento del Pil del 1888. Anche gli altri cinque istituti d'emissione furono in varia misura appesantiti da immobilizzi e perdite connessi con l'esposizione verso banche e imprese in dissesto. Immobilizzi e perdite ammontarono al 3 per cento del Pil del 1888, portando al 6 per cento circa l'insieme delle ripercussioni negative della crisi sul sistema bancario: «Gli anni più neri dell'economia del nuovo Regno», fino ad allora²⁾. Sulla

1) «Scienza giuridica: se il filone portante è soprattutto formato da coloro che sono professionalmente degli scienziati del diritto, che lo professano cioè in quel naturale laboratorio scientifico costituito dalle università (...), contributi non trascurabili possono provenire (e positivamente provengono) da personaggi di particolari qualità intellettuali immersi quali operatori nel mondo della prassi. (...) Sarebbe ingiustificata (...) – nel disegno della scienza civilistica del Novecento – nel campo del diritto commerciale l'omissione del nome di Gustavo Bonelli, per tutta la sua vita funzionario della 'Banca d'Italia' ma teorico finissimo» (P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, 2000, pp. 1-2).

2) G. LUZZATTO, *L'economia italiana dal 1861 al 1894*, (1963), Torino, 1968, p. 177.

Banca d'Italia ricadde, oltre alle partite incagliate e in sofferenza ereditate dai tre istituti che in essa erano confluiti, la liquidazione della Banca Romana.

Da questo disastro il sistema economico e finanziario italiano si risollevò. Superate le tensioni politico-sociali di fine secolo seguite alla caduta dell'ultimo governo Crispi nel 1896³⁾, gli anni 1900-1913 coincisero con il primo periodo di crescita rapida della produzione e della produttività e con la ricomposizione del sistema bancario.

Il Pil aumentò al ritmo del 2,6% l'anno in valore assoluto e dell'1,9% *pro capite*, a fronte di uno sviluppo demografico dello 0,7% l'anno⁴⁾. Sino ad allora, dall'Unità, la crescita del Pil non aveva superato, nella media del quarantennio, l'1,3% l'anno, deludendo le aspettative e le speranze suscitate dal nuovo Regno. Per oltre due terzi l'incremento del Pil nell'età giolittiana è imputabile all'avanzamento nella produttività delle risorse. Il contributo dato alle attività economiche da maggiore efficienza, migliori tecniche, innovazioni organizzative e di prodotto superò di gran lunga quello del maggior impiego quantitativo sia di capitale, che pure si registrò in misura non trascurabile, sia di lavoro, al contrario modesto essendo aumentata molto poco l'occupazione⁵⁾.

La primavera economica dell'Italia giolittiana venne favorita dalla espansione internazionale. Dipese tuttavia soprattutto dal riequilibrio delle pubbliche finanze, dalla dotazione di infrastrutture fisiche, giuridiche, immateriali, dal rinnovato sistema bancario e finanziario. La ricerca del progresso tecnico da parte delle imprese fu stimolata dalle sollecitazioni alla produttività provenienti da un insieme di fattori: la tenuta del cambio, l'apertura verso l'estero, la dialettica fra capitale e lavoro, la concorrenza su più di un mercato interno.

La crescita dell'attività produttiva fu regolare, con variazioni percentuali annue minime mai negative – 1,9 nel 1903 e 1,1 nel 1910 –

3) U. LEVRA, *Il colpo di stato della borghesia. La crisi politica di fine secolo in Italia, 1896-1900*, Milano, 1975.

4) S. FENOALTEA, *L'economia italiana dall'Unità alla grande guerra*, Bari, 2006, Tab. 6, p. 61.

5) P. CIOCCA, *Ricchi per sempre? Una storia economica d'Italia (1796-2005)*, Torino, 2007, Tab. 1.4, p. 23.

e punte del 3,9 nel 1905 e del 4,1 nel 1913. Alla continuità della crescita si unirono la stabilità monetaria e l'equilibrio nei conti con l'estero. La lievitazione dei prezzi all'ingrosso e del costo della vita non andò oltre l'1% l'anno. La bilancia dei pagamenti di parte corrente fu in avanzo sino al 1907, poi in equilibrio, a un tasso di cambio «effettivo» della lira apprezzato, in particolare grazie alle rimesse degli emigrati e al turismo.

La guerra stravolse questo quadro. Lo sforzo economico che impose all'Italia, la più debole fra le grandi nazioni dell'Intesa quanto a struttura industriale, comportò una riallocazione di risorse dagli usi civili agli usi militari di enorme entità. Non si riuscì ad attuarla coprendo con imposte la spesa bellica, mentre il volume complessivo della produzione restava tendenzialmente costante. Il disavanzo del bilancio dello Stato, la dilatazione del debito pubblico, la torsione nei prezzi relativi dei prodotti e dei fattori sprigionarono fortissime spinte al ribasso del valore interno ed esterno della lira⁶⁾. Fra il 1914 e il 1920 il debito pubblico balzò dall'80 al 160 per cento del Pil, i prezzi all'ingrosso aumentarono di sei volte, la lira, pur sostenuta dai prestiti alleati, si deprezzò da 5 a 30 lire per dollaro e da 30 a 106 lire per sterlina. Le tensioni sociali accumulate negli anni del conflitto ed esplose nel «biennio rosso» 1919-1920 e nel successivo «biennio nero» 1921-1922 sfociarono nella vittoria del movimento reazionario fascista e nel suo regime, per quasi vent'anni totalitario.

La drammatica urgenza del produrre per la guerra venne soddisfatta da un numero ristretto di imprese industriali, che videro moltiplicarsi le proprie dimensioni⁷⁾. Nel volgere di pochi anni si formò la grande industria italiana. Prima della guerra le aziende con poco più di mille addetti erano qualche decina. Dopo la guerra una quindicina di imprese giunsero a occupare da un minimo di 4mila fino a 60mila dipendenti e oltre. Affetta da un

6) P. CIOCCA-R. RINALDI, *L'inflazione in Italia, 1914-1920. Considerazioni a margine della tesi di laurea di Piero Sraffa*, in *Rivista di Storia Economica*, 1997, pp. 3-40.

7) Questa sezione dell'industria nel quadriennio bellico accrebbe di otto volte la produzione di cannoni, proiettili d'artiglieria, autocarri e ambulanze per l'esercito, di nove volte quella di bombe a mano, di quasi venti volte quella di aeroplani, di cinquanta volte quella di mitragliatrici (cfr. C. ROSTAGNO, *Lo sforzo industriale dell'Italia nella recente guerra*, in *Rivista d'Artiglieria e Genio*, 1926-1927).

gigantismo improvvisato e squilibrato la zona alta dell'industria avrebbe incontrato acute difficoltà, produttive e finanziarie, nella riconversione post-bellica, negli anni Venti e soprattutto negli anni Trenta.

Fra il 1922 e il 1926 l'attività economica registrò una ripresa. Dopo le recessioni del 1919 (-6%) e del 1921 (-3%) il Pil crebbe del 4,6% l'anno. Pur dimezzandosi i consumi pubblici e riducendosi il disavanzo statale sino al pareggio raggiunto nel 1926, ed essendo dal 1923 frenati i consumi privati dalla politica salariale del regime, la domanda globale venne alimentata dalle esportazioni e dagli investimenti. Ma il processo urtò contro la ricomparsa dell'inflazione, il passivo nelle partite correnti e nel movimento dei capitali con l'estero, il deprezzamento della lira sino al minimo di 150 lire per sterlina toccato nell'estate del 1926, rispetto alle 90 lire dell'estate del 1922. Nel 1925-1927 alla politica di consolidamento del bilancio si unì la restrizione monetaria e soprattutto la rivalutazione della lira sino a 90 lire per sterlina. «Quota 90» venne raggiunta nella primavera del 1927. Fortemente sopravvalutata, la lira fu ricollegata all'oro nel dicembre di quello stesso anno. Di conseguenza, nel 1927 il Pil cadde, quasi del 2%. Fu il preludio della recessione mondiale «del 1929», a cui la già provata economia italiana non si sarebbe sottratta.

3. La dimensione monetaria e finanziaria

Fino all'entrata dell'Italia nella guerra mondiale riforma bancaria, progresso produttivo, assenza d'inflazione, tenuta del cambio, pareggio del bilancio favorirono sviluppi tendenzialmente positivi in campo monetario e finanziario⁸⁾.

I tassi d'interesse furono stabili o in diminuzione. I rendimenti annuali dei titoli di Stato a lungo termine, mentre salivano in Germania, Francia, Regno Unito, con modeste oscillazioni scesero in Italia dal 4,1% d'inizio secolo al 3,5% del 1913. La conversione volontaria della «rendita» (titoli di Stato irredimibili) che il governo propose agli obbligazionisti nel giugno del 1906 – con rendimenti ridotti dal 4% netto a 3,75% dal luglio 1907, poi 3,5% dal luglio

8) P. CIOCCA, *Interesse e Profitto. Saggi sul sistema creditizio*, Bologna, 1982, Cap. V.

1912 – sancì la tendenza: le richieste di rinnovo dei titoli pubblici alle nuove condizioni da parte del mercato si estesero alla quasi totalità degli 8,2 miliardi di titoli (57% del Pil) che lo Stato si era dichiarato determinato altrimenti a riscattare.

Nel 1913 il grado di monetizzazione dell'economia, approssimato dal rapporto al Pil dello *stock* di mezzi di pagamento (monete metalliche, banconote, depositi bancari e postali), si aggirava sul 60%, rispetto al 45% di fine Ottocento. Gli attivi di bilancio degli intermediari finanziari raddoppiarono (da 9 a 19 miliardi di lire), mentre il rapporto FIR tra l'insieme degli strumenti finanziari e la ricchezza «reale» del Paese arrivava alla vigilia del conflitto a 0,47, rispetto a 0,38 nel 1881. Questo valore del rapporto – sebbene appena superiore alla metà di quello medio di Francia, Germania, Giappone, Regno Unito, Stati Uniti – denotava l'avvenuta fuoruscita da uno stato di arretratezza finanziaria pre-capitalistica. Nel 1912 alle aziende di credito (compresi gli istituti d'emissione) faceva capo quasi il 90 per cento delle attività finanziarie complessive. Il loro numero sfiorava le 3500, con 4200 sportelli e quasi 50mila addetti. Le società per azioni si moltiplicarono. Da 848 nel 1900 avrebbero sfiorato le 11mila nel 1925. Quelle quotate alla Borsa di Milano salirono da 59 nel 1900 a 171 alla vigilia della crisi borsistica del 1907 per attestarsi poi, fra oscillazioni, su questo livello fino al 1926⁹⁾.

Si affermarono le banche «miste». La Banca Commerciale Italiana, il Credito Italiano, il Banco di Roma, la Società Bancaria Italiana (ricapitalizzata nel marzo del 1908 e poi confluita nel 1914 nella neo-istituita Banca Italiana di Sconto) erano intermediari «tuttofare». Offrivano una vasta gamma di servizi a imprese con cui tendevano a stabilire un rapporto esclusivo, anche se non di controllo azionario reciproco. Fra questi servizi vi era quello di *merchant banking* consistente nel sostenere l'impresa nel ricorso alla borsa per una raccolta di capitale di rischio almeno sufficiente al rientro della banca dalla sua iniziale esposizione azionaria verso l'impresa affidata.

9) G. DE LUCA, *Le società quotate alla Borsa valori di Milano dal 1861 al 2000. Profili storici e titoli azionari*, Milano, 2002.

Lo sviluppo quantitativo delle aziende di credito non si arrestò con la guerra e nel primo dopoguerra. Nel 1920 il loro numero superava le 3600, con 6000 sportelli, 64mila addetti, attivi di bilancio pari all'80% del Pil. La legge bancaria del 1926 si rivolse a ben 4657 intermediari (il picco nella storia d'Italia), con oltre 11mila filiali, 93mila dipendenti e attivi di bilancio saliti al 138 per cento del Pil.

Le tendenze appena richiamate conobbero tuttavia soluzioni di continuità. La crisi internazionale del 1907 prese avvio nel settore del rame degli Stati Uniti, con fallimenti di banche, accaparramento di fondi, oro e divise, rialzi del costo del danaro. La tensione si diffuse in Europa, segnatamente in Inghilterra e Germania. Per frenare gli eccessi speculativi a fine anno i tassi di sconto erano saliti al 7,5% a Berlino e al 7% a Londra, mentre erano su livelli più bassi in Italia e a Parigi (5,5% e 4%, rispettivamente)¹⁰. I cedimenti di borsa si estesero a diverse piazze. L'instabilità finanziaria fu seguita, nel 1908-1909, da recessione negli Stati Uniti, come pure in Francia, Regno Unito, Svezia, Svizzera. Ciò non avvenne in Italia, dove il Pil reale crebbe di oltre il 2% sia nel 1908 sia nel 1909. La solidità dei conti con l'estero, l'equilibrio delle finanze pubbliche, l'abbrivo nella crescita dell'economia fecero sì che la tensione nella liquidità internazionale non avesse ripercussioni pesanti sull'attività produttiva. Nondimeno, la crisi del 1907 rappresentò una cesura per la Borsa e provocò il dissesto della quarta banca «mista» del Paese. Sovraesposta financo verso i propri azionisti, indebitata a breve anche con la Banca d'Italia, la SBI accusò una perdita di 30 milioni di lire (pari allo 0,2% del Pil dell'anno). L'insieme dei titoli azionari quotati videro i corsi crollare del 30% in termini reali e la loro discesa superò l'80% nel più esteso arco di tempo 1905-1920. Non avrebbero più riguadagnato i livelli – certamente eccessivi – che precedettero il *crack*. Soprattutto, la Borsa subì allora un trauma strutturale il cui superamento, nonostante la riforma pubblicistica del 1913, richiese decenni. L'effetto fu di consolidare nell'intero

10) F. BONELLI, *La crisi del 1907. Una tappa dello sviluppo industriale in Italia*, Fondazione Luigi Einaudi, Torino, 1971, pp. 125-126.

sistema finanziario italiano l'orientamento agli intermediari, piuttosto che ai mercati, che da allora lo caratterizza¹¹⁾.

Una crisi d'altra natura, essenzialmente industriale ma con ripercussioni di carattere bancario e finanziario potenzialmente dirompenti, interessò la siderurgia nel 1911. Al fondo vi furono perdite dovute a un largo eccesso di capacità produttiva, sostenuta dai finanziamenti delle maggiori banche. Queste erano esposte con immobilizzi verso il settore pari a circa 100 milioni di lire (2% del Pil). La risposta venne ricercata, con solo parziale successo, nella creazione di un cartello, a scopi commerciali più che di integrazione tecnica e produttiva, fra le principali società. Ilva, Elba, Piombino, Ferriere italiane, Ligure Metallurgica, Siderurgica Savona (con esclusione della Terni, che monopolizzava le commesse militari) si collegarono in un consorzio sostenuto da un consorzio di banche, grandi e piccole, promosso e guidato dalla Banca d'Italia¹²⁾.

La prima guerra mondiale, oltre alle gravissime questioni del debito pubblico, dei prezzi e dei cambi, pose in primo piano quella del rapporto banca-industria. Il rapporto si era venuto stringendo già nell'anteguerra anche a causa dei limiti entro cui la Borsa assorbiva le azioni sottoscritte all'emissione dalle banche e a causa della mancanza di intermediari finanziari specializzati nei finanziamenti a lungo termine. I gruppi industriali su cui si erano concentrate le commesse militari – Ansaldo, Fiat, Breda, Ilva, Franchi-Gregorini, Pirelli, Montecatini, Terni, Falck, Alfa Romeo, Edison, SNIA – moltiplicarono dalle tre alle dieci volte produzione, addetti, impianti e macchinari. Peraltro, nonostante i profitti di guerra, moltiplicarono anche il volume delle loro passività – azioni, obbligazioni, debiti – verso il sistema bancario. Le quattro grandi banche – Comit, Credit, Banco di Roma e Banca di Sconto – espansero pur esse, nell'insieme di oltre otto volte, i loro bilanci

11) CIOCCA, *Interesse e Profitto*, cit. pp. 116-119; S. BAIÀ CURIONI, *Regolazione e competizione. Storia del mercato azionario in Italia (1808-1938)*, Bologna, 1995; G. SICILIANO, *Cento anni di borsa in Italia*, Bologna, 2001 e Id., *La regolamentazione delle Borse valori in Europa e negli USA agli inizi del Novecento. In Appendice: Relazione interna al Governatore della Banca d'Italia sull'ordinamento delle Borse europee*, in *Rivista di Storia Economica*, 2002, pp. 131-192.

12) A. CONFALONIERI, *Banca e industria in Italia. Dalla crisi del 1907 all'agosto 1914*, Vol. II, *Crisi e sviluppo nell'industria italiana*, Banca Commerciale Italiana, Milano, 1982. I volumi di Confalonieri offrono un'insuperata analisi della operatività delle banche italiane dal 1894 al 1933.

e accrebbero dal 15 al 28% la loro quota sugli attivi totali del sistema bancario. Soprattutto, da banche miste cambiarono natura trasformandosi in banche «holding», in società di partecipazione e controllo azionario. Anche quando non arrivavano a detenerne il controllo stabilirono relazioni preferenziali con singoli gruppi industriali: la Comit con l'Ilva, il Credit con la Fiat, la Sconto con l'Ansaldo, il Banco di Roma con la Breda.

La crescita disordinata, la dipendenza dalla finanza esterna, la transizione all'economia di pace, le rivendicazioni operaie crearono non poche difficoltà ad alcuni fra i maggiori produttori nel dopoguerra. Le grandi banche furono impossibilitate ad allentare l'esposizione proprietaria e creditoria che negli anni precedenti avevano con loro stabilito. In più di un caso dovettero rispondere a tentativi di scalata da parte di quegli stessi gruppi, assetati di risorse finanziarie che fossero a loro piena disposizione, inintermediari. Nel 1918-1920 i Perrone dell'Ansaldo provarono e riprovarono, senza successo, ad assumere il controllo della Comit; Agnelli della Fiat e Gualino della SNIA tentarono invano di impossessarsi del Credit. L'Ansaldo sfruttò i mezzi della Banca di Sconto fino a trascinarla, alla fine del 1921, sull'orlo del dissesto, da cui il governo Bonomi si rifiutò di trarla¹³⁾.

L'instabilità si estese alle componenti più deboli di un sistema bancario ipertrofico. Traballarono il Banco di Roma e numerosi istituti medio-piccoli pur essi facenti parte della galassia che risaliva al Vaticano e al movimento politico-sociale cattolico. Il Banco di Roma – gravato da immobilizzi, con una rete di sportelli troppo estesa, altamente indebitato a breve anche con gli istituti d'emissione – sopravvisse perché la sua sorte si legava ai buoni rapporti tra fascismo e Santa Sede. I ripetuti interventi per il suo salvataggio impegnarono tra il 1922 e il 1926 danaro pubblico per 2171 milioni di lire. Al netto di 655 milioni di realizzi di cespiti del Banco, le perdite scaricate sullo Stato ammontarono a 1516 milioni, (1% del Pil del 1926)¹⁴⁾.

13) A. M. FALCHERO, *La Banca Italiana di Sconto, 1914-1921. Sette anni di guerra*, Milano, 1990.

14) A. M. FALCHERO, *Stato e mercato, i precedenti: dall'interventismo ai salvataggi degli anni Venti*, in V. CASTRONOVO (a cura di), *Storia dell'IRI. 1. Dalle origini al dopoguerra, 1933-1948*, Bari, 2012, p. 118.

4. Via Nazionale, da istituto d'emissione a banca centrale

La Banca d'Italia fu in varia guisa coinvolta in tali vicende – crescita e trasformazione delle strutture produttive, instabilità reale e finanziaria – sino a proporsi come protagonista della politica economica e istituzionale nel campo monetario e creditizio. Pur conservando la sua originaria natura di società per azioni di diritto privato, da istituto d'emissione venne gradualmente ad assumere il ruolo di banca centrale. *De facto* le sue funzioni, oltre all'emissione dei biglietti secondo regole predeterminate dalla legge, si estesero al governo della moneta e alla supervisione del credito, per la complessiva stabilità del sistema bancario e dell'intera economia. La legislazione del 1926 sancì in più aspetti, *de jure*, tale trasformazione.

La Banca d'Italia era sorta dal fango dei fallimenti e degli scandali bancari, non come istituto con funzioni pubblicistiche creato *ex-novo* con capitale fresco e libera dai gravami del passato, come l'avrebbe voluta Sidney Sonnino. Era scaturita dalla fusione di preesistenti istituti d'emissione, come pragmaticamente la configurò Giolitti, storico avversario politico di Sonnino. L'ambiguità dell'essere privata ma con il compito di emettere biglietti assegnatole dallo Stato esplose sin dall'avvio del suo operare. Il primo Direttore generale, Giacomo Grillo, aveva dal 1882 guidato la Banca Nazionale, nella quale era entrato nel 1853. Il suo obiettivo primario, solo in parte raggiunto, era stato quello di rafforzare patrimonialmente la banca, curare gli interessi degli azionisti. Venne nominato al vertice della nascita Banca d'Italia nel novembre del 1893 e i suoi rapporti con Sonnino, Ministro del Tesoro nel governo Crispi, da poche settimane succeduto al gabinetto Giolitti, si dimostrarono subito pessimi. Vi furono specifici motivi di attrito: difetto di forma nella nomina di Grillo, prelievo statale sui proventi dell'allargamento della circolazione, difficoltà degli ispettori governativi nell'accedere all'anagrafe clienti della Banca d'Italia. Ma, al fondo, Sonnino volle subito avvalorare la dimensione pubblicistica del nuovo istituto, rompere con il vecchio mondo bancario che aveva portato alla crisi del 1889-1893, il mondo da cui Grillo proveniva.

Le dimissioni di Grillo vennero formalizzate il 24 febbraio del 1894, a meno di due mesi dall'inizio dell'operatività della Banca d'Italia. Il giorno dopo gli succedette Giuseppe Marchiori. Veneto, cultura scientifica, patriota combattente nella guerra del 1866,

imprenditore, uomo politico, amico di Sonnino, Marchiori era una figura, appunto, di evidente rottura col precedente *establishment* finanziario, genovese in particolare. Il suo orientamento era, sulla scia di Sonnino, pubblicistico. E tuttavia la sua conduzione della Banca d'Italia, interrotta dall'improvvisa scomparsa nel novembre del 1900, dovette porre in prima linea la difesa della redditività e il consolidamento patrimoniale dell'azienda.

La Banca aveva ereditato dai tre istituti dalla cui fusione era sorta partite immobilizzate rilevanti. Vennero stimate in 451 milioni dalla ispezione straordinaria prontamente disposta dal Ministero, nel febbraio del 1894. Scesero poi a 388 milioni per le contestazioni opposte dalla Banca alle valutazioni iniziali degli ispettori, fra cui Gustavo Biagini, che nel 1889 aveva passato al setaccio i conti della Banca Romana¹⁵⁾. Le cifre erano notevoli, rispetto a un totale dei conti patrimoniali di 1395 milioni, un portafoglio per operazioni ordinarie di 197 milioni, operazioni non più consentite dalla legge del 1893 (art.12) di 418 milioni, biglietti in circolazione per 827 milioni¹⁶⁾. Gli immobilizzi si ridussero lentamente e ancora nel 1900 ammontavano a 235 milioni. Tra il 1894 e il 1907, quando la partita si chiuse, la Banca alienò cespiti (cambiali, titoli, crediti, immobili) per 375 milioni, realizzando plusvalenze¹⁷⁾.

Il ricavo netto d'esercizio tendenzialmente non superò il 4% dei mezzi propri fino al 1905, per poi salire verso più accettabili livelli – 13% – alla vigilia della grande guerra. In un rapporto dell'amministrazione con gli azionisti non di rado teso, i dividendi si attestarono su un magro 2% del patrimonio fino al 1907 (non più di 18 lire per azione fino al 1905), per poi giungere a sfiorare il 6% nel 1913¹⁸⁾. Nel più lungo periodo gli utili netti (rettificati, ai prezzi del 1913, come calcolati da Renato De Mattia) rimasero sui sei milioni di lire l'anno fino al 1905; quindi salirono a 15 milioni nel 1913, toccarono il picco di 19 milioni nel 1915 per poi flettere fino al

15) G. NEGRI (a cura di), *Giolitti e la nascita della Banca d'Italia nel 1893*, Bari, 1989, pp. 73-76.

16) M. CARON-L. DI COSMO (a cura di), *I bilanci degli istituti di emissione, 1894-1990*, Bari, 1993, Tav. I, p. 294 e p. 296 e Tab. 100 p. 1044.

17) Banca d'Italia, *Relazione 1908*, Roma, 1909, pp. 36-48.

18) R. DE MATTIA, *Storia del capitale della Banca d'Italia e degli istituti predecessori*, Roma, 1977 Vol. III, Tomo II, Tab. 79, pp. 924-925.

minimo di 5 milioni nel 1926. Gravava sulla Banca d'Italia, sebbene con separato bilancio, il rischio della gestione della Banca Romana in liquidazione, che nel 1894 registrava 119 milioni nel totale del passivo dei conti patrimoniali¹⁹⁾. Anche la quotazione delle azioni dell'Istituto nel mercato borsistico preoccupava non poco i vertici di Via Nazionale. Il titolo subì sbalzi infrannuali con punte che videro il corso *tel quel* flettere del 20% rispetto al valore massimo nel 1894, 1898-1899, 1903; solo dopo il 1907 le oscillazioni si attenuarono lungo un *trend* rialzista che al picco del febbraio 1913 cumulò un aumento del 40%²⁰⁾. L'elemento speculativo insito in tali giramenti indussero l'Istituto a «deplorare vivamente le grandi oscillazioni di prezzo alle quali, senza chiari motivi, vanno soggette» le azioni della Banca²¹⁾.

A Marchiori succedette un economista e statistico, giolittiano, già dirigente ministeriale, consigliere di Stato, deputato, sottosegretario al Tesoro nel Governo Saracco, «linceo» dal 1897: Bonaldo Stringher²²⁾. Stringher era destinato a governare la Banca d'Italia – con poteri «monarchici», nel 1899 essendosi superata la collegialità del «direttorio» – da Direttore generale fino al 1928 e con il nuovo titolo, appunto, di Governatore fino alla sua morte improvvisa nel novembre del 1930. Da poco in carica sentì di dover affermare che l'istituto, «destinato ad alte funzioni pubbliche, non perde per questo la sua natura giuridica»²³⁾. Nella retrospettiva scritta venticinque anni dopo spiegò come solo nel 1909, risolti gli immobilizzi, si completò la fase della «ricostituzione organica» e per la Banca d'Italia iniziò «un'era novella»²⁴⁾.

Di matrice anche privatistica e non solo istituzionale furono le preoccupazioni per la concorrenza che le altre banche muovevano agli istituti d'emissione. Questi furono a lungo vincolati nel reagire sia sul fronte dei prestiti sia su quello dei depositi. Fino al 1909

19) CARON-DI COSMO, op. cit., Tav. 1, pp. 430-435.

20) DE MATTIA, op. cit., Tab. 32, pp. 800-801.

21) Banca d'Italia, *Relazione 1907*, Roma, 1908, p. 59.

22) F. BONELLI, *Bonaldo Stringher, 1854-1930*, Udine, 1985.

23) Banca d'Italia, *Relazione 1900*, Roma, 1901, pp. 7-8.

24) B. STRINGHER, *Un quarto di secolo alla Banca d'Italia, 1901-1925*, Roma, 1926, p. 11.

la legge impose loro di contenere i tassi sui depositi entro un terzo del saggio «normale» di sconto²⁵). Inoltre perdere raccolta per dato volume degli impieghi avrebbe costretto ad accrescere l'emissione di biglietti, almeno entro i massimali previsti dalla legge. Espandere gli impieghi e ricercare la clientela migliore riducendo i tassi attivi per competere con le altre banche nel mercato del credito era essenziale. Lo era per ottimizzare il rendimento/rischio dell'attivo di bilancio. Lo era per disporre di quote di mercato che consentissero di influire sul prezzo del danaro con le finalità più generali concernenti lo stato del sistema finanziario e dell'intera economia. La Banca d'Italia si rivolgeva a un'ampia platea di clienti: banche, imprese industriali e commerciali, proprietari agricoli e fittavoli (non contadini!)²⁶). Ma questa azione era frenata da una molteplicità di divieti e obblighi: minimo legale del saggio di sconto²⁷); proibizione di effettuare aperture di credito allo scoperto e riporti (a cui le altre banche sempre più ricorrevano in alternativa al costoso sconto delle cambiali); dovere di limitarsi alla migliore carta commerciale e alle anticipazioni sui titoli più sicuri; ammontare unitario massimo di tali anticipazioni e loro tassazione; rischi per l'anonimato della propria clientela.

Nei fatti, il portafoglio cambiario costituì la principale voce delle operazioni attive della Banca d'Italia. Il peso di tale voce, in rapporto al totale dei conti patrimoniali dell'Istituto, oscillò fra il 12% del 1897 e il 25% del 1925, con un valor medio del 19% nel trentennio.

Motivi di rivalità non mancarono neanche nei confronti degli altri due istituti d'emissione, «meridionali». La Banca d'Italia era tuttavia

25) La Legge n. 492 del 15 luglio 1909 allentò il vincolo, autorizzando gli istituti d'emissione ad allineare i tassi passivi a quelli delle casse di risparmio postali.

26) T. CANOVAI, *Le banche di emissione in Italia*, Roma, 1912, pp. 277-278. Tito Canovai, autore di monografie d'argomento monetario, fu dopo Archita Baldantoni la mente economica della Banca Nazionale e della Banca d'Italia. Nella Banca d'Italia ricoprì la carica di Vice direttore generale dal 1914 al 1921, esercitando anche la funzione vicaria di Direttore generale nei mesi – gennaio/giugno del 1919 – in cui Stringher succedette a Francesco Saverio Nitti al Ministero del Tesoro nel governo presieduto da Vittorio Emanuele Orlando.

27) Dal 1885 gli istituti d'emissione potevano prestare a un tasso d'interesse «ridotto» le cambiali di prim'ordine presentate allo sconto da clientela commerciale e bancaria, oltre che rifinanziare a un tasso d'interesse «di favore» la carta presentata al risconto da aziende di credito, quali le banche popolari. Le variazioni dei tassi non potevano tuttavia avvenire con frequenza e dovevano essere autorizzate dal governo.

preponderante per dimensione. Il totale dei conti patrimoniali era già pari a tre volte quello del Banco di Napoli e a dieci volte quello del Banco di Sicilia nel 1894. Nel 1925, alla vigilia del concentramento presso la Banca d'Italia della facoltà di emettere biglietti, i due rapporti erano ulteriormente saliti, rispettivamente a cinque e tredici volte.

Consolidandosi il suo stato patrimoniale e la sua centralità nella circolazione dei mezzi di pagamento, la Banca d'Italia accrebbe nel tempo sia la disponibilità a farsi carico della stabilità delle aziende di credito – sebbene fosse spesso con esse in concorrenza – sia la propensione a gestire la condizione monetaria, valutaria, economica del Paese²⁸⁾.

La funzione di credito d'ultima istanza – gemmata dai contributi di Henry Thornton e di Walter Bagehot²⁹⁾ – era nota ai vertici della Banca d'Italia. A Tito Canovai si deve molto probabilmente la formulazione più intelligente e raffinata – alla maniera di Thornton, più che a quella di Bagehot – dell'idea secondo cui il credito di ultima istanza – della Banca a questo punto *centrale* – può sventare una contagiosa crisi bancaria, evitare che il panico si diffonda tra i risparmiatori scatenando la corsa al ritiro dei depositi financo dalle banche solvibili: «Basta un soccorso moderato, basta, talvolta, il solo annuncio di provvedimenti in aiuto del mercato perché la situazione subitamente migliori»³⁰⁾.

Al di là dei riferimenti di teoria monetaria la Banca d'Italia fu spinta dalla forza delle cose a intervenire a sostegno della SBI

28) P. CIOCCA, *Note sulla politica monetaria italiana, 1900-1913*, in G. Toniolo (a cura di), *Lo sviluppo economico italiano, 1861-1940*, Bari, 1973; P. CIOCCA-G. TONIOLO, *Industry and Finance in Italy, 1918-1940*, in *Journal of European Economic History*, 1984, pp. 113-136. La fonte più ricca di informazioni e di analisi su tali temi, e su altri, è offerta dai volumi delle diverse serie della *Collana Storica* che la Banca d'Italia per l'iniziativa del Governatore Carlo A. Ciampi cominciò a pubblicare nel 1989 in previsione della ricorrenza del centenario dell'Istituto, sotto la guida di un comitato di coordinamento composto da Paolo Baffi, lo stesso Ciampi, Pierluigi Ciocca, Franco Cotula, Antonio Finocchiaro, Giorgio Sangiorgio, con Carlo M. Cipolla quale consulente scientifico per la *Serie Documenti*. Si veda altresì AA. VV. *Storia d'Italia. Annali 23. La banca*, Torino, 2008, che tiene conto di un'ampia letteratura.

29) H. THORNTON, *An Enquiry into the Nature and Effects of the Paper Credit of Great Britain*, London, 1802; W. BAGEHOT, *Lombard Street. A Description of the Money Market*, London, 1873.

30) F. BONELLI (a cura di), *La Banca d'Italia dal 1894 al 1913. Momenti della formazione di una banca centrale*, Bari, 1991, "Appunto", p. 421.

nel 1907, a coordinare le imprese e gli istituti bancari coinvolti nella crisi siderurgica del 1911³¹⁾, a gestire la corsa dei depositanti anche agli sportelli delle banche di un'Italia neutrale allo scoppio della guerra europea nell'estate del 1914, a fornire liquidità alla Banca Italiana di Sconto in dissesto nel 1921, ad alimentare dal 1922 i finanziamenti della Sezione autonoma del Consorzio per Sovvenzioni Industriali (sorto nel 1914 anche con capitale della Banca d'Italia) ad Ansaldo, Banco di Roma e altri. I tentativi di salvataggio di industrie e banche in difficoltà continuarono, in via diretta o attraverso l'Istituto di Liquidazioni (nel novembre del 1926 succeduto alla Sezione autonoma del CSVI), anche dopo il 1926. Alla fine del 1932 la Banca d'Italia era di nuovo in situazione critica. Gli immobilizzi erano pari a oltre metà della circolazione, un terzo dell'intero passivo di bilancio, sette volte il capitale, le riserve e gli accantonamenti. La banca centrale era sostanzialmente fallita. L'avrebbe tenuta in vita solo l'intervento dello Stato, attraverso l'IRI, proposto da Alberto Beneduce e Guido Jung e varato da Benito Mussolini nel gennaio del 1933³²⁾.

Sul fronte monetario e valutario primario dovere della Banca d'Italia, come degli altri istituti d'emissione, era la cura delle riserve metalliche e in valuta nel loro rapporto con la circolazione. L'oro era alla base della circolazione. Per legge doveva coprire una parte non irrilevante dei biglietti emessi entro i limiti prescritti e solo la copertura aurea poteva consentire di eccedere quei limiti, con profitto per gli istituti che li stampavano. Ad esempio, dal 1900 al 1905 un afflusso di riserve più rapido dell'espansione della circolazione indusse la Banca d'Italia, e le consentì, di competere con le altre aziende di credito nel mercato dei prestiti riducendo i tassi medi dello sconto. L'opposto accadde tra la fine del 1909 e il primo semestre del 1913. Ma la Banca già con Marchiori, poi ancor più sistematicamente con Stringher, si spinse al di là dei possibili profitti aziendali. Cercò di attuare una politica del cambio della lira verso le altre valute. Lo fece sia

31) La sistemazione della vicenda siderurgica confermò *«l'ancor più accresciuto prestigio della Banca d'Italia – e del suo direttore generale – e la sua capacità di 'chiamare a raccolta' ormai non solo una frazione, come era avvenuto con il salvataggio della S.B.I., ma l'intero sistema bancario comprese – non senza qualche difficoltà – le casse di risparmio»* (CONFALONIERI, op. cit., p. 112).

32) P. CIOCCA, *Storia dell'IRI. L'IRI nell'economia italiana*, Bari, 2014.

agendo sui tempi e sull'entità delle variazioni dei tassi d'interesse sia intervenendo direttamente in acquisto e vendita di divise nel mercato.

Inoltre la Banca non si sottrasse a «un'azione moderatrice» della speculazione al rialzo in Borsa, fra l'altro inasprendo il costo del danaro nella tensione borsistica 1906-1907. Stringher divenne sempre più attento all'andamento dell'economia e dei prezzi. Nell'età giolittiana, se i prezzi furono stabili e la crescita regolare, nondimeno vi furono momenti in cui il progresso della produzione tese a rallentare. In queste congiunture per non pregiudicare l'attività economica la Banca rinviò aumenti dei tassi dello sconto, ovvero vi rinunciò. Ad esempio, nell'ottobre del 1912 Stringher informò il Consiglio Superiore che «limitare in modo sensibile gli affari (della Banca) significherebbe provocare crisi». L'inflazione bellica non poteva essere prevenuta, o solo contenuta, lesinando sulla circolazione. In effetti, fra il 1914 e il 1920 – allorché i prezzi all'ingrosso aumentarono di sei volte – i biglietti stampati dalla Banca d'Italia crebbero di sette volte e l'intero passivo di bilancio dell'Istituto di cinque volte. Ma gli aggregati monetari (circolante e circolante più depositi bancari) diminuirono e i tassi d'interesse salirono negli anni 1922-1926, caratterizzati da ripresa produttiva, rialzi di borsa, spinte inflattive. Viceversa, i primi presero ad aumentare e i secondi a diminuire quando, nel 1927, «quota 90» indebolì l'attività economica, la Borsa scese, si avviò una deflazione dei prezzi che sarebbe proseguita fino al 1934. La Banca d'Italia di Stringher concepì e praticò quella che il Keynes del *Tract* e altri economisti pensarono come «*regulation of money*», o moneta manovrata, a fini anticiclici e comunque di stabilizzazione dell'economia³³⁾.

5. Un giurista in banca centrale

Gustavo Bonelli operò in tale contesto.

Quando divenne legale d'istituto di emissione aveva già pubblicato molto. I temi generali di filosofia e sociologia del diritto con indirizzo positivista (pena di morte, biologia, rappresentanza

33) J. M. KEYNES, *A Tract on Monetary Reform*, London, 1923, p. 141.

elettorale, morale e diritto, diritti delle donne, personalità giuridica) a cui si era principalmente dedicato già davano spazio a temi, anche specifici, di diritto commerciale e fallimentare. «*Colla mia nomina a Sottocapo del contenzioso della Banca d'Italia, le più frequenti occasioni di trattare questioni di diritto commerciale mi portarono naturalmente a specializzarmi in questo ramo. Ma trovai tutt'altro che inutile il corredo degli studi fatti sugli altri campi, compreso il diritto romano...*»³⁴). Il lavoro nell'Istituto d'emissione lo rese ancor più incline verso gli studi civilistici, con esiti che faranno di lui «uno dei massimi commercialisti italiani dei primi anni del Novecento»³⁵), «il più grande fallimentarista italiano»³⁶).

Che Bonelli si dedicasse allo studio della «cambiale» (e dell'assegno, e del conto corrente) – dalla più astratta figura del titolo di credito (cos'è, giuridicamente) a ogni dettaglio pratico (ad esempio, «L'eccezione d'insufficienza di bollo nella cambiale emessa in bianco», 1915) – non sorprende. Era naturale, in una finanza italiana in cui questa antica forma tecnica ancora spiccava per la carenza di altre forme più moderne. Era doveroso, in una Banca d'Italia che imperniava sul risconto di cambiali, piuttosto che su scoperti, riporti, operazioni su titoli nel mercato aperto tanto i profitti quanto il governo della moneta.

Nel merito, unilateralità della promessa – non contratto o negozio unilaterale – quale fonte dell'obbligazione; sospensione, o «pendenza», dei rapporti obbligatori mentre il titolo circola³⁷); conseguente inopponibilità ai successivi titolari delle eccezioni

34) G. BONELLI, *Lettera a Leone Bolaffio*, agosto 1911, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, 1928, pp. 5-6.

35) B. LIBONATI, *Bonelli, Gustavo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Vol. 11, Enciclopedia Treccani, 1969, p. 761.

36) G. TERRANOVA, *Bonelli, Gustavo*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, Vol. I, Bologna, 2013, p. 289.

37) La cambiale è un «elemento patrimoniale galleggiante»: «*un credito inerente al possesso giuridico della cambiale, che si trasmette colla girata della cambiale, e non appartiene in proprio a nessuna determinata persona finché la cambiale è girabile. Perciò esso non si confonde nel patrimonio di nessuna delle persone attraverso cui passa il possesso legittimo della cambiale. Diventa proprio della persona presso cui si trova, cioè entra a confondersi nel suo patrimonio, quando cessa di essere girabile*» (G. BONELLI, *Il pegno cambiario e la girata in garanzia*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1895, parte IV, n. 16-19; per la formulazione definitiva e sistematica cfr. Id., *Della Cambiale, dell'Assegno bancario e del Contratto di conto corrente*, Milano, 1914).

opponibili al primo titolare; inclusione dei titoli nominativi (azioni della Banca d'Italia comprese³⁸...) nella generale figura dei titoli di credito: questo e altro s'inscriveva nel *favor* per la massima circolabilità dei titoli ai fini della creazione di un mercato più ampio ed efficiente. L'obiettivo, d'ordine strutturale, era proprio di una Banca d'Italia che non poteva non farsi carico del superamento dell'arretratezza relativa dei mercati monetari e finanziari rispetto allo sviluppo, allora già in atto, dell'intermediazione bancaria.

Che Bonelli si dedicasse allo studio del «fallimento» non deve del pari sorprendere. La Banca d'Italia era appena sorta dalla più grave crisi d'illiquidità e d'insolvenza sperimentata dopo l'Unità: più grave di quella del 1866, più grave di quella del 1874. La Banca era nata carica di partite immobilizzate, di crediti verso operatori illiquidi o insolventi, chiamata a gestire a proprio rischio la delicata liquidazione di un ex istituto d'emissione. La Banca, fino a quando Bonelli vi lavorò, dovette farsi carico di pericolosi focolai di instabilità sistemica della finanza: 1907, 1911, 1914, 1921, 1922-1924.

Nel merito, si deve all'avvocato Bonelli la sottolineatura dell'esigenza di un *ente fallimento* capace di gestione attiva delle risorse, per salvaguardarle e riallocarle verso impieghi meno improduttivi, al fine di rimuovere la causa economica di fondo che, al di là degli episodi manifesti di inadempimento, aveva portato al dissesto. Occorreva quindi creare un organismo autonomo a cui affidare, non una procedura esecutiva meramente sanzionatoria del fallito, bensì una procedura da volontaria giurisdizione, *forward looking*. Il presupposto della dichiarazione di fallimento doveva essere oggettivo: «L'insolvenza è quello stato del patrimonio di una persona per cui questa si rivela impotente a far fronte ai debiti che lo gravano»³⁹. *Impotenza* del patrimonio a far fronte voleva dire diversità di natura dell'insolvenza non solo dall'illiquidità, ma anche dallo squilibrio fra passivo e attivo di bilancio, in una prospettiva che non si limitasse all'*hic et nunc* strettamente contabile.

38) «Sarebbe un caso nuovo che domani la Banca d'Italia a un azionista che *dichiara* (si chiamano *dichiarazioni di trapasso*) di trapassare le sue azioni a Tizio, rispondesse: codesto creditore non mi garba, ed io non iscrivo il vostro trapasso nei miei registri» (G. BONELLI, *Contributo a una teoria scientifica dei titoli di credito*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1897, parte IV).

39) Citato in A. CICU, *In tema di revocatoria fallimentare*, in *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, cit., p. 22.

La procedura fallimentare era quindi estensibile ai *patrimoni senza soggetto*, poi storicamente e criticamente approfonditi da un illustre romanista, Riccardo Orestano⁴⁰). Era, questo, uno dei nessi con la più ambiziosa delle teorizzazioni bonelliane: la persona giuridica. Bonelli la pensò come centro d'imputazione di diritti e obblighi, compreso quello costituito da un patrimonio nel senso più lato purché dotato di autonomia, sino a configurarsi come *patrimonio acefalo*, che vede l'uomo solo come destinatario o amministratore⁴¹). Francesco Ferrara, pur ammirato, si oppose. Convinse la dottrina di allora che l'elemento umano non poteva essere del tutto espunto dai rapporti patrimoniali. Nondimeno, l'avvocato della banca centrale forse antevide sviluppi della finanza che nel tempo sarebbero sfociati nell'investimento di patrimoni affidati a «fondi» o a «veicoli» non poco spersonalizzati, viventi, per dir così, di vita propria.

La Banca d'Italia non è evocata spesso, in modo esplicito, negli scritti di Bonelli pubblicati. Non lo è neppure in quelli non pubblicati, negli «appunti» interni rivolti al vertice dell'Istituto. In conformità con la natura giuridica della Banca, le controversie in cui Bonelli e i suoi legali la difesero nei tribunali avevano per lo più connotati «privatistici». Riguardavano di norma la clientela della Banca e vari soggetti terzi che tutelavano i loro interessi privati nei confronti di un soggetto privato. Solo di rado le cause civili comportavano possibili ricadute di qualche rilievo per le funzioni pubblicistiche dell'Istituto d'emissione⁴²).

Peraltro, al di là dei casi di formale contenzioso, il contributo di Bonelli quale consulente legale fu importante, in alcune occasioni decisivo, nel formare la posizione dell'Istituto su questioni delicate e controverse. Può citarsi almeno un episodio. Nello scorcio del

40) R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1960, pp. 149-196.

41) A cominciare da G. BONELLI, *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, in *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, 1889, pp. 1-37, 169-230, fino a Id., *La teoria della persona giuridica*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1910, pp. 445-673.

42) «Nel corso delle molte cause da Bonelli trattate in difesa della Banca d'Italia, difficilmente egli interveniva di persona al dibattito per illustrare a viva voce i propri scritti defensionali (...). Le sue sobrie e limpide comparse agevolmente convincevano i giudici della bontà delle tesi da lui sostenute» (G. RUTA, *La banca e la toga: Gustavo Bonelli*, in *Rivista del personale della Banca d'Italia*, 1963, p. 7).

1923 si progettava la fusione fra due debolezze: il Banco di Roma, in difficoltà, e la Banca nazionale di credito, che aveva rilevato le attività della defunta Banca Italiana di Sconto e che il gruppo Agnelli progettava di acquisire⁴³). Stringher, interessato da Agnelli, dissentì. Lo fece sulla base del parere legale di Bonelli: gli amministratori della Banca nazionale di credito non potevano procedere alla fusione senza ledere i diritti dei creditori della vecchia Banca Italiana di Sconto. Agnelli dovette comunicare al Ministro delle finanze Alberto de' Stefani la rinuncia al progetto.

Bonelli rappresentò la Banca d'Italia nelle sedi dello *ius condendum* internazionale e nelle commissioni chiamate a riscrivere il diritto italiano dell'economia che in quegli anni si succedettero. Spicca fra queste la Commissione reale per la riforma dei codici, che a metà degli anni Venti elaborò i primi progetti di intervento sul Codice di Commercio del 1882. Per la sottocommissione presieduta da Angelo Sraffa Bonelli predispose il «Progetto di una legge sul fallimento», che poi offrirà positivi riferimenti per la legge sulle procedure concorsuali del 1942⁴⁴).

A differenza di quanto sarebbe avvenuto con la legge bancaria del 1936 – concepita nell'IRI, da Beneduce e Donato Menichella – la Banca d'Italia partecipò alla preparazione della importante normativa, già evocata, che nel 1926 ne sancì il ruolo come banca centrale a pieno titolo. In particolare, Bonelli fu uno dei membri – con lo stesso Stringher per conto della Banca e con Alberto Beneduce e il Direttore Generale del tesoro Luigi Faustino Pace per conto del governo – del gruppo di lavoro costituito in Via Nazionale per redigere il decreto sulla tutela del risparmio⁴⁵).

Una prima versione del testo – sulla scia di un progetto di incerta attribuzione del 1923 – è del gennaio del 1926. Questa versione non prevedeva l'affidamento dei poteri ispettivi sulle aziende

43) Cfr. N. DE IANNI, *Il ministro soldato. Vita di Guido Jung*, Soveria Mannelli, 2009, pp. 178-180.

44) *Progetto di una legge sul fallimento*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1921, pp. 522-562; *Il progetto Bonelli sul fallimento*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1922, pp. 190-203; G. BONELLI, *Osservazioni sul progetto di un nuovo codice di commercio*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1923, pp. 513-541.

45) G. GUARINO - G. TONIOLLO (a cura di), *La Banca d'Italia e il sistema bancario, 1919-1936*, Bari, 1993, pp. 110 e segg.

di credito alla Banca d'Italia, ma al Ministero delle finanze, che si sarebbe avvalso di funzionari dello Stato e di esperti. Bonelli produsse un appunto contenente osservazioni e proposte di modifica della versione di gennaio. Oltre a suggerimenti formali – come l'ordine degli articoli e il lessico giuridico – le sue proposte di merito riguardarono l'innalzamento del rapporto patrimonio/depositi delle aziende di credito, l'introduzione di un limite di fido e di sottoscrizione di titoli obbligazionari e azionari nei confronti di un unico soggetto, il contenimento degli investimenti in immobili, le sanzioni e soprattutto il coinvolgimento della Banca d'Italia nella vigilanza cartolare e ispettiva.

Vale riportare le parole, tanto garbate quanto sicure, di Bonelli: *«La proporzione di un decimo per l'ammontare dei depositi e quello del patrimonio può sembrare forse insufficiente (...). Con questi articoli è esaurito il tema degli obblighi imposti agli enti che raccolgono depositi. Il progetto del 1923 ne includeva degli altri, che non sarà male tenere presenti: vietava a codesti enti di avere esposizioni verso un solo obbligato per un importo complessivo che superasse il decimo del capitale e delle riserve, nonché di investire più del 10% del capitale e delle riserve in titoli di una singola società o in partecipazione qualsiasi a una singola società, e più del 30% in immobili propri; dava il termine di due anni per riportare i detti impieghi ai limiti indicati (...). Ricordo, per semplice memoria, che nel progetto del 1923 era istituito uno speciale Comitato di sorveglianza, che doveva essere sentito dal Governo prima di concedere l'autorizzazione a ricevere depositi, ed aveva poi l'incarico di esaminare e vagliare le situazioni mensili e i bilanci. Questa Commissione era composta dai Direttori Generali dei Banchi di emissione, presidente quello della Banca d'Italia»⁴⁶⁾.*

Non poche fra queste indicazioni confluirono nei provvedimenti di legge.

Fu l'ultimo apporto di un distinto funzionario al suo Istituto, di un insigne giurista al suo Paese.

46) Osservazioni intorno al progetto di decreto per la tutela del risparmio in Archivio storico della Banca d'Italia – Carte Stringher, 407/1.02/86-95.

***Osservazioni intorno al progetto di decreto
per la tutela del risparmio***

Gustavo Bonelli

*(Archivio storico della Banca d'Italia, Carte Stringher,
07/1.02/86-95)*

La disposizione centrale è quella dell'articolo 3 che dispone come deve essere costituito il patrimonio dell'ente in rapporto all'ammontare dei depositi. Io ne farei l'articolo iniziale (subito dopo però quello dell'art. 6).

In proposito osserverei soltanto che la proporzione di un decimo per l'ammontare dei depositi e quello del patrimonio può sembrare forse insufficiente.

Il Progetto del Codice del Commercio, redatto dalla commissione per la riforma del medesimo, ha l'art. 242. Per cui le Società che ricevono depositi a risparmio devono versare nel fondo di riserva almeno il decimo degli utili netti, fino al raggiungimento del terzo dell'ammontare dei depositi esistenti al fine dell'esercizio precedente. E «se dopo costituito il fondo di riserva venga diminuito per qualsiasi ragione, esso deve essere reintegrato nel modo stesso».

L'art. 6 che porta la necessità dell'autorizzazione governativa per coloro (istituti o privati) che si propongono di raccogliere depositi mi sembra che vada posto per il primo. Si capisce che tale disposizione ha naturalmente vigore coll'entrata in vigore del decreto che la contiene.

Le norme che seguono si dirigono a tutti gli Istituti o privati che *raccogliono* (non più che si propongono di raccogliere) depositi. E ciò è fatto chiaro dal capoverso dell'articolo che segue (art. 3 modificato dall'attuale progetto – che, come ho detto è quello sostanziale del decreto, e va prima di quello che parla del controllo e della vigilanza governativa, diretta a constatare l'osservanza della norma).

La modificazione portata all'art. 3 è giusta, in quanto prevede un caso che il testo originale non prevede, quello cioè in cui quella tal proporzione non si rinvenga nei patrimoni di enti già esistenti

ed esercenti depositi, ma occorre unirvi anche il caso considerato nel primo testo, della deficienza, cioè, che si verifichi da tratta di tempo avvenire.

Gli art. 4 e 5 possono dirsi un complemento dell'art. 3 specialmente il 5 (che potrebbe precedere il 4).

Con questi articoli è esaurito il tema degli obblighi imposti agli enti che raccolgono depositi.

Il progetto del 1923 ne includeva degli altri; che non sarà male tener presenti: vietava a codesti enti di avere esposizioni verso un solo obbligato per un importo complessivo che superasse il decimo del capitale e delle riserve, nonché da investire più del 10% del capitale e delle riserve in titoli di una singola società o in partecipazione qualsiasi a una singola società, e più del 30 % in immobili proprii; dava il termine di due anni per riportare i detti impieghi ai limiti indicati.

A questi articoli logicamente fa seguito il disposto degli art. 1 e 2 (del testo modificato) che parlano della vigilanza governativa e del modo di esercitarla. Ripeto che come tale disposizione tende sostanzialmente a garantire l'osservanza del comando contenuto negli art. 3 e 5 del testo, così sta meglio collocato dopo di questi.

Ricordo, per semplice memoria, che nel progetto del 1923 era istituito uno speciale *Comitato di sorveglianza*, che doveva essere sentito dal Governo prima di concedere l'autorizzazione a ricevere depositi, ed aveva poi l'incarico di esaminare e vagliare le situazioni mensili e i bilanci. Questa Commissione era composta dai Direttori Generali dei Banchi di emissione, presidente quello della Banca d'Italia.

La materia delle *pene* (art. 7) andrebbe meglio disciplinata, distinguendo la multa con cui colpire gli enti dalle sanzioni contro gli amministratori inadempienti e minacciando a costoro, se gravemente colpevoli o dolosi anche le pene comminate in tema di bancarotta, nei casi di liquidazione dell'ente, anche fuori di fallimento o di concordato preventivo. L'applicazione della multa dovrebbe potersi fare dal Ministro delle Finanze salvo ricorso non sospensivo.

Forse anche la contravvenzione all'obbligo del segreto (di che all'art.[2]) andrebbe considerata come soggetta a pena. Una disposizione che sottragga gli Istituti di emissione dall'applicazione di questo decreto forse non è indispensabile.

Opportuno è forse dire espressamente che a questo sono soggetti anche gli Istituti o privati stranieri che esercitano in Italia.

I diritti fondamentali

Olina Capolino

I diritti fondamentali

Olina Capolino

1. Il «multiforme ingegno» di Gustavo Bonelli. – 2. L'abolizione della pena di morte. – 3. Il diritto di voto e i sistemi elettorali. – 4. La condizione giuridica della donna e l'autorizzazione maritale.

1. Il «multiforme ingegno» di Gustavo Bonelli

Le opere più conosciute di Gustavo Bonelli affrontano, com'è noto, tematiche collegate all'attività professionale svolta dall'Autore. Con l'impiego presso la Banca Nazionale del Regno, infatti, gli interessi di Bonelli si focalizzano principalmente sulle questioni legali ricorrenti nell'attività della Banca, che non svolge il solo ruolo di istituto di emissione, ma è anche banca commerciale. Gli scritti degli anni giovanili, mancando ancora gli stimoli professionali che più tardi indussero Bonelli a orientare gli studi prevalentemente verso il diritto civile, commerciale e fallimentare, rivelano però interessi ben più ampi, spaziando dalla sociologia alla biologia, dall'etica all'analisi storico-giuridica della condizione della donna.

Nella *congerie* eterogenea degli scritti giovanili, ampiamente influenzati dal positivismo scientifico, una rilevanza particolare sotto il profilo giuridico è assunta da quegli studi che affrontano questioni riguardanti i diritti fondamentali, intesi come i «*diritti soggettivi che spettano universalmente a 'tutti' gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini, o di persone capaci d'agire*»¹⁾. A questa categoria possono ascrivere le opere di seguito riproposte, che toccano i temi della pena di morte, dei diritti politici (con specifico riferimento all'elettorato attivo e ai sistemi elettorali) e della condizione giuridica della donna.

1) La definizione è di L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, p. 5; sulla difficoltà di circoscrivere il concetto v. N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in *L'età dei diritti*, Torino 1990, p. 8 e ss.. Sull'elaborazione dogmatica dei diritti a partire dagli Stati liberali ottocenteschi e sulla costituzione in «sistema» dei diritti pubblici soggettivi, quale componente più caratterizzante del diritto costituzionale, P. RIDOLA, *I diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino 2006.

Anche in questi scritti può apprezzarsi il rigore logico delle argomentazioni e la chiarezza e semplicità dello stile caratteristici dell'Autore, che in pochi nitidi tratti riesce a definire i concetti essenziali e a proporre efficacemente la propria chiave di lettura. Molto meno preciso e limpido appare il ragionamento (e con esso il linguaggio) negli scritti in cui Bonelli abbandona il campo del diritto per avventurarsi in quello della biologia, della sociologia e delle teorie evolucionistiche²⁾.

Osservazioni di carattere per lo più sociologico permeano ad esempio scritti come *La morale e il diritto*³⁾, in cui la società è descritta come un organismo in formazione, tendente al tempo stesso alla conservazione e all'evoluzione, caratterizzato dalla dialettica «tra organismo e libertà individuale». Dialettica che, sul finire del diciannovesimo secolo, si sostanzia soprattutto nella «questione sociale»: «un conflitto, una collisione di difficilissima soluzione tra la giustizia commutativa e quella distributiva»⁴⁾.

Il giovane Bonelli avverte l'insufficienza della giustizia «nella sua forma commutativa, contrattuale, foggiate dal punto di vista individuale», ritenendo necessaria una giustizia «in senso dinamico», una giustizia sociale più adatta a un organismo in evoluzione. Di qui

2) Si vedano in particolare: *Del limite essenziale che separa la sociologia dalla biologia* (in *Rivista Europea*, 1880); *Sulla nozione d'individuo in biologia* (in *Rivista di Filosofia Scientifica*, fasc. 2°, 1884) e *Individuo e gruppo in biologia* (in *Rivista di Filosofia Scientifica*, fasc. 5°, 1885); *Il problema morale nella filosofia scientifica* (in *Rivista di Filosofia Scientifica*, gennaio 1886); *La morale e il diritto come elementi integranti dell'organismo sociale* (sempre in *Rivista di Filosofia Scientifica*, maggio 1887). Lo scritto *Del limite essenziale che separa la sociologia dalla biologia* desta comunque l'interesse di Pietro Siciliani, medico e professore di filosofia teoretica nell'Università di Bologna, e segna l'avvio di un dialogo epistolare che viene pubblicato col titolo *Teorie sociali e socialismo-conversazione epistolare* (in *Rivista Europea*, 1880). Lo stesso Bonelli ricorda questi fatti nella lettera a Leone Bolaffio dell'8 agosto 1911, in *Dir. Fall.* 1928, nn. 1-2 (numero monografico dedicato alla memoria di Bonelli), p. 4.

3) G. BONELLI, *La morale e il diritto come elementi integranti dell'organismo sociale*, cit.

4) G. BONELLI, *op. ult. cit.*, p. 21, ove così prosegue: «per quanto non possa negarsi che il libero giuoco delle forze economiche riesce spontaneamente ad effettuare fino ad un certo punto anche una normale circolazione e distribuzione di beni nella società, nessuno ignora come spesso i suoi risultati siano dal punto di vista sociale insoddisfacenti e persino ingiustificabili. La concorrenza economica lasciata liberamente a se stessa e alle sue proprie leggi produce effetti, che mentre si direbbero giusti dal punto di vista contrattuale del diritto privato, sono non di rado socialmente funesti (...). L'esigenza d'un intervento del potere centrale dello Stato nel regolare siffatti rapporti, esigenza specialmente in questi ultimi tempi così vivacemente sentita ed affermata, è appunto e soprattutto l'espressione della coscienza di questo conflitto e della necessità di ripararvi mercè un rinforzo di potenze organizzatrici (misure politiche - beneficenza pubblica - socialismo di Stato).».

il convincimento che il fine del progresso sia quello di «*restringere sempre di più il campo dell'ingiustizia*»⁵⁾ e che, non potendo essere mai del tutto eliminata la disuguaglianza, lo sviluppo sia inevitabilmente legato al conflitto. Bonelli rifiuta, in polemica con Spencer, la prospettiva di «*un mondo di gentlemen in guanti*» e afferma che, «*finché progresso vi sarà, esso avrà per condizione la lotta; lotta del diritto contro la prepotenza, lotta della morale contro l'ingiustizia, lotta continua, incessante, feconda, πόλεμος πατήρ πάντων*»⁶⁾: prospettiva che mostra quanto l'Autore fosse pienamente permeato dallo spirito del tempo.

2. L'abolizione della pena di morte

Il primo scritto qui parzialmente pubblicato⁷⁾ risale al 1874, quando Bonelli, ventunenne, era ancora studente dell'Università di Perugia. Lo scritto si inserisce nel lungo dibattito che vede contrapposti nell'Italia post-unitaria i fautori del mantenimento della pena capitale e gli abolizionisti. Occorre ricordare che le legislazioni degli Stati preunitari prevedevano generalmente la pena di morte, ma faceva eccezione il Granducato di Toscana, che aveva abolito la pena capitale e che, successivamente all'unificazione, avvenuta generalmente all'insegna dell'estensione dell'ambito territoriale di applicazione della legislazione piemontese, aveva conservato in via transitoria il proprio codice penale in luogo di quello sabauda.

Il quadro giuridico dell'Italia post-unitaria si presenta dunque frammentato e richiede una rapida omogeneizzazione della legge penale. In questa prospettiva, il Ministro Guardasigilli Paolo Onorato Vigliani avvia in tutto il Paese una consultazione della magistratura e delle facoltà di giurisprudenza sulla previsione della pena capitale⁸⁾. Nelle Università, l'esito della consultazione

5) G. BONELLI, *op. ult. cit.*, p. 22.

6) G. BONELLI, *op. ult. cit.* p. 26.

7) L'opuscolo, stampato a Firenze col titolo *Osservazioni sul parere emesso dalla Facoltà legale di Perugia contro l'adozione della pena di morte*, riproduceva lo scritto *La Facoltà legale e la pena di morte*, già pubblicato sul giornale *La Provincia* di Perugia.

8) La vicenda è ricordata da A. RAIMONDI, *I due primi lavori giovanili di Gustavo Bonelli*, in *Dir. Fall.* 1928, cit., p. 208.

promossa è, quasi unanimemente, favorevole all'abolizione; i professori della facoltà di giurisprudenza di Perugia si pronunciano invece, in maggioranza, in senso contrario.

A tale posizione, illustrata con un parere redatto dal preside prof. Emilio Barbanera, Gustavo Bonelli reagisce con un *pamphlet* che si caratterizza per la vivace *vis* polemica e la totale assenza di *metus reverentialis*. Sorprendente, infatti, è la franchezza con cui lo studente del terzo anno contesta la ricostruzione del preside della facoltà e ne contrasta (efficacemente e senza soggezione alcuna) le argomentazioni, che non esita a definire «vieti e rancidi argomenti». È lo stesso Bonelli a riconoscere, molti anni dopo, il tono fortemente critico dell'opuscolo, ricordandolo come «un primo scritto d'indole polemica, anzi battagliera (fin dappprincipio emergeva, in contraddizione col mio carattere mite e timido, la passione per la lotta... incruenta) di me studente contro i professori della mia Facoltà, che avevano votato pel mantenimento della pena di morte – scritto che mi procurò la prima soddisfazione: un biglietto elogiativo del venerando Carrara»⁹⁾.

Le ragioni dell'abolizionismo ottocentesco si richiamano ancora largamente alle argomentazioni critiche sviluppate già nel 1764 da Cesare Beccaria: la pena di morte non ha mai distolto gli esseri umani dal crimine; nessun cittadino può, nella prospettiva del contratto sociale, cedere allo Stato il diritto di disporre della propria vita; è infine «assurdo che le leggi (...) che detestano e puniscono l'omicidio, ne commettano uno esse medesime, e, per allontanare i cittadini dall'assassinio, ne ordinino uno pubblico»¹⁰⁾. Ragionamenti simili si ritrovano anche nei dibattiti parlamentari dell'Italia post-unitaria, destinati per lungo tempo a rimanere infruttuosi¹¹⁾.

Anche il giovane Bonelli, nel contrastare i vari argomenti utilizzati nel parere reso dalla sua facoltà di giurisprudenza, si

9) Cfr. la lettera a Leone Bolaffio dell'8 agosto 1911, cit., in *Dir. fall.*, cit., 1928, p. 4.

10) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, par. XXVIII, *Della pena di morte*.

11) Cfr. ad es. SENATO DEL REGNO, *Discussioni intorno alla pena di morte* (tornate dal 18 al 25 febbraio, 5 e 6 marzo 1875), Roma, 1875.

ispira a Beccaria: confuta, così, la tesi dell'utilità della pena di morte riproponendo l'incisiva osservazione, che ancor oggi appare attuale, secondo cui «*Non è la gravità, ma la certezza della pena che la rende efficace*» e nega l'efficacia deterrente della pena capitale sulla base di dati statistici che, soprattutto nel confronto con le province toscane, mostrano l'infondatezza della sua asserita «virtù intimidatrice». Il carattere esemplare attribuito all'esecuzione capitale viene poi confutato sia per la generale tendenza del tempo a evitare ormai le esecuzioni pubbliche, sia perché gli stessi fautori della pena di morte riconoscono come la folla che assiste a un'esecuzione sia «*mossa da curiosità stupida e insensata*»; e, osserva Bonelli, «*non sappiamo davvero se sia più immorale chi corre per curiosità ad uno spettacolo, o la legge che l'offre*».

Una volta dimostrata l'inefficacia e l'inutilità della pena di morte, Bonelli ne fa discendere la sua non necessità, ricordando tra l'altro che l'esperienza di altri Paesi europei ed extraeuropei mostra come a seguito dell'abolizione della pena capitale non si sia affatto verificato il paventato incremento dei reati più gravi. Lo scritto si conclude manifestando la preoccupazione che l'orientamento antiabolizionista espresso (peraltro solo a maggioranza) dalla facoltà di giurisprudenza dell'Università di Perugia si possa in qualche modo ingiustamente riverberare sulla reputazione della cittadinanza, colta e civile «*malgrado che una lunga soggezione al Pontefice avesse insterilito il campo dell'intelligenza*».

Quindici anni dopo il *pamphlet* di Bonelli, con l'approvazione del codice penale Zanardelli, la pena di morte viene finalmente abolita in Italia, salvo che nel codice penale militare. La pena capitale viene tuttavia poi reintrodotta durante il regime fascista per taluni reati contro la vita della famiglia reale e del capo del governo nonché contro lo Stato¹²⁾, e resa poi nuovamente applicabile dal codice Rocco, entrato in vigore nel 1931, anche ad alcuni gravi reati comuni. Solo nel secondo dopoguerra, con la Costituzione

12) Legge 25 novembre 1926, n. 2008, recante *Provvedimenti per la difesa dello Stato*, istitutiva anche del Tribunale speciale per la difesa dello Stato.

repubblicana¹³⁾ e la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, il diritto alla vita si iscriverà tra i diritti inviolabili, secondo un principio poi più recentemente ribadito dall'art. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

3. Il diritto di voto e i sistemi elettorali

Il saggio sulla rappresentanza proporzionale delle minoranze¹⁴⁾ si colloca cronologicamente in un periodo in cui in Italia ferveva il dibattito sulla riforma della legge elettorale. I requisiti di alfabetizzazione e di censo richiesti dalla legge sabauda, estesa con l'unificazione a tutto il nuovo Stato, escludevano dall'elettorato attivo il novantotto per cento degli italiani; si recava poi effettivamente alle urne solo circa il cinquanta per cento degli aventi diritto¹⁵⁾. Il sistema elettorale piemontese, uninominale maggioritario a due turni, rappresentava un ulteriore filtro rispetto all'accesso alla vita politica¹⁶⁾. Il dibattito sulla riforma elettorale verteva, quindi, soprattutto sul suffragio, di cui la sinistra chiedeva l'allargamento, e sui sistemi di scrutinio.

Bonelli nel suo scritto si sofferma, invece, sui meccanismi di rappresentanza, senza affrontare il problema delle regole di accesso al voto. Il saggio rappresenta una difesa, come sempre appassionata, argomentata e convincente, del sistema proporzionale, che l'Autore considera lo strumento migliore per realizzare una equilibrata

13) Nel sistema costituzionale italiano, il divieto della pena di morte si configura quale proiezione della garanzia accordata al bene fondamentale della vita, che è il primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2 della Costituzione (cfr. le sentenze della Corte costituzionale n. 54 del 1979 e n. 223 del 1996) ed è ulteriormente rafforzato dallo specifico divieto della pena di morte previsto dall'art. 27 della stessa Costituzione. Il testo originario dell'articolo, che faceva salvi i casi previsti dalle leggi militari di guerra, è stato emendato con l.cost. 2 ottobre 2007, n. 1, che ha eliminato anche detta eccezione per adeguare pienamente l'ordinamento italiano alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Protocollo addizionale n. 6, come a sua volta progressivamente modificato (fino ad escludere, nel 2003 con il Protocollo n. 13, qualsiasi eccezione al principio).

14) G. BONELLI, *Studio sulla rappresentanza proporzionale delle minoranze*, in *Rivista Europea*, 1880.

15) M. S. PIRETTI, *Le elezioni politiche in Italia dal 1848 a oggi*, Bari 1996, p. 33.

16) M. S. PIRETTI, *op. cit.*, p. 403.

distribuzione del potere¹⁷⁾, corrispondente sì alle «*diseguaglianze naturali*», ma tale da impedire la prevaricazione del più forte, grazie alla distribuzione dei seggi in proporzione ai voti ottenuti da ciascuna lista.

Lo scritto passa in rassegna i diversi meccanismi proporzionali, a partire dal più noto sistema di Hare¹⁸⁾. L'obiezione più grave che Bonelli muove a tale sistema riguarda la casualità da cui dipenderebbe l'elezione dei secondi e terzi preferiti nei diversi gruppi di schede scrutinate. Dopo un'analisi dei pregi e dei difetti di altri sistemi elettorali, Bonelli propone un sistema definito «*del quoziente progressivo*», che tiene conto della possibile presenza di più minoranze e si basa su una verifica, per ciascuna di esse, del rapporto numerico rispetto alla totalità dei votanti.

Il sistema illustrato da Bonelli è sempre fondato sul quoziente di eleggibilità in base al numero complessivo di voti, potendo quindi essere definito alla stregua di un perfezionamento del sistema di Hare; ma per altro verso risulta, nell'utilizzazione di numeri progressivi come quoziente, in qualche modo ispirato anche al metodo D'Hondt, la cui elaborazione risale allo stesso periodo¹⁹⁾. Non sappiamo se Bonelli fosse a conoscenza degli studi del matematico e giurista belga, ma certamente può dirsi che le sue riflessioni sono in linea con le più avanzate teorie dell'epoca.

Nello stesso anno in cui il saggio di Bonelli viene pubblicato, nell'ambito dei lavori della Commissione per la riforma elettorale viene proposta l'adozione del sistema proporzionale ideato da Hare, con collegio unico nazionale. La proposta non trova accoglimento, ma la Commissione introduce il diritto di rappresentanza della

17) I sistemi proporzionali sono in grado di fotografare infatti la realtà politica complessiva del Paese (R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto pubblico*, Torino 2016, p. 134).

18) Il metodo di Hare prevede che il totale dei voti espressi venga diviso per il numero dei seggi da assegnare.

19) Il metodo venne descritto per la prima volta dal suo autore nel 1878 (V. D'HONDT, *La représentation proportionnelle des partis par un électeur*, Gand, 1878). In base a tale metodo, detto anche delle divisioni successive, si dividono i totali dei voti ottenuti da ciascuna lista per un numero progressivo, fino a raggiungere il numero dei parlamentari da eleggere, assegnando i seggi disponibili in ordine decrescente.

minoranza²⁰⁾. La riforma della legge elettorale viene poi approvata definitivamente nel 1882 e prevede un ampliamento dell'elettorato attivo, nonché l'introduzione dello scrutinio di lista plurinominale maggioritario a due turni, che consente un premio al partito di governo. Il suffragio universale (maschile) sarà previsto solo con la legge 16 dicembre 1918, n. 1495, mentre il sistema elettorale verrà modificato con la legge 15 agosto 1919, n. 1401, successivamente rifluita nel Testo unico 2 settembre 1919, n. 1495, che introdurrà per la prima volta nella legislazione elettorale italiana il sistema proporzionale, con ripartizione dei seggi in base al metodo D'Hondt²¹⁾.

Va notato che tutto il dibattito parlamentare e accademico di fine ottocento lascia sullo sfondo il tema del suffragio femminile, che non viene affrontato neanche da Bonelli nel suo scritto: è però il caso di ricordare che, nonostante le richieste provenienti dai movimenti delle donne e i coraggiosi tentativi di qualche insigne giurista²²⁾, le donne in Italia hanno potuto esercitare il diritto di voto politico solo il 2 giugno 1946, in occasione del referendum istituzionale e dell'elezione dell'Assemblea Costituente.

4. La condizione giuridica della donna e l'autorizzazione maritale

Se Gustavo Bonelli non si occupa del suffragio femminile, dedica però numerosi scritti all'analisi della condizione giuridica della donna, e in particolare al tema dell'autorizzazione maritale,

20) M. S. PIRETTI, *op. cit.*, pag. 74 e ss.. Sul piano dei meccanismi di formazione della rappresentanza, la nuova normativa sostituisce al sistema uninominale maggioritario a doppio turno chiuso un sistema plurinominale a doppio turno, basato sullo scrutinio di lista in collegi plurinominali.

21) Cfr. www.storia.camera.it/legislature/sistemi_elettorali.

22) Lodovico Mortara, quale presidente della Corte d'appello di Ancona, fu estensore della sentenza del 25 luglio 1906 che affermò il diritto delle donne di iscriversi nelle liste elettorali. Sulla base di una lucida e corretta analisi degli artt. 24 e 25 dello Statuto Albertino, che garantivano a tutti i «regnicoli» l'uguaglianza dinanzi alla legge e prevedevano i loro obblighi tributari, la sentenza argomentò che, se le donne potevano essere, come erano, contribuenti, e godere degli altri diritti fondamentali, in assenza di un'esplicita esclusione normativa dovevano godere anche del diritto di voto (C.App. Ancona, 25 luglio 1906, in *Giur. It.*, LVIII, 1906, III, col. 389). La sentenza fu annullata dalla Cassazione, che, pur dovendo riconoscere l'assenza nella legge di un'esplicita eccezione, affermò, con argomento di dubbio spessore, che «non si [era] sentito neppure il bisogno» di dichiarare espressamente l'esclusione femminile dall'elettorato attivo e passivo. La vicenda delle dieci maestre marchigiane iscrittesi nel 1906 nelle liste elettorali, in risposta agli appelli di Maria Montessori e Anna Maria Mozzoni, e della pregevole sentenza della Corte d'Appello di Ancona redatta da Lodovico Mortara è raccontata da M. SEVERINI, *Dieci donne*, Macerata, 2012.

che è innanzitutto oggetto della sua tesi di laurea. L'istituto dell'autorizzazione maritale, nell'Italia preunitaria sconosciuto in Lombardo-Veneto, era previsto dagli artt. 134-137 del codice civile italiano del 1865²³⁾ e venne giustificato all'atto della sua introduzione con l'esigenza di tutelare gli interessi della famiglia.

La tesi di laurea di Bonelli si diffonde in un'ampia ricostruzione storica della condizione femminile, dall'antichità in poi, seguendo uno schema all'epoca largamente utilizzato²⁴⁾, che risente delle tesi evoluzionistiche, secondo le quali la vita sociale dell'umanità si è svolta attraverso stadi successivi di sviluppo, partendo da una fase primitiva dominata dalla forza fisica maschile, passando attraverso il matriarcato, per giungere infine all'organizzazione patriarcale.

Bonelli analizza gli istituti del diritto romano, spesso presi a pretesto dalle legislazioni contemporanee per giustificare la soggezione della donna, e ne evidenzia l'incoerenza rispetto ai principi di eguaglianza su cui si fondano gli ordinamenti moderni, i quali riconoscono in linea di principio la personalità e la capacità della donna. Bonelli rintraccia quindi le origini dell'istituto dell'autorizzazione maritale in un principio cristiano-germanico di protezione della donna (contrapposto a quello del dominio della forza maschile), combinato con l'influenza del regime della comunione dei beni, adottato in Francia ma non in Italia.

Scopo dello studio è però, più che ricostruire la storia della condizione femminile, quello di mettere in luce le incoerenze della

23) L'art. 134 stabiliva che «*La moglie non può donare, alienare beni immobili, sottoporli ad ipoteca, contrarre mutui, cedere o riscuotere capitali, costituirsi sicurtà, né transigere o stare in giudizio relativamente a tali atti, senza l'autorizzazione del marito*». Sull'istituto cfr. G. GALEOTTI, *L'autorizzazione maritale nel primo codice civile unitario: un istituto 'estraneo' alla tradizione italiana?*, in *Dimensioni e problemi della ricerca storica*, 2005, pag. 155 e ss..

24) Nel 1861 Johann Jakob Bachofen pubblica *Das Mutterrecht*, basato su una ricostruzione storica che dimostra come il patriarcato e la monogamia non siano gli unici modelli seguiti nel corso dello sviluppo dell'umanità (cfr. J.J. BACHOFEN, *Il potere femminile*, a cura di E. Cantarella, Milano 1977); nel 1877 L.H. MORGAN in *Ancient Society, or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery, through Barbarian to Civilization* descrive le fasi dell'orda promiscua, dell'orda organizzata, del matriarcato, del patriarcato e infine della famiglia monogamica; nel 1884 F. ENGELS pubblica *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato* (edizione italiana: Roma 1963), prendendo spunto dagli studi di Morgan e dagli appunti di Karl Marx. Engels riproduce lo schema dell'analisi storica della famiglia suddivisa per epoche (stato selvaggio, barbarie e civiltà) e riprende anche ampiamente le tesi di Bachofen per sottolineare la storicizzazione del concetto di famiglia, per l'Autore destinato – come il concetto di proprietà privata – a ulteriori e migliori sviluppi futuri.

legislazione italiana, che da una parte sembrerebbe rinvenire il fondamento dell'istituto nell'interesse della famiglia, tanto che la nubile e la vedova non sono soggette ad autorizzazione, ma dall'altra sembrerebbe accogliere piuttosto, quale inconfessato presupposto, il principio dell'incapacità (per la naturale inadeguatezza del sesso femminile) di origine francese, assoggettando ad autorizzazione (giudiziale) anche la donna separata²⁵).

Bonelli non crede alla teoria dell'innata *imbecillitas sexus* e ricorda come, nel diritto romano, solo allo scopo di frenare le libertà femminili fossero state introdotte incapacità in origine non previste per la donna, dichiarandola soltanto a partire da allora «*fragile e debole*»²⁶). Detta teoria sarebbe del resto, oltre che falsa, incoerentemente applicata, considerato che solo le donne maritate sono soggette ad autorizzazione. E quando una giustificazione (invero ben poco giuridica) ai vincoli posti alla sola donna maritata viene trovata nella necessità di garantirne la pudicizia, Bonelli non esita a sostenere, con decisione, l'inconsistenza anche di una simile motivazione²⁷). Quanto a coloro che apertamente invocano la teoria dell'*imbecillitas* della donna – «*e credono bene in conseguenza porla sotto tutela o curatela come un bambino o un mentecatto*» – Bonelli si domanda quanta parte della pretesa differenza tra i sessi sia dovuta all'«*educazione frivola e falsa che si dà alle donne*» e, pur ammettendo che, nelle condizioni date, una qualche differenza culturale tra i due sessi vi sia, nega che ciò possa tradursi in una limitazione dei diritti civili.

Il giovane Bonelli contesta, comunque, quale giustificazione dell'autorizzazione maritale, anche la plausibilità del principio dell'interesse familiare (che necessiterebbe di una gestione unitaria affidata al marito), concludendo per l'assenza di qualsiasi

25) G. BONELLI, *Del fondamento storico e giuridico della autorizzazione maritale*, Perugia 1876, p. 60 e ss..

26) «*E anzitutto la dichiararono da allora fragile e debole*»: G. BONELLI, *op. ult. cit.*, p. 15.

27) «*Un pudore che si macchia per qualsiasi contatto con un altr'uomo che non sia il marito è davvero una cosa ben incomoda; è un'idea poetica ed esagerata a cui non è giusto sacrificare la libertà individuale d'una persona; esso riporta alla clausure orientali e alla sferza gelosa che punisce colà uno sguardo non frenato da fitto velo o un pensiero non celato da ipocrita lingua*»: G. BONELLI, *op. ult. cit.*, p. 69.

fondamento logico e razionale dell'istituto, e affermando la necessità di un suo superamento²⁸⁾.

Anche dopo la laurea, Bonelli continua ad interessarsi all'argomento, come Egli stesso ricorda: «[s]ull'autorizzazione della d. maritata, *che fu già tema della mia tesi di laurea, ho avuto occasione di ritornare a più riprese, e di studiarlo anche dal punto di vista procedurale. E ho combattuto con fortuna tanto la giurisprudenza che pretendeva riscontrare l'opposizione degli interessi tra coniugi nell'avallo dato dal marito alla moglie, come quella che voleva la citazione del marito per l'autorizzazione giudiziale, anche quando era chiesta da entrambi i coniugi per atto vantaggioso al marito stesso (vedi note nel Foro ital. 1894)*»²⁹⁾. Infatti, commentando una sentenza della Cassazione sull'autorizzazione giudiziale³⁰⁾, Bonelli offre un'interpretazione restrittiva dei casi in cui deve essere sentito il marito, e osserva come il codice civile italiano sia peggiorativo rispetto alle leggi preunitarie e rispetto alle altre legislazioni contemporanee.

Altre questioni riguardanti la condizione della «donna maritata» vengono poi affrontate da Bonelli nel corso degli anni, anche in connessione con l'attività professionale svolta per la Banca d'Italia: l'inopponibilità al terzo giratario dell'eccezione di nullità dell'obbligazione cambiaria assunta senza autorizzazione giudiziale³¹⁾; la conservazione della patria potestà e quindi della rappresentanza dei figli in caso di nuove nozze della vedova che

28) I principi razionali del diritto esigono infatti che «*si renda alla donna (...) quella libertà e indipendenza che la Natura le aveva donato, che la forza ingiustamente le rapiva, e che un'educazione pregiudicata dall'influenza dei secoli tuttora le contrasta*»: G. BONELLI, *op. ult. cit.*, p. 86.

29) Lettera a Leone Bolaffio dell'8 agosto 1911, cit., p. 6. Le note cui Bonelli si riferisce sono a Cass. Roma 29 dicembre 1893, in *Foro it.*, 1894, I, col. 121, e a Cass. Roma, 30 giugno 1893, in *Corte Suprema di Roma*, 1893, II, p. 203, ove è pubblicata la *Nota* di Bonelli, e in *Foro it.*, 1894, I, col. 818.

30) G. BONELLI, *Nota* a Cass. Roma, 30 giugno 1893, cit.; sempre sul tema dell'autorizzazione giudiziale cfr. le note a Corte App. Roma, 6 giugno 1893, in *Foro it.*, 1894, I, 1314, e a Cass. Roma 22 maggio 1894, in *Foro it.*, 1894, I, col. 1132, ove interessanti considerazioni su come l'ipotesi del marito avallante della cambiaria di cui la moglie figuri come accettante non sia annoverabile tra le situazioni di «*opposizione d'interessi*» che richiedono l'autorizzazione giudiziale.

31) Cass. Roma, 10 febbraio 1904, in *Riv. Dir. Comm.* 1904, II, pag. 319. La nota di Bonelli riprende temi già a suo tempo sviluppati nella tesi di laurea.

non abbia previamente convocato il consiglio di famiglia³²⁾; il ruolo della donna nella comunione coniugale dei beni³³⁾; la presunzione muciana e i diritti della moglie nel fallimento del marito³⁴⁾, scritti in cui Bonelli continua a propugnare l'idea di pari dignità giuridica della donna che aveva ispirato già la tesi di laurea, condannando l'istituto dell'autorizzazione maritale come «*istituto ibrido, monstrum horrendum ingens, che più si analizza nella costruzione logica e meno si capisce*»³⁵⁾.

L'autorizzazione maritale è stata abolita in Italia solo nel 1919³⁶⁾ e il pensiero di Gustavo Bonelli sembra non sia stato estraneo a questo epilogo³⁷⁾. Ma, come Egli stesso osserva due anni dopo, «[n]on si trasforma una concezione giuridica che ha dominato per secoli, non si sopprime un istituto che ha dominato lungamente nella legislazione d'un paese, senza lasciare dei residui, più o meno inavvertiti, nelle menti dei giuristi»³⁸⁾.

Bonelli è dunque costretto nuovamente a contrastare la radicata quanto inconfessata concezione che ancora considera la donna incapace, e che vorrebbe giustificare la permanenza o il ripristino di una qualche forma di tutela con la «*fragilità del sesso*». Osserva così

32) Nota a Cass. Roma, 7 dicembre 1906, in *Foro it.* 1907, I, col. 271.

33) G. BONELLI, *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni*, in *Riv. Dir. Comm.* 1920, I, p. 422, in cui l'Autore afferma che la gestione maritale «non è che una forma di governo» (cfr. pag. 431), e critica il Messineo per la lettura troppo ampia dei poteri del marito.

34) G. BONELLI, *I diritti della moglie nel fallimento del marito*, in *Riv. Dir. Comm.* 1924, I, p. 493.

35) G. BONELLI, *Nota* a Cass. Roma, 10 febbraio 1904, cit., p. 319.

36) L. 19 luglio 1919, n. 1176, *Norme circa la capacità giuridica della donna*. La legge prevedeva anche, all'art. 7, che le donne fossero «*ammesse, a pari titolo degli uomini, ad esercitare tutte le professioni ed a coprire tutti gli impieghi pubblici, esclusi soltanto, se non vi siano ammesse espresse espressamente dalle leggi, quelli che implicano poteri pubblici giurisdizionali o l'esercizio di diritti e di potestà politiche, o che attengono alla difesa militare dello Stato*»: e dunque nel momento in cui si compiva un importante passo nel senso dell'eguaglianza giuridica dei sessi, si ribadiva anche, questa volta con esplicita previsione normativa, l'esclusione dal diritto di voto e dall'elettorato passivo.

37) Il relativo disegno di legge fu presentato il 27 febbraio 1917 dal Ministro Sacchi, «[e]l chi conosce i rapporti di strettissima amicizia che correvano tra il Bonelli e il Ministro proponente e più ancora fra il Bonelli e la Ninfa Egeria del Sacchi, l'Avv. Giovanni Villa, che fu poi Avvocato Generale Erariale, Senatore del Regno, Ministro e Vice-Presidente del Consiglio dei Ministri, può facilmente pensare che a determinare il Sacchi a presentare quel progetto sia stato appunto il Bonelli» (A. RAIMONDI, *op. cit.*, p. 213).

38) G. BONELLI, *Strascichi della soppressa autorizzazione maritale*, in *Riv. Dir. Comm.* 1921, I, p. 3.

che quanto meno la proposta di conservare l'autorizzazione maritale all'esercizio del commercio muove, sia pur inavvertitamente, dal «*preconcetto dell'inferiorità intellettuale e morale della donna*»: ma, all'esame attento e acuto del Bonelli, tutte le ragioni invocate in tal senso rivelano la loro inconsistenza, e il lettore è portato con l'Autore a concludere che il buon governo della famiglia non è compromesso dall'esercizio del commercio da parte della moglie più di quanto non lo sia nel caso in cui commerciante sia il marito.

Le discriminazioni basate sul sesso nell'ordinamento italiano sarebbero in parte sopravvissute anche alla solenne affermazione del principio di eguaglianza sancita dall'art. 3 della Costituzione repubblicana: solo nel 1963 sarebbero cessate, con l'abrogazione dell'art. 7 della legge 17 luglio 1919, n. 1176, le limitazioni all'accesso ai pubblici impieghi da parte delle donne³⁹⁾; solo con la sentenza del 19 dicembre 1968 della Corte Costituzionale sarebbe stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 559 del codice penale del 1930 che considerava reato l'adulterio femminile; la *patria potestà* sarebbe divenuta potestà dei genitori soltanto con la legge 19 maggio 1975, n. 151, recante la riforma del diritto di famiglia.

Viene da pensare che l'avvocato Bonelli, con il suo acume e la sua ironia, se avesse potuto avrebbe certamente avuto modo di disvelare anche qualche nuovo *monstrum horrendum*⁴⁰⁾ nell'ordinamento italiano degli anni a venire, rivelandone l'irragionevolezza e l'inconsistenza giuridica.

39) Legge 9 febbraio 1963, n. 66, *Ammissione della donna ai pubblici uffici ed alle professioni*, che consentì l'accesso delle donne alla magistratura.

40) VIRGILIO, *Eneide*, Libro III, v. 658.

La facoltà legale e la pena di morte

Gustavo Bonelli

(estratto da *Osservazioni sul parere reso dalla facoltà legale di Perugia contro l'abolizione della pena di morte, di Gustavo Bonelli, studente in detta facoltà, Firenze, 1874*)¹⁾

[pp. 3-15]

«Costoro vanno ripetendo gli argomenti allegati fin dal principio dello scorso secolo, quando per la prima volta sorse il grido contro lo estremo supplizio, e non avvertono essi che han volto il capo come gl'indovini di Dante, non avvertono il glorioso cammino che il mondo ha fatto senza di loro»

Ellero – *Per l'aboliz. della pena di morte*

Scrivere al giorno d'oggi dei capitoli sull'abolizione della pena di morte, senza portarvi nuovi lumi e nuove argomentazioni, è cosa sì poco insolita, che, facendolo, mi sembrerebbe di sentirmi cantare nelle orecchie quel detto greco: «buon uomo, porti le civette in Atene?» Comincio adunque dal dichiarare, che io non intendo fare una dissertazione speciale sull'abolizione dell'estremo supplizio, che omai, può dirsi col Pierantoni: «l'adempimento di una riforma giunta a maturità,» ma soltanto passare in rassegna, il più brevemente che mi sia dato, con quelle osservazioni che saltano agli occhi di chiunque lo legga spassionatamente e senza preconcepite opinioni, l'opuscolo redatto dal prof. Emilio Barbanera dal titolo: *Sulla necessità di conservare nel Codice penale la pena di morte - Parere esternato a maggioranza di voti dalla facoltà di giurisprudenza nella libera Università degli studi di Perugia*.

Il Ministro guardasigilli, con sua circolare 24 luglio 1873, proponeva ancora una volta alla discussione degli italiani la

1) Con questo titolo furono le presenti Osservazioni pubblicate nella *Provincia*, giornale di Perugia, pel quale furono scritte.

questione della pena di morte, e dava così occasione a tener sempre più viva quella tradizione di nobili lotte tramandataci da Beccaria, e continuata dalla eletta schiera dei suoi seguaci, colla quale si tende a inalberare, a dispetto dei nemici del progresso, la bandiera dell'umanità, e a strappare dal Codice la lurida pagina che dà vita al patibolo.

L'Italia – lode al vero – oltre al merito di aver fatto udire dal suo seno il primo grido della rivolta contro la barbarie dei passati secoli, di avere per così dire impegnata la lotta, ha inoltre quello di averla continuata più che dovunque con una costanza e un ardore impareggiabile, e anche con buon successo. L'abolizione del carnefice in una delle sue provincie, gli splendidi risultati delle votazioni parlamentarie sui progetti di legge relativi, l'interesse che v'hanno sempre preso i Ministri di grazia e giustizia dal Pisanelli in giù, i *meetings* abolizionisti, le proteste del Congresso giuridico del 1872, la solennità con cui s'inaugurò il monumento a Beccaria in Milano, infine le energiche rimostranze della gran maggioranza tra gli scrittori e cultori di cose penali, mentre fan viva testimonianza della parte attivissima che ha preso l'Italia in questo importante capo di progresso umanitario, ci sono di arra e di conforto a sperar prossimo il compimento di sì grande riforma.

Proposta la questione al saggio consiglio delle facoltà legali del Regno, queste si pronunziarono quasi unanimi in favore dell'abolizione. Qui a Perugia avvenne disgraziatamente il contrario; e, sebbene chi siede alla cattedra del Diritto penale in questa Università sia del novero di quei ventuno professori, i quali, diceva il Mancini: «dalle cattedre ufficiali di tutte le Università d'Italia denunciano con mirabile accordo alla gioventù l'illegittimità della pena di morte», (e a siffatta dottrina crescono perciò ispirati i giovani della nostra Università), tuttavia la maggioranza della Facoltà, almeno a quanto risulta dall'opuscolo che abbiamo sott'occhio, portante la firma del Preside-Relatore, nonché del Segretario della facoltà, con data 19 ottobre 1873, si schierava risolutamente nelle file del partito recalcitrante, e con vieti e rancidi argomenti dava ancora un voto di fiducia al carnefice, e ci faceva l'apoteosi del patibolo. - Un mese dopo il professor Carrara pronunziava, nel suo discorso di prolusione al corso di diritto criminale, le seguenti parole: «tuttavia sorgono attorno all'Italia genti idolatre delle tenebre del passato,

che fanno sorda e continua guerra alle conquiste della civiltà e della scienza, ed avverso i nefasti conati di questi tenebrosi v'è bisogno di vigilantissimi guardiani che si mantengano intrepidi sulla breccia».

Da tutto l'opuscolo emana una rabbia sì feroce contro gli sciagurati che si macchiarono nel delitto, che chi lo legge aspetta da un momento all'altro di veder riprodotta la massima di De Maistre, che il carnefice è il perno su cui si aggira la società, o quella di Pouyet che il colpevole non deve aver difensori. Ormai un siffatto stile non dovrebbe più tenersi nemmeno dai propugnatori dell'anti-abolizionismo, ed è, io credo, la più splendida prova della loro imminente sconfitta.

Prima di venire all'esposizione degli argomenti contenuti nell'opuscolo mi si permetta un'osservazione che forse non sarà fuor di luogo.

La più fiera e tenace opposizione all'abolizione della pena capitale sapete chi la esercita? La magistratura. E se questa pena seguirà tuttavia a imbrattare per qualche tempo il nostro Codice, ciò sarà semplicemente per l'importanza che si vuol dare al sentenziare di certi togati, i quali, dimenticando che «dovere del partito conservatore, come disse lo Schneider, è di rappresentare non già l'immobilità, ma la stabilità e il progresso, ovunque sieno conseguibili» formano le colonne d'Ercole della scienza, il sasso di Sisifo contro cui urtano e s'infrangono scrittori, pubblicisti, professori e avvocati, veri rappresentanti dell'opinione pubblica, intesa nel suo retto senso. Non è difficile trovar la ragione di questo reluttamento sistematico a tutto ciò che sa di nuovo nelle leggi per parte della magistratura. La ragione si rinviene nella stessa natura umana: l'uomo col lungo trovarsi in una data condizione, in mezzo a un dato stato di cose, finisce coll'*abituarsi*; lo che vuol dire, che quello stato di cose entra a far parte della sua vita normale, e uno stato diverso diviene tosto un'eccezionalità, una condizione che si allontana dal regolare. Col lungo insistere sul *ciò che è*, questo si trasforma per l'uomo in *ciò che deve essere*. E ciò accade nel fisico e nel morale, accade in politica, in religione, e non v'è ragione perché non debba accadere anche in materia di diritto. Il magistrato che ha applicato costantemente una data misura legislativa, al primo spuntare d'una innovazione giuridica, si trova per così dire sbilanciato, fuor d'equilibrio, precisamente come quel

carcerato di cui ci discorre Sartorio, che nel tornare dopo gran numero d'anni da una fetida prigione all'aria pura, cadde subito appresso malato. Ora il senso morale si famigliarizza entro un dato elemento, precisamente come fa il senso fisico. Ciò è tanto vero, che la Cassazione di Firenze, l'unica che avesse rotta ogni relazione col carnefice, è stata anche l'unica che si sia mostrata favorevole all'abolizione. E volete una prova dell'attaccamento sistematico e indeclinabile della magistratura a quanto v'ha di presente, di attuale nelle leggi? La rinveniamo, percorrendo la storia di un altro abuso penale che ha tante affinità con quello di cui si discute, la storia della tortura. Quando Maria Teresa, scossa dagli argomenti dei più grandi penalisti, e specialmente del Sonnenfels, divisò abolire quel barbaro supplizio, volle chiedere il parere della magistratura italiana in proposito: e questa rispose con una caldissima difesa della tortura, sentenziando che la sua abolizione avrebbe resi impossibili i processi, e popolato l'impero di delinquenti (ved. Cantù, *Beccaria* e il *Diritto penale*). Starsene adunque al semplice parere della Magistratura, in fatto di riforme giuridiche, è un sistema falso, inconcludente e di più dannoso, perché non fa che mettere il malumore nella magistratura medesima, e indisporla preventivamente contro le nuove disposizioni: «La magistratura (dice l'Avv. Giuriati) esercitata a giudicare *secundum leges*, non possiede come corpo una speciale attitudine a far Codici nuovi; l'avesse pure, non è prudentissimo cercarne i responsi. Mentre tuttavia sono vive le tradizioni degli antichi governi, i plebisciti di siffatta maniera impegnano soverchiamente l'animo dei magistrati e li predispongono a riguardare più tardi di mal occhio quei principii legislativi a cui, quando furono consultati, si dichiararono avversi».

Non ho voluto tralasciare questa osservazione, primieramente perché il Preside della Facoltà legale e relatore dell'opuscolo in parola, è contemporaneamente magistrato venerando e di nota fama, e poi perché pur troppo ci si fa travedere da lontano lo spauracchio d'un Codice ispirato appunto alle paurose insinuazioni della maggioranza della magistratura, e dove si negherebbe l'intervento con inqualificabile e inaudita ingiustizia al più insigne penalista italiano.

Ed ora chiudo la digressione, e apro l'opuscolo.

L'avv. De Ribbing svedese, nel chiudere un suo discorso per la *giustizia assoluta* della pena di morte, notò che la parte da lui sostenuta in questa difesa si poteva scambiare per quella dell'avvocato del diavolo (*advocatus diaboli*). Il relatore della Facoltà nel suo opuscolo, rinuncia a questo terribile patronato; si contenta di prender la causa del diavolo come cosa giudicata, e tira avanti. La giustizia assoluta della pena suprema è per lui un fatto incontrastato, indubitabile. Ed ecco come la ragiona.

Egli distingue anzitutto la questione della *legittimità intrinseca, assoluta di diritto* (giustizia assoluta) della pena di morte, da quella della sua *legittimità estrinseca, relativa di fatto* (necessità, opportunità). E fin qui siamo d'accordo; ma dove comincia a ficcarci le corna il diavolo, a rischio d'incappar nel sofistico, si è allorché, dopo aver trascritto le parole del quesito ministeriale nel modo seguente: «se si creda ancor necessario di mantenere nella legislazione penale l'estremo supplizio; e se, data l'abolizione di questa pena, non ne verrebbe scosso quel sentimento di sicurezza e di fiducia che è condizione precipua della vita sociale, e ha tanta parte nella prosperità e nello sviluppo economico e morale delle popolazioni» – Il relatore ne cava questa logica deduzione: «Dunque la legittimità intrinseca della pena capitale è *ammessa*, e il diritto di punire di morte *non è più dubbio*, fin dal momento che si domanda se sia, o no, necessario il mantenere in vigore lo estremo supplizio» – Una delle due: -

O l'autore dell'opuscolo ha inteso completare il pensiero del Vigliani, ponendo la deduzione della legittimità intrinseca, quale conseguenza implicita del quesito, com'è formulato, sull'opportunità; ed allora rispondo che quand'anche l'interpretazione fosse esatta, sarebbe tuttavia arrischiato, mentre tanti eletti scienziati sostengono la contraria opinione, scagliar là l'espressione: «Il diritto di punire di morte non è più dubbio». Ma poi è falso che questo sia stato il pensiero dell'on. Guardasigilli, perché se il relatore ha letto, come non ne dubito, tutta intiera la circolare, v'avrà trovato le parole seguenti: «Sotto l'aspetto del diritto e della giustizia assoluta, tale questione è stata colla massima ampiezza trattata e *variamente risolta* dai filosofi e dai giuristi. Ma i soli argomenti della scienza *non bastano* a risolvere praticamente, e a tradurre in precetto legislativo la soluzione del

problema ... D'uopo è quindi studiare la questione sotto l'aspetto pratico della convenienza e della opportunità». Parole che indicano chiaramente che la legittimità intrinseca è senza meno contrastata, non *ammessa, né fuor di dubbio*.

O l'autore dell'opuscolo ha voluto invece cogliere in fallo il Ministro col seguente raziocinio: – la questione sulla necessità d'una pena importa logicamente ammessa la legittimità intrinseca della medesima; ma voi impiantate appunto la questione di necessità; dunque ammettete la legittimità intrinseca – Ed allora tutto si riduce a vedere se sia proprio vero che non possa darsi *necessità*, che è quanto dire *legittimità estrinseca*, senza *legittimità intrinseca*.

Non importa premettere che qui non si parla di quella necessità assoluta, ideale, direi quasi fatale, la quale non può mai scompagnarsi dall'idea di giusto assoluto, senza includere contraddizione e disarmonia tra gli ordini dell'universo. A questo senso, che ci condurrebbe all'esagerazione del sistema di Kant e di Hegel, s'oppongono le parole stesse del quesito e quelle della risposta. Si domanda, se vige *tuttora* la necessità della pena suprema, e più particolarmente se vige *nelle speciali condizioni di ciascuna provincia*. E si risponde facendo appello alle *statistiche locali*; si conviene che la stessa pena «possa talvolta per alcune speciali circostanze non essere altrimenti necessaria, in quanto che non vi sia più bisogno di impiegarla» (pag. 18); si sospira infine il *giorno felice* in cui siffatta pena non sia *più* necessaria. Dunque non si parla di necessità assoluta, indeclinabile; si parla di necessità inerente a un dato tempo, a un dato luogo, a date circostanze; si parla cioè di *necessità relativa*. E in questo senso è falso che una cosa ingiusta non possa talora esser necessaria; per ammetterlo converrebbe supporre dei popoli così bene informati all'idea del giusto, da ritenerli giunti all'apice del progresso morale. La lunga vita che ebbero la schiavitù e la tortura in seno a popoli sapienti e civili ci prova a esuberanza che non sempre siffatta idea della giustizia assoluta è quella a cui s'informano lo spirito dei popoli e le leggi. Ragioni di opportunità, di necessità cioè relativa al grado di civiltà, ai costumi, alle opinioni, ai bisogni di un paese possono rendere estrinsecamente legittimo un atto, senza che perciò acquisti nulla la sua posizione di fronte al giusto e al legittimo assoluto. Se ciò non si ammette, come spiegare l'influenza riformatrice

esercitata continuamente dalla scienza sulle leggi positive? Le leggi vogliono l'OPPORTUNO, la scienza, la filosofia, la critica *additano* il GIUSTO. Il progresso consiste appunto nel ravvicinare grado a grado questi due termini fino a confonderli insieme. Ma finché non saremo giunti all'ultimo piuolo di questa scala, che è il progresso, si potrà sempre domandare se una data istituzione, astrattamente ingiusta, sia più necessaria in concreto; e quando la statistica e le scienze pratiche rispondono di no, la legge non deve esitare a salire il gradino che l'avvicina alla sommità della scala. «Il perfetto ideale della verità e della scienza (dice il Mancini) è un archetipo lontano; il dovere degli uomini, la missione dei legislatori è quella di avvicinarsi gradatamente quanto più si possa al medesimo; ogni progresso in questo lungo e spinoso sentiero debbe pur sempre essere salutato dall'umanità come un beneficio».

Ecco perché trovo sofisticata l'argomentazione del relatore, quando dice che il solo questionare se la pena di morte sia, o no, necessaria include la legittimità intrinseca della pena medesima. Io ritengo invece che la pena di morte, sempre ingiusta, assolutamente parlando (lo che non accade qui dimostrare), «in tanto solo sia giusta, per adoperare le parole del Pisanelli, in quanto sia dimostrata necessaria». (*Relaz. sul prog. del nuovo Cod. penale 1865*).

Dico *necessaria*, non *utile*, perché a giustificare la pena di morte non giova punto la sua pretesa utilità quand'anco fosse dimostrata. Ed è nel campo della utilità che ora ci trascina l'autor dell'opuscolo.

Prendiamo atto intanto d'una confessione che troviamo a pag. 6, colla quale ci si avverte che: «la Facoltà legale non ha sott'occhio documenti certi e autentici che pongano in essere fatti speciali e determinati»; confessione, che se da un lato ci impedisce di fare i nostri complimenti alla Facoltà, ci spiega però dall'altro come essa sia venuta a certe conclusioni poco esatte nello svolgere i suoi argomenti.

Il relatore ripete *l'utilità* della pena di morte, dalla sua forza *intimidatrice*, e dalla sua efficacia *esemplare*; utile come contropinta all'impulso criminoso nel delinquente, utile come incutente il massimo terrore nel popolo. Sono i soliti argomenti su cui s'è tanto parlato, che altro non resta fuorché tornar sopra alle cose dette. E quindi ci si ripete ancora una volta, che la vita è *il massimo dei beni*

sensibili, e che nulla perciò quanto il pensiero della sua perdita spaventa il colpevole, e nulla produce un sì salutare terrore quanto l'assistere a delle esecuzioni capitali.

Io non mi fermo qui a dimostrare che la vita, anziché il primo dei beni sensibili, è piuttosto la condizione dei beni medesimi, *il substratum* a cui quei beni aderiscono, che se la società può modificare per la sua sicurezza i beni dell'uomo, non può però distruggere radicalmente la loro possibilità. Ciò sarebbe un ritorno alla questione della legittimità intrinseca della pena, questione che ci siamo proposti di lasciare integra.

Prendiamo adunque la vita come un bene, e vediamo a che si riduca la vantata efficacia intimidatrice ed esemplare della pena di morte. Per ottenere una risposta soddisfacente a un tal quesito bisogna interrogare la ragione, ed esaminare i fatti. Troveremo i seguenti risultati che portano ad una conclusione ben diversa da quella del redattore dell'opuscolo.

1. La ragione ci dice che non è la *gravità*, ma la *certezza* d'una pena che la rende efficace, come ben dimostra il Beccaria, e come consentono tutti i criminalisti. Ora la pena di morte deve essere ed è *incerta* in riguardo appunto alla ripugnanza che si desta negli animi di coloro che devono applicarla, o al timore degli inconvenienti che nascono dalla sua applicazione, e specialmente dalla sua irreparabilità; tanto che ben può dirsi col Rolin che «la rete della Giustizia ha delle maglie così larghe quando trattasi di applicar la pena di morte, che bisogna dire ben disgraziato quell'autore di un delitto capitale che non sfugge ad ogni repressione». Incertezza abbiamo sulla scoperta del delitto, incertezza sulla condanna, incertezza sulla esecuzione. E difatti:

- a) La scoperta del delitto è tanto più incerta, perché, stante la gravità della pena che lo minaccia, il colpevole ricorrerà a qualunque altra violazione di legge per procacciarsi l'impunità (V. Rolin, *La pena di morte*, pag. 60);
- b) Una volta scoperto il delitto, ed entrato nella sfera giudiziaria, la condanna capitale trova ostacoli d'ogni genere, come attesta il Clay, nei giudici, giurati, difensori, testimoni e accusatori. I testimoni depongono colla massima riserva, e ricorrono al così detto *pio spergiuro* (V. Mittermaier, *La pena di morte*, cap. 9).

Si cita il fatto di quel medico napolitano che, rimproverato dal presidente perché aveva affermato, contrariamente al vero, la gravidanza della duchessa di S. Felice condannata a morte, rispose che, trattandosi di liberare alcuno da una morte prossima, avrebbe affermato anche la gravidanza d'un uomo. I giurati esitano ad ammettere la colpeabilità, fanno scialacquo di scusanti, e in caso disperato si ricoverano nella loro panacea, le *attenuanti*, deplorable ripiego inventato in Francia, che riduce a un giuoco di sorte la condanna capitale (V. Carrara);

- c) Né basta, finite di percorrere le lunghe vie giudiziarie, resta ancora un asilo al condannato. C'è la *grazia*; diritto di cui s'abusa ogni dì più in tutti gli stati civili in cui è rimasta la pena di morte. In sette anni abbiamo avuto in Italia 11 esecuzioni su 173 condanne (V. Nocito sul *Sistema delle grazie applicate alle condanne capitali*). Ed è curioso il calcolo fatto nel Belgio, riportato dal Mancini nel suo discorso al Congresso giuridico, dal quale si viene a conoscere che mentre l'autore d'un reato capitale scoperto, convinto e condannato ha tuttavia una sola probabilità su 35 di morire, un lavorante alle miniere di carbon fossile ne ha una su 18 (pag. 611); strana combinazione che fa vedere quanto poco l'idea del patibolo dovrebbe spaventare il colpevole, se veramente chi commette un delitto pensasse alla pena che dovrà subire. Eppure il diritto di grazia è riconosciuto, ammesso, ed esercitato a profusione presso tutti i popoli. Che significa mai ciò? «L'uso senza misura delle grazie (così conclude il professor Nocito), il bisogno che se ne sente, la gioia colla quale le medesime si danno e si accolgono e sono accette al popolo, dimostrano chiaramente il bisogno che questo provvedimento di grazia si converta in legge generale di giustizia».

2. La storia ci insegna che il concetto della intimidazione penale è il concetto dei popoli barbari e primitivi che, inetti nel apprezzare la natura morale dell'uomo, tutto riferiscono ai sensi, e tendono a render la pena più materialmente orribile che si può, adottando in conseguenza i modi più atroci d'esecuzione e più idonei a colpire i sensi (Ved. Mittermaier, cap. I). A misura che progredisce la civiltà, siffatte pene vengono man mano perdendo naturalmente il loro corteggio di tormenti e di supplizi. Ogni grado

di prevalenza che l'elemento morale acquista sul materiale segna un grado d'influenza che vengono perdendo le pene materiali sulla criminalità d'un paese, e perciò la loro graduale decadenza. Del resto è col concetto della intimidazione che si difendeva la tortura, e che si potrebbe tuttora difendere tutta quella lunga e sozza schiera di pene direttamente afflittive che hanno per tanto tempo figurato nelle leggi dei popoli. L'integrità delle membra, per esempio, è pur essa *un bene sensibile*, e non vedo come si potrebbe sostenere che l'idea di aver le membra mozze non sia un'idea per sua natura ripugnante, spaventevole, che desti istintivo ribrezzo in chiunque. Noi concediamo al relatore che gl'Italiani non sieno *divenuti un popolo eccezionale, e che la natura non abbia derogato alle sue leggi per porre in essi un nuovo modo di essere o di sentire*. Conceda egli a noi altrettanto, e noi lo condurremo – bon gré, mal gré – ad ammettere che è stato un vero assurdo abolire la mutilazione, che in grazia dell'efficacia terrificata che doveva esercitare sugli animi dei cittadini potea riuscire salutarissima, e *d'una reale e decisiva utilità nell'ordine sociale*.

È poi strano in verità che si venga a sostenere la pena di morte col concetto dell'*intimidazione*, oggi, che la pena medesima tende a perder di giorno in giorno questa sua qualità. Dacché la pena di morte è voluta a motivo della sua virtù intimidatrice, non si comprende davvero perché essa non debba venire esercitata con tutti gli strazi e le sevizie immaginabili; almeno anche gli sprezzatori della morte comincerebbero a metter la testa a partito. Le antiche leggi erano più logiche in questo; partivano dal concetto dell'intimidazione, ma non si fermavano mica a discuter coi medici qual modo d'esecuzione fosse *più sollecito e meno doloroso*.

3. La statistica ci mostra che mentre quest'opera di distruzione, che è la pena di morte, per tanti secoli applicata, non ha mai sortito verun effetto sulla media dei reati (V. ricerche statistiche di Quetelet); d'altronde la sua abolizione non ha mai fatto sorgere giusti lamenti, né aumentato il numero dei reati medesimi; né io credo possa esservi prova più concludente di questa della sua completa inefficacia e inutilità. Ma su ciò torneremo in seguito, parlando della *necessità* della pena di morte, giacché è là che se ne occupa l'autore dell'opuscolo, che noi dobbiam seguirlo. Qui intanto non possiamo a meno di osservare che ci ha colpito

l'ingenuità con cui egli cita l'esempio della Sabina, assegnando per ragione dei frequenti omicidi, che con tanta facilità vi accadono, la rarità delle esecuzioni capitali; come se la natura di quei popoli da un canto, il loro grado di civiltà e la loro educazione dall'altro non avessero nulla che fare in proposito. È forse il numero delle esecuzioni capitali che fa risultare nella statistica un reato di sangue sopra 500,000 abitanti nella provincia di Lucca, e uno sopra 17,220 in Sardegna? (V. allegato Statistico al Rapp. della Commiss. sul Prog. del Cod. penale 1869).

4. L'esperienza infine ci porge altri argomenti dell'inefficacia della pena suprema, additando gli effetti che produce sugli astanti una esecuzione di sangue.

Alla efficacia *esemplare* della pena di morte s'oppono anzitutto il fatto, che chi commette delitti atroci ha il più di sovente assistito ad esecuzioni capitali. Narra il Roberts, elemosiniere delle prigioni di Bristol, che su 176 condannati da lui assistiti, 161 dichiararono aver veduto esecuzioni capitali (Mittermaier cap. 11), e consimile dichiarazione venne fatta da moltissimi altri sacerdoti e cappellani; che anzi molti dei condannati avrebbero perfino avidamente ricercato lo spettacolo d'una esecuzione. «In Inghilterra, dice Mittermaier, ben rade volte avviene che durante un'esecuzione capitale non accadano furti (cap. 10). Questi fatti, secondo il relatore, non provano se non l'incorreggibilità di certi scellerati», per i quali non giova nemmeno la esemplarità della pena. Lasciamo andare che, dopo le dichiarazioni di esperti direttori di carceri, non è più permesso dubitare della correggibilità di qualunque delinquente (V. Mittermaier cap. 12), né pronunziar sul capo di chicchessia la sentenza d'inemendabilità. Ma posto che sia così grande, come lo vediamo, il numero degli scellerati cui non giova l'esemplarità della pena suprema, e ammesso che l'uomo onesto non abbia d'uopo di veder teste mozze per astenersi dal misfare, per chi, diciamo noi, per chi mai sarà essa pena efficace? Si risponde: per tutti coloro che senza di essa si sarebbero resi colpevoli. Ma come provare che ve ne siano veramente di questo numero, una volta che le statistiche non segnano mai un aumento di reati nei paesi ove s'abolisce la pena di morte, e una volta che molti colpevoli di quei paesi stessi ignoravano perfino il fatto dell'abolizione? (V. Mitterm. cap. 16). Né giova dire che con tale argomento si potrebbero chiamare inutili

tutte le altre pene. No; nessuno nega l'efficacia preventiva della pena in generale; noi cerchiamo d'abbattere l'efficacia speciale della pena di morte. Quando uno stesso scopo si può ottenere con due diverse pene, è ovvio che si debba sceglier quella che presenta meno inconvenienti, e che stia più in armonia colle leggi della giustizia e dell'umanità.

In secondo luogo s'opponne all'efficacia *esemplare* della pena di morte l'altro fatto, che la folla che trae ad una esecuzione è mossa principalmente da curiosità stupida e insensata. «Ciò dimostra – dice il relatore – non la immoralità della pena di morte, ma la immoralità d'una popolazione che, male istruita e peggio educata, usurpa il titolo di gente *civilizzata senza esserlo*, fin dal momento che toglie a materia di trastullo un atto che la legge impiega pel santissimo scopo di intimidire le altrui malvagie volontà». Rispondiamo che non sappiamo davvero se sia più immorale chi corre per curiosità ad uno spettacolo, o la legge che l'offre, e che, accettata pure la conclusione del relatore, la legge può avere tutti i santissimi scopi immaginabili; quando il fatto prova che non li raggiunge, essa dovrebbe desistere dall'impiegare un mezzo che d'altronde ha per natura sua tanti e sì gravi inconvenienti.

Né si può dire che se il popolo accorre per semplice curiosità ad una esecuzione capitale, mostri poi nell'assistervi quel santo orrore verso il condannato, e quindi verso il delitto, che forma lo scopo della legge. L'impressione che risente allora il popolo varia secondo il contegno del condannato, ma giammai si trova essere quale se la figura la legge. Il condannato in quel momento non fa orrore (se v'ha taluno che faccia orrore in tale occasione è invece l'esecutore della condanna), ma secondoché si mostri pentito e addolorato, oppure indomito e insolente, o desta la compassione, e il pensiero che piuttosto avrebbe dovuto proporsi la sua morale correzione, oppure suscita il dubbio che lo Stato abbia un tale diritto su di un uomo della cui educazione si è così poco curato (Mitterm. cap. 10).

Siamo felici tuttavia d'apprendere che tutto ciò è l'effetto di poca *civilizzazione*, e che la civiltà c'insegnerà perciò un modo diverso di assistere a cosiffatti spettacoli. Certo col progresso giungeremo anche a farci un alto concetto della nobile carica di carnefice, e vinceremo il ribrezzo che ora si desta ovunque al suo apparire. E

noi poveri illusi che sognavamo l'abolizione come un portato del progresso, della civiltà! Altro che abolizione! Viva i beati tempi del *dominio Napoleonico*! Quello sì era un *Governo che non celiava*; e allora davvero a forza di vedere cadaveri boccheggianti e membra squartate ciascuno *credeva meglio di vivere da galantuomo, anziché seguire l'esempio dei malfattori giustiziati*. E il relatore rammenta bene i miracolosi effetti che produceva durante la sua fanciullezza il *non raro spettacolo* di tali esecuzioni. Bastava nominar la forza e il carnefice perché come per incanto tornasse la calma fra' rissosi. Doveva essere un che di simile alla famosa *febbre di Saint-Vallier*, malattia della paura pel patibolo, famigliare in Francia quando nella sola Parigi sorgevano una quindicina di patiboli (V. Victor Hugo). In verità noi invidiamo la sorte di chi si è trovato a nascere in così bei tempi, ma per carità che non si vengano ad evocar per noi. Anche noi vedemmo correre il sangue da fanciulli, ma quello era sangue di prodi versato per ricomperar la patria dai nemici, non sangue di assassini gocciato a piè del patibolo. Quello è sangue che fortifica e rende liberi, questo è sangue che demoralizza e rende schiavi; che «dove è terra di carnefici, ivi è terra di tiranni» - (Ellero).

Ho detto che la vista del sangue demoralizza il popolo; e non è questo un *gratuito supposto*, come vorrebbe farci credere il signor relatore: è un fatto constatato storicamente e sperimentalmente. E se invece di aspettare gli *attestati delle Giunte municipali*, che non si sa come c'entrano, se non è per occasionare un *mot d'esprit* del signor relatore, questi si fosse curato d'aver sottocchio qualche documento o qualche dato statistico, forse la sua conclusione sarebbe stata ben diversamente formulata. Egli si sarebbe persuaso che dove la società comanda l'omicidio, l'individuo ci si familiarizza, che il brigantaggio prende più forza intorno al patibolo, (...)

* * *

[pp. 20-28]

(...) Eccoci finalmente alla parte sostanziale del quesito, alla tesi cioè della *necessità*. Ripetiamo ancora una volta che, quand'anco fosse dimostrata l'*utilità* dell'estremo supplizio (che

non è), ciò non basterebbe ancora a giustificare una pena come questa, della quale (dice Pellegrino Rossi) «non si può far uso se non in caso di *vera necessità*». Al contrario, noi potremmo dire che dimostrata l'inutilità, l'inefficacia d'una pena, la non necessità v'è implicitamente inclusa. Ci siamo tuttavia riservati all'ultimo di seguire il relatore dell'opuscolo in una indagine che è forse la più interessante di tutte, quella diretta a conoscere, colla guida delle penali statistiche, l'influenza della pena di morte sulla media dei reati.

Conveniamo anzitutto perfettamente col sig. Relatore che la compilazione di siffatte statistiche lascia molto a desiderare in Italia. E aggiungiamo che non solo la mancanza o l'imperfezione dei dati numerici osta alla esattezza delle compilazioni statistiche, ma inoltre il poco conto che si fa di tutti i fatti che hanno relazione colla produzione dei reati diminuisce di molto il valore delle medesime, perché se ne possan dedurre delle precise conseguenze. Non basta, per esempio, riportare le cifre dei reati commessi in due provincie, e delle esecuzioni che hanno avuto luogo in entrambe, per dedurre che l'esecuzione abbia giovato o pregiudicato a una di esse; conviene tener calcolo di tutte le concause che, oltre l'esecuzione, influiscono sul numero dei reati in ciascuna delle due provincie, e così dell'indole degli abitanti, del loro grado di civiltà, del loro passato, delle circostanze speciali di fatto a cui sono soggette, e via discorrendo; senza di che la statistica ci conduce a risultati fallacissimi.

Un'indagine statistica però che basta da sé sola a portarci a qualche deduzione precisa, si è quella di vedere se, tolta una data istituzione, il numero dei fatti, ad impedire i quali l'istituzione medesima era diretta, soffra variazione alcuna. Se quel numero aumenta, ciò prova quanto meno l'utilità di quella istituzione e la sua efficacia repressiva; se diminuisce o resta in media invariabile, bisognerà concludere legittimamente per la non necessità della istituzione medesima. «Non può dirsi necessario, dice il Mancini, un mezzo, tolto il quale, non si avverte alcun sensibile cangiamento nelle condizioni della sicurezza sociale, rispetto a quell'ordine di offese alla cui repressione il mezzo stesso applicavasi». Evidentemente, adunque, il risultato di questa indagine statistica deve esser decisivo nella questione.

Noi ci dispensiamo per brevità dal parlare degli effetti delle *abolizioni parziali*, vale a dire delle variazioni che ha subito il numero dei reati colla *riduzione* dei casi di applicazione della pena suprema, come pure degli effetti delle *abolizioni di fatto*, della inapplicazione cioè quasi abituale e costante in certi luoghi della pena medesima. Con ciò non intendiamo però convenire col sig. relatore, che il trarre dal non avvenuto aumento di reati in questi due casi la conseguenza della non necessità della pena di morte sia *un argomentare ad imparia e un trarre una identità di conseguenza da due specie di fatto totalmente diverse*; imperocché non sappiamo concepire né una pena, che, mentre è inutile pel furto, sia necessaria per l'omicidio, né una pena *esemplare* che non applicata produca lo stesso effetto che applicata.

Ma prescindiamo da ciò, e riserbiamoci all'indagine sovra esposta, tanto più che il relatore ritiene che, più o meno estesa nel Codice, più o meno applicata in fatto, finché la pena di morte esiste, «ciò basti per spiegare il come è che, se non si è avuta una diminuzione nei reati, se ne è per lo meno impedito l'aumento» – «Ma (dimanda egli) ove fosse abolita del tutto, si proseguirebbe ad aver la medesima cifra di prima, o se ne avrebbe una maggiore?» È strano che il relatore, mentre ammette che solo questa è la *vera ricerca* che può sciogliere il nodo, soggiunge poi subito che essa non può farsi perché la pena di morte a buon conto esiste, e non potrà mai farsi, giacché poco appresso ci nega il diritto di abolir la pena di morte anche in via d'esperimento, temendo che ciò vada «a danno della vita o della proprietà di tanti poveri cittadini, che non avean d'altronde alcun obbligo di sacrificare sé stessi per godere un giorno lo sperato *filosofico vanto* di aver mostrato col fatto che la pena di morte non è altrimenti vero che sia necessaria» – come se si trattasse della dimostrazione d'una tesi astratta di filosofia, e come se fosse giusto uccidere degli esseri in contemplazione della eventualità della morte di altri, o sia fare effettivamente una ingiustizia (che a ciò si riduce la pena di morte prima che sia provata la sua necessità) in vista della possibilità che accada una ingiustizia. Del resto il relatore si mette così in una posizione assai favorevole davvero. Egli si chiude nel seguente circolo vizioso: «non si deve abolire la pena di morte, perché non è provato che non sia necessaria; non si deve provare che non è necessaria, perché non si deve abolire». Egli in sostanza ci dice: non avete che un modo di

provarci che voi avete ragione; – ma questo modo non vi si può, né vi si deve concedere, perché non avete ragione; – dunque avete torto. – Il professore può star sicuro che di tal guisa avrà sempre ragione lui.

D'altronde poi è regola di logica elementare, che ove l'esperimento sia impossibile, l'induzione si fonda *sull'osservazione*, questa essendo la vera base del sistema induttivo. Ora perché non si deve far nessun conto dell'esempio di quegli Stati, in cui l'esecuzione completa e totale è sancita dalle leggi? Eppure la pena di morte abolita in Portogallo nel 1866, con una splendidissima votazione, in considerazione appunto della sua non necessità dimostrata nel lasso di 27 anni in cui era abolita di fatto, non ha ancora fatto sorgere (come attesta il Lucas) una voce di protesta o di biasimo. Abolita in quattro cantoni della Svizzera, offre campo agli abolizionisti degli altri cantoni di provar con ciò l'inefficacia del patibolo. Abolita in vari Stati della Germania, fu solo il ferro prussiano e la pressione esercitata dal Bismarck all'Assemblea federale che rovesciò con dolore dei popoli quelle conquiste della civiltà: nell'Oldemburgo (dove è tuttora abolita) essendovi stato chi domandò il ripristinamento, la magistratura stessa e le pubbliche autorità risposero concordemente che non sapeano vederne la necessità (vedi Pierantoni, *Movimento storico delle legislazioni sull'abolizione*). Abolita in tre repubbliche degli Stati-Uniti, le statistiche ufficiali provano come in più di 20 anni non si sia verificato aumento di reati. Abolita in Rumenia, nel Messico e in Haïti, paesi certo non meno civili d'Italia, l'abolizione non è riuscita men vantaggiosa. Infine non abbiam che a volger l'occhio a pochi passi da noi; troviamo una provincia che ha consacrato per ben tre volte nelle leggi il principio della abolizione è la Toscana. La prima volta furono le rivoluzioni politiche che rovesciarono, appena sorto, l'edifizio del granduca Leopoldo; la seconda volta fu l'influenza straniera che determinò nel 1852 un novello ripristinamento; oggi si vorrebbe per la terza volta imporre il sacrificio delle sue conquiste ad una provincia generosa, che invano si sforza di tener alta la fiaccola della civiltà. Ma il decreto aulico, opera dello stesso autore del primo ripristinamento, è là ad attestare che la causa del medesimo furono tutt'altro che l'aumentato numero dei reati, e le statistiche porgono la medesima testimonianza per le epoche successive, dimostrando come la media dei reati capitali dal 1847 ai

dì nostri (che comprende anche il periodo del ripristinamento, cioè dal 1852 al 1859) è stata invariabilmente di 4 ogni anno, la cifra più rassicurante fra tutte le medie delle statistiche italiane. E si noti che la Toscana è nel bel mezzo dell'Italia, confinante perciò con molte altre provincie italiane, in cui sorge tuttora il sinistro apparato del palco patibolare, ond'è che potrebbe farsi per essa la domanda che il sig. Eytel in una Assemblea svizzera faceva pel Neufchâtel: «come va (diceva egli) che i malfattori dei cantoni vicini non stabiliscono a Neufchâtel il teatro delle loro sinistre gesta?»

E malgrado tutto ciò, oggi si pretesta che non siamo ancora abbastanza inciviliti per accogliere sì grande riforma, come se risultasse davvero questo abisso di differenza fra la civiltà d'una provincia che sta nel cuore dell'Italia, o quella del resto dell'Italia medesima, e come se non fosse una umiliante esagerazione quella di crederci inferiori in civiltà agli abitanti d'Haïti e del Messico. E le conseguenze di questo strano ragionare si vorrebbero imporre altresì a chi si trova bene avanzato nella via del progresso, come la Toscana. Io spero che le parole d'un sommo criminalista francese, che come cittadino del mondo civilizzato è venuto a portar il suo soccorso nella lotta in Italia per l'interesse di una causa in cui s'incarna l'onore della civiltà, persuadano i legislatori che: «il ristabilimento del palco ferale in Toscana sarebbe un attentato alla civilizzazione ed alla umanità, le quali rivendicano tutti i precedenti che ebbero il suggello dell'esperienza a profitto del rispetto della vita umana, come un diritto quesito al sacro patrimonio del progresso umanitario, sul quale non è più oggimai permesso di portar la mano profana» lettera di C. Lucas al Carrara). Ripristinare il patibolo in Toscana, disse il Pisanelli, sarebbe apprendere all'Europa «che la nostra opera unificatrice, anziché soddisfare a un vitale bisogno della nazione, sia niente più che una regola di simmetria, alla quale sacrifichiamo l'essenza stessa dei beni o interessi più sacri dell'uomo e della società» (vedi *Relazione sul Progetto della Commissione*, 1865).

Non convien dimenticare, che il relatore mette in campo un altro argomento per atterrar con un soffio tutti i risultati della più paziente osservazione. Egli dice: se il non aumento dei reati valesse a condannare la pena di morte, esso varrebbe altresì a condannare ed abolire grado a grado tutte le altre pene, perché: «ad onta di esse,

i delitti non cessano dallo accadere». Certo, se fosse provato, che, togliendo tutte le pene, non si avrebbe alcun risultato svantaggioso per la società, chi oserebbe mai sostenere la loro conservazione? La pena diverrebbe una semplice espiazione del male, e il diritto di punire, attributo divino, non umano. Ma ciò non è, e nessuno ha preteso di sostenerlo; giacché ognuno riconosce l'efficacia preventiva della pena, e quindi la sua necessità. La necessità della pena peraltro non è buona ragione perché *ogni* pena sia necessaria, e d'altronde è canone di diritto, penale, che il diritto di punire abbia il suo limite colà dove più non si manifesta necessità sociale.

Per ultimo si dice, che se i reati non vengono aumentando di numero, essi vengono però aumentando di *atrocità*. Io confesso, che non vedo come, anche ammesso, un tale argomento possa giovare in qualche modo alla tesi del sig. relatore, a meno che non si ritenga tuttora per misura delle pene il taglione. Inoltre dico, che questa è un'asserzione gratuita, poiché, come ben dice il relatore stesso, *le statistiche non sono per questa parte di veruna utilità*, e se nol sono per noi, ragion vuole che non lo sieno nemmeno per lui. E nemmeno sarebbe buon metodo per persuaderci di questo suo asserto, quello di rivolgerci, come egli ci consiglia, ad interpellare uomini, che, *provetti di età, possono fare un confronto tra il passato e il presente*; si sa bene che certi fatti colpiscono tanto maggiormente la fantasia, quanto più son vivi e presenti alla memoria. E lasciando ai filosofi di trovar le ragioni di ciò, a noi basti asserire, che in generale in tutti i tempi e in tutti i luoghi cotesti uomini *provetti d'età* hanno sempre trovato il passato preferibile al presente, anatemizzando così il progresso, e cercando di mandare il mondo all'addietro; testimonio Orazio, che ci tramanda una meravigliosa pittura dell'uomo di età senile, il quale sembra che fosse ai suoi tempi come ai tempi nostri.

... laudator temporis acti

Se puero ...

Il prof. relatore non abbandona l'argomento, senza dir due parole sul carattere di *rassicurante*, di cui gode evidentemente in estremo grado la pena di morte. È questo però un carattere, che se rende migliore una pena già buona in sé stessa, non vale però punto a scusare, nonché a giustificare, una pena dimostrata

cattiva ed esorbitante; altrimenti si potrebbero anche accettare gli eccessi di quel legislatore greco, che minacciava la pena di morte per qualsiasi delitto: «Falsa idea di utilità è quella (scrive il Beccaria) che toglierebbe agli uomini il fuoco perché incendia, e l'acqua perché annega, che non ripara ai mali che col distruggere». Ricordiamoci poi che codesto carattere ne ha di contro un altro terribile e spaventoso, quello di *irreparabile*. Ma si dice: vi sono *dei mostri la cui esistenza si è resa incompatibile colla sicurezza della società*, e solo la pena di morte può porre perpetuo fine alla trepidazione, che l'eventualità della loro fuga desta nel popolo. A tale obbiezione ci contentiamo di rispondere col Rossi, che: «1.° una società incivilita può guarentirsi con altri mezzi contro i recidivi; 2.° la pena di morte non debbe esser di rimedio alla negligenza e all'avarizia dei governi». È dovere del governo costruire degli ergastoli solidi e sicuri, e mantenervi un personale onesto e giustamente retribuito; dovere che pur troppo il governo non adempie molto scrupolosamente: «Né può ammettersi, dice il Carrara, che un governo per mantener l'opera esosa e inutile del carnefice, si faccia pretesto della propria oscitanza nello adempire un sacro dovere. Certo è (continua poi lo stesso autore) che lo asserire *impossibile* la costruzione e l'ordinamento di ergastoli dai quali non si fugga è una vera iperbole. È un sofisma col quale da uno stato di fatto vizioso e mutabile si vuole argomentare un assoluto, è una jattanza che non dovrebbe suonare sulle labbra di uomini governativi, e che è smentita da una esperienza assai lunga che hanno dato di loro i penitenziarii toscani».

Dopo tutto ciò, e dopo una viva apostrofe, che non ci fermeremo a commentare rivolta agli abolizionisti, i quali dal Beccaria in giù non sarebbero, a quanto sembra, che dei sentimentali declamatori, il relatore chiude, facendo voti perché venga presto il *giorno felice* in cui la pena di morte possa abolirsi, e la sua memoria divenga *una pagina umiliante e rattristante per la storia dei tempi nostri*. A prima giunta si crederebbe, che l'autor dell'opuscolo, ora che è alla stretta, volesse lasciarci un po' addolcita la bocca; ma viene tosto il disinganno. Ne giudichi chi legge le seguenti parole finali: «Quando verrà questo giorno felice? Quando la moralità del popolo italiano sarà giunta a tal segno, che il *più grave* dei delitti che si commetteranno in allora sia il *più tenue* e il *più leggero* di quelli che si commettono in oggi». Bello sarà il vedere i vecchi legislatori

di quei tempi beati, che dopo essersi accorti, che da gran tempo il più grave furto che gli uomini commettono è quello d'una pagnotta, e la più gran lesione personale che si arrecano è quella d'una ammaccatura, daranno con gravità il loro segno d'adesione alla cancellazione della pena di morte dal Codice! Parrebbe che il relatore, se la materia lo comportasse, abbia inteso scherzare in questo ultimo periodo, perché non mi so capacitare come sul serio si possano dir certe cose. In ogni modo avrebbe fatto molto meglio ad astenersi dal suo voto d'augurio, piuttostoché formularlo in una maniera, tale, che mi dà l'aria di quelle promesse che si fanno ai bambini, quando si sa di non doverle mantenere, e a cui si potrebbe benissimo sostituire una di queste: quando l'agnello divorerà il lupo, o quando la luna entrerà nel pozzo, o altra di simili barzellette di cui son piene le novelle.

Nell'atto di chiuder l'opuscolo, debbo dichiarare, che nel far la critica (talora forse anche un po' acerba) delle opinioni esposte in esso dal prof. Relatore, non ho inteso menomamente attaccarlo nella stima e riputazione, che del resto egli merita, e che giustamente gli è retribuita dalla nostra cittadinanza. Non v'è uomo per quanto insigne che non abbia qualche falsa convinzione, ed è, secondo noi, una falsa convinzione quella manifestata dal sig. relatore nel suo opuscolo; convinzione che però non possiamo consentire (e questo è stato lo scopo della nostra risposta) che si ritenga divisa dal resto della cittadinanza, come si potrebbe presumere, e come da taluno si è presunto.

- Perugia è antiabolizionista - ha detto qualcuno - la prova si è che nessuno ha confutato l'opuscolo emesso dalla Facoltà legale in appoggio della pena di morte. Importa a noi invece far risaltare pubblicamente i seguenti fatti: 1.° che la cittadinanza di Perugia, tanto affine per indole e per costumi a quella della vicina Toscana, non può per ragione d'ordine naturale essere propugnatrice del carnefice, e l'ha mostrato nel *meeting* abolizionista (so bene che da certuni s'aguzzano le labbra tostoiché si odono pronunziate certe parole) tenuto nel 1865, e presieduto dall'egregio nostro prof. Sereni, che pronunziò in quell'occasione uno splendidissimo discorso; 2.° che questa stessa testimonianza anche più viva l'hanno resa i cittadini di Perugia nell'esercizio delle funzioni del giurì, approfittando del potere che loro concede la legge per

sottrarre molte vittime al patibolo; talché un bravo magistrato, il procuratore avv. Tartufari ebbe a dire in un suo discorso inaugurale: «i giurati dell'Umbria hanno profferito il loro verdetto per l'abolizione della pena di morte, la qual cosa fa testimonio dell'avanzata civiltà di questa nobilissima provincia»; 3.° che nel nostro riputato Ateneo (dove appunto emanò l'opuscolo di cui abbiám parlato) la dottrina che viene insegnata, or volge il 14.° anno agli studenti di diritto penale, è quella dell'abolizione nel suo più ampio significato, cioè della sua legittimità ed opportunità, e che la metà dei professori insegnanti sostiene questa medesima dottrina, ed ha *protestato* contro il *parere* redatto dal Preside della Facoltà, in apposito scritto inserito nel *Corriere dell'Umbria* e firmato dai prof. V. Sereni (prof. di diritto penale), T. Ticci, G. F. Cipriani e B. Salvatori; 4° che la nostra Curia, in specie la giovane (e Perugia può davvero vantare una Curia elettissima) come pure molti dei più degni magistrati della città professano l'abolizionismo; 5° infine, che la stampa della città (elemento di cui deve pur tenersi conto, trattandosi di stabilire l'opinione d'un paese) rappresentata sin qui dal solo *Corriere dell'Umbria*, ha sempre propugnato la stessa dottrina, come risulta da varii articoli sul proposito, da uno dei quali (scritto in occasione appunto del quesito emanato dal Vigliani) ci piace riportare il seguente brano: «Guardando più particolarmente alla nostra provincia, noi possiamo rallegrarci, imperocché è facile prevedere che in essa il risultato della inchiesta sarà favorevole al principio abolizionista, che la scienza e l'umanità hanno già consacrato. L'indole della nostra popolazione, di fatto, fu mai sempre inclinata a dolcezza e a generosità, né gravi delitti di sangue si hanno a lamentare di frequente, in special modo, quelli da una fredda premeditazione determinati, i soli in conclusione pei quali lo spettro del supplizio si crede un'efficacie ritegno. Malgrado che una lunga soggezione al Pontefice avesse insterilito il campo dell'intelligenza, i frutti dell'istruzione si propagano con una soddisfacente rapidità, in grazia della buona disposizione delle menti, e dell'opera solerte dei Municipi e del Governo. La civiltà, in una parola, trova un terreno adatto da fecondare, e noi possiamo menar vanto d'essere, se non al livello, almeno non molto al disotto delle più colte e civili provincie del Regno. E ad un popolo che si trova in così floride condizioni, non sembrerà vero di affermare, che non ha bisogno

del carnefice, e che rifiuta di stendere ad esso la mano come ad alleato e difensore dei propri diritti e della propria libertà».

Dopo quanto ho detto, mi sembra non possa cader dubbio sulla opinione della cittadinanza perugina in proposito. Che se qualche rara eccezione tendesse a dimostrare il contrario (e per una strana eventualità han dovuto forse persuader del contrario anche il Ministro), io spero che essa perda ogni importanza, di fronte ai fatti ora esposti. Ond'è che, lieto se sarò riuscito a farmi interprete dei sentimenti dei cittadini di Perugia, non mi resta che a far voti a nome dei medesimi, e a nome di tutti i popoli civili, pel trionfo della causa dell'umanità e del progresso.

***Studio sulla rappresentanza proporzionale
delle minoranze***
Gustavo Bonelli

(Rivista Europea, 1880, pp. 396-445)

[pp. 396-407]

Il governo democratico si fonda necessariamente sul concetto dell'uguaglianza. Esso non intende livellare le disuguaglianze naturali, ma bensì serbare fra queste disuguaglianze la proporzione che trova, epperò offrire a ciascun elemento gli stessi uffizi di protezione e di tutela affinché ognuno si svolga secondo la propria energia. Ora ognuno vede che questa massima non si può tradurre nella formula del *laissez faire*, cara alla scuola democratica ortodossa. Al contrario importa un positivo ed efficace intervento del potere sociale nei rapporti fra i vari elementi della società. È tendenza dell'elemento più forte di divenire unico, assorbendo e annullando i più deboli. La società deve intervenire per lo scopo di mantenere intatta la disuguaglianza naturale, ma impedire la *prepotenza*, che ne sarebbe la conseguenza non meno naturale. Il concetto di libertà e quello di diritto fanno entrambi capo a questa esigenza suprema e costitutiva della società umana.

Rovesciando i privilegi, la democrazia ha bandito dalla società parecchie prepotenze, cancellando la già eclissata aureola di cui si erano circondate, ma purtroppo essa ha insita in sé una forte tendenza a sostituirne loro una della peggior specie, la prepotenza del numero. Il concetto della uguaglianza infatti, applicata a rigor di logica, condurrebbe a questo risultato, poiché esso vorrebbe dire astensione del potere sociale di fronte all'opera delle disuguaglianze naturali, e così in effetto la massima disuguaglianza raggiunta sotto la maschera della uguaglianza. Convien dunque contemperare fra loro l'idea e la realtà, la uguaglianza di diritto, opera della società, e l'ineguaglianza di fatto, opera della natura.

Di fronte al problema politico questa norma generale si effettua distinguendo nel meccanismo governativo democratico tre

momenti; discussione, deliberazione, esecuzione. La deliberazione e l'esecuzione, importando l'unicità d'azione e di risultato, non possono esser che l'opera di un solo elemento, della maggioranza. Ma il momento della discussione deve trovare aggruppate tutte le opinioni apprezzabili del paese, affinché ognuna possa far valere i propri argomenti al lume della ragione e di fronte al giudice supremo, che è l'opinione pubblica. Il Parlamento essendo organo deliberativo, conviene che in sostanza rappresenti l'opinione prevalente, cioè la maggioranza ma essendo anche un corpo che discute prima di deliberare, deve far luogo proporzionalmente anche alle altre opinioni, cioè alle minoranze.

L'effetto naturale invece del dogma dell'uguaglianza inteso nel senso democratico ortodosso sarebbe ed è questo, che la maggioranza, nell'affermarsi tale, chiude alle minoranze ogni adito nel corpo rappresentativo. Questa è la prepotenza del numero, e di fronte ad essa la società deve far valere il diritto, come di fronte ad ogni altra prepotenza. Il numero per sé stesso è una forza cieca, brutale; senza la ragione o contro la ragione non ha valore giuridico. Nulla è più pericoloso del numero quando crede da solo di poter tutto legittimare, e passa senza contrasto ad attuare la sua opinione. Ora la ragione è l'effetto della discussione, e la discussione importa la presenza di tutte le opinioni. Solo quando è sfruttato il campo della ragione, al momento deliberativo, il numero deve decidere, ma non come e perché numero, sibbene come presunzione unica possibile di ragione.

Non che la discussione valga sempre a impedire l'attuazione dell'opinione meno ragionevole e tanto meno che la ragione stia sempre dalla parte dei meno, come può dirsi solo in qualche momento di poetico entusiasmo¹⁾. Ma nell'uno e nell'altro caso la parte presa dalla minoranza alla discussione sarà rimasta tutt'altro che inutile. Se non riesce ad imporre la propria opinione ragionevole, la minoranza non potrà dire per ciò di aver perduto il suo tempo – La ragione ha per sé una forza morale che presto o tardi deve farsi strada, e tanto più presto, quanto più e meglio vien posta in luce: essa fa le sue conquiste sull'opinione pubblica, la quale in ultimo in un governo democratico dà il verdetto decisivo.

1) «Was ist Mehrheit? Mehrheit ist die Unsinn» (SCHILLER, *Demetrius*. A. I.)

Se la minoranza è dalla parte del torto (è il caso molto più frequente che non appaia ai difensori delle minoranze), la discussione fornirà campo alla maggioranza di mostrare che essa ha per sé, oltre il numero, qualcosa che vale molto di più, cioè la ragione; e la sua decisione ne uscirà mirabilmente rafforzata. Sempre e dappertutto “dal cozzo delle idee la luce”.

Datta pertanto la forma di governo democratica rappresentativa, escludere dalla rappresentanza una minoranza è creare un privilegio, legittimare una prepotenza, quindi un atto ingiusto.

La rappresentanza deve esser perciò (come è stato proclamato) lo specchio esatto del paese. Né questa proposizione ha bisogno di presupporre (come si vede) una teorica dello stato basata sulla sovranità popolare. Ammesso pure che l'elezione non sia che un mezzo di riconoscere la capacità, e non una delegazione di funzioni dell'elettore all'eletto, non si può sfuggire a due conseguenze che sono di fatto e perciò innegabili: 1° che non essendovi un criterio assoluto della capacità, ogni partito ne adatta uno relativo, pel quale il candidato che partecipa delle sue idee ed opinioni gli si mostra preferibile a quelli di idee e opinioni opposte o diverse: 2° che la persona che vuol essere eletta deputato si presenta agli elettori con un programma, cui è moralmente tenuto ad adempiere se vuol conservarsi la fiducia degli elettori medesimi. Quel programma se non è un mandato (e non lo è, a nostro credere) è però qualcosa che gli rassomiglia. In una parola non si può negare l'esistenza di fatto dei partiti e la loro influenza nelle elezioni. Dal momento che un popolo prende in considerazione i programmi politici di diversi candidati per regolarvi l'elezione, quel popolo partecipa alla vita politica del paese. E la partecipazione del popolo al governo, utopistica come teoria a priori, è rispettabile come altra conseguenza dell'evoluzione sociale, quando si manifesti come un fatto. Né l'avversione alle teoriche che precedono i fatti deve farci fare il viso dell'armi alle teoriche che discendono e s'inducono dai fatti. Tale è oggimai quella della *rappresentanza personale*. Se l'elezione ha preso ed ha attualmente il significato di una *rappresentanza personale* da parte dell'eletto, lo Stato deve cercare che la rappresentanza sia completa, e che tutti i partiti possano liberamente creare la loro, non lasciare che il numero eserciti pressione e la minoranza venga schiacciata. «Solo

quell'ordinamento e quella distribuzione dell'elezione garantisce una giusta rappresentanza del popolo, che assicura a ciascun elemento ed a ciascun interesse del popolo una propria relazione al tutto mediante la rappresentanza.» Così un pubblicista eminente, non sospetto di tenerezza per la scuola di Rousseau²⁾.

D'altronde l'esclusione delle minoranze, ingiusta per le ragioni accennate, è anche nociva per ragioni che si vedono anche più facilmente.

Impedire ad un partito di manifestarsi non vuol dire sopprimerlo. Solamente esso cercherà di farsi vivo a dispetto e in onta alla legge, si tramuterà in fazione, e il governo per liberarsi da un avversario si sarà creato un nemico.

Non basta. Un sistema elettorale, che non garantisca a ciascun partito una proporzionale rappresentanza, mette le minoranze nella necessità, o almeno nell'impegno di combattere ad armi sleali la battaglia elettorale; ognuno vede quanto sarebbe diminuito l'incentivo alle frodi, alle corruzioni ed anche alle violenze elettorali, con un sistema in cui ogni partito fosse certo di una giusta e sincera rappresentanza e nessun partito potesse stravincere.

Non basta ancora. È un inconveniente deplorato generalmente nei paesi a governo parlamentare la gran quantità di astensioni che si verificano al momento delle elezioni³⁾. Ora se è certo che gran parte di esse si debba alla inerzia naturale e alla poca abitudine dei nostri popoli al *selfgovernment*, non può negarsi però che altra gran parte si debba a ciò, che molti della maggioranza si astengono per la sicurezza in cui sono di vincere, o molti della minoranza per la sicurezza opposta, che rende inutile, almeno nell'opinione loro, l'aggiunta del loro voto. Ora nessuna di queste due ragioni può più allegarsi di fronte a un sistema che conferisca appunto tanta parte di rappresentanti ai diversi partiti, quanta mostra di esigerne il rispettivo numero di aderenti.

2) BLUNTSCHLI, *Dr. pubblico universale*, p. 284 (Trad. Trono, Napoli, 1873).

3) In Italia il numero dei votanti alle ultime elezioni superava di poco la media del 60 per cento. Ma vi fu anche qualche provincia che non arrivò al 50 per cento.

Ma sulla giustizia ed utilità del principio della rappresentanza proporzionale basti questo breve epilogo delle principali ragioni, essendosi già troppo scritto o detto sull'argomento. Per lo sviluppo del quale dobbiamo rinviare il lettore a quanto ne scrissero, fra gli altri, Tommaso Hare, Stuart Mill, Fawcett, Howe in Inghilterra, B. Constant, Guizot, L. Blanc, Laboulaye, Prevost-Paradol, Aubry-Vitet in Francia, Morin, Rivoire, Naville in Svizzera, Fisher, Sterne in America, Bluntschli in Germania, Palma, Padeletti, Saredo, Genala, Brunialti, Ferraris in Italia. Si può dire, senza tema di errare, che in sostanza sul principio tutti i pubblicisti serî (salvo poche eccezioni, di cui non è mio proposito occuparmi)⁴⁾ sono concordi, e solo divergono in gran parte sul modo di applicazione.

I sistemi elettorali attualmente in vigore rispondono al principio della rappresentanza proporzionale? È facile vedere che no. Essi sono in Italia il *voto uninominale* per collegi (nelle elezioni politiche) e lo *scrutinio di lista* semplice (nelle elezioni amministrative). Ora in ambedue, la maggioranza può imporsi e si impone di fatto alla minoranza al di là di ciò che le spetterebbe.

4) Fra questi in Italia merita menzione speciale, per l'autorità del nome, l'esimio prof. *Scolari* (*Istituz. di scienza politica*). La critica del principio è abbastanza ben delineata in un notevole articolo dell'avvocato *Salandra* pubblicato nell'*Archivio Giuridico* (1875, vol. XV, pagina 181). È strano però che questa teorica abbia trovato i suoi oppositori appunto fra gli avversari della sovranità popolare; strano perché se il concetto della sovranità popolare viene da loro rigettato, è principalmente perché esso sostituisce l'impero del *numero* all'impero della *capacità*. Pure, dato l'impero del numero (ed è follia non vedere che esso non è più una teoria ma un fatto), il principio della rappresentanza servirebbe d'opportunistissimo temperamento. Poi che anche la capacità, nel governo democratico, è, e deve essere, subordinata al numero (non fosse che come *ποθέσεις*, come poneva già Aristotile, o presunzione unica possibile di quella), facciamo almeno che questo numero non sia onnipotente, ma solo proporzionalmente potente. Del resto noi condanniamo al pari dell'avvocato *Salandra* la dottrina che pone a fondamento del diritto pubblico, come del privato, la volontà individuale, e quindi assimila i rapporti di diritto pubblico ai rapporti contrattuali. Sappiamo che lo Stato è un organismo, e, come tale soggetto alla legge di evoluzione. Ma neghiamo che legge degli organismi sia la sola *specificazione degli organi e divisione del lavoro*. Un organismo in evoluzione non si specifica che per sistemarsi e solidificarsi. Questa è la dottrina svolta dallo *Spencer*, di cui il *Salandra* si fa forte. Specificarsi gradatamente, per concorrere insieme sempre più solidalmente, tale è la destinazione degli elementi in un organismo in evoluzione, tale è la destinazione degli individui nella società umana. Quindi l'idea di libertà e quindi per conseguenza l'ideale dell'uguaglianza giuridica fra gli uomini. Lo Stato non è un effetto della volontà individuale, ma esso si sottrae sempre meno, appunto per effetto dell'evoluzione, all'influenza di essa. Lo prova la storia che narra l'evoluzione politica dell'umanità.

Ciò è soprattutto evidente per lo *scrutinio di lista*, il quale applicato nella sua purezza è il sistema più favorevole che possa immaginarsi alla prepotenza del numero. Siano quanti si vuole i deputati da eleggere basta una leggerissima prevalenza numerica di un partito sugli altri, perché con un po' di disciplina esso possa attribuirseli tutti. Eppure lo scrutinio di lista è un sistema meravigliosamente fecondo, ed è l'unico sul quale si possa basare un sistema di rappresentanza proporzionale. Infatti vedremo che tutti i sistemi immaginati a questo scopo, tranne quello del *voto unico* (il più empirico di tutti), sono dal più al meno modificazioni dello scrutinio di lista. Al qual pregio se si aggiungano gli altri propri di questo sistema, e principalmente quello di dar luogo a una più fedele rappresentanza nazionale e di chiuder l'adito alle oscure influenze delle mediocrità locali, non resta dubbia, secondo me, la preferibilità dello scrutinio di lista, applicato però per provincie o per circoscrizioni simili ⁵⁾.

Il sistema del voto uninominale per sé stesso, e considerato di fronte al problema che ci occupa, è meno difettoso del precedente, ma è anche molto meno suscettibile di migliorie. È meno difettoso, perché la minoranza di un collegio è facilmente maggioranza in un altro, e può, schiacciata là, acquistare un seggio qua. Ma è una combinazione tutta eventuale, che ha qualche valore solo quando gli elettori sono pochi; e pochi vanno alle urne. Cessa d'aver valore, come notava già Stuart Mill, qualora il diritto elettorale si accordi a un maggior numero di cittadini (come si sta facendo), e specialmente poi se a tutti indistintamente, cioè allora quando è più che mai necessaria la rappresentanza di tutte le minoranze. Nei momenti poi di lotta, quando la maggioranza diviene imponente la minoranza ne resta schiacciata su larga

5) Una media di 10 deputati per circoscrizione con 50 o 51 circoscrizioni formate sulla base dell'attuale divisione per provincie (riunendo le piccole, e meglio ripartendo le altre), mi sembra la proposta più attuabile e più acconcia allo scopo.

scala. Di proporzionalità infine nella rappresentanza non v'è luogo nemmeno a parlare⁶⁾.

È dunque evidente e generalmente sentito il bisogno di una modificazione tale nel procedimento elettorale, che implicitamente o esplicitamente attui il principio della rappresentanza proporzionale. Progetti non si può dir davvero che ne siano mancati specie da una ventina d'anni a questa parte; tuttavia nessuno che non lasci qualcosa a desiderare sia dal lato razionale, sia dal lato pratico.

È appunto studiando sui diversi sistemi proposti che mi si è presentato alla mente un sistema che credo nuovo, che ho chiamato del *quoziente progressivo*, e che a me sembra meno imperfetto degli altri. Può essere che io m'inganni; ad ogni modo, giacché si è nel periodo della discussione, discutiamo: in via indiretta e negativa anche i sistemi cattivi son buoni a qualche cosa, son buoni a mettere in miglior luce quegli altri.

Qui mi propongo appunto dare un saggio del sistema del *quoziente progressivo*, non senza aver premesso una breve esposizione critica dei sistemi più in voga.

I

Sistemi fin qui proposti

Si possono distinguere due classi di sistemi proposti e proponibili sull'argomento: sistemi *empirici* e sistemi *razionali*.

6) Per chi ama le cifre, ecco alcuni risultati che traggio dalle statistiche elettorali del 1876 e del 1880. – Nel 1876 riuscirono 414 deputati di sinistra e 94 di destra, cioè 82 di sinistra e 18 di destra per cento, mentre la sinistra avea riscosso in complesso il 71 per cento dei voti e la destra il 29. Facendo il computo per regioni, si giunge ai seguenti risultati: nell'Italia superiore l'opposizione ebbe il 30 per cento di deputati, mentre di voti avea riscosso il 35: nell'Italia media le due cifre furono nella relazione di 26 e 33; nell'Italia meridionale di 3 e 18, nella insulare di 8 e 16. Nelle Puglie, nella Basilicata e nella Provincia di Roma non riuscirono deputati di destra, sebbene i voti riscossi dal partito fossero rappresentati rispettivamente dal 25, dal 7 e dal 19 per cento (*Arch. di Statistica*, anno II, fasc. D). Nei collegi di Nizza, Chiari, Crema Pordenone, Modena 2°, Perugia 2°, Cicciano, l'eletto non raggiunse il 50 per cento dei voti, vale a dire che *più della metà* dei votanti restò senza rappresentante. Tanto nelle elezioni del 1876 che in quelle del 1880 gli eletti ebbero a un dipresso il 68 per cento dei voti, vale a dire che circa il terzo dei votanti non riuscì ad eleggere il proprio candidato. Nel 1880, nella provincia di Roma appena 59 su cento votanti, 58 in quella di Pisa, 57 in quella di Parma, 55 in quelle di Rovigo e di Sondrio, 53 in quella di Ascoli Piceno, riuscirono ad eleggere il proprio candidato. In più di 40 collegi l'eletto non arrivò a rappresentare la metà dei votanti. Più di due quinti degli eletti (219) non arrivarono a superare i 60 voti su cento. (*Arch. di Statistica*, fasc. settembre e ottobre 1880).

Chiamo sistemi empirici quelli in cui la rappresentanza della minoranza viene fuori in modo indiretto e solo eventualmente proporzionale, mercé una qualche combinazione che legghi alquanto le mani alla maggioranza, ponendola nell'impossibilità di stravincere. Questi sistemi in generale realizzano abbastanza bene la parte negativa della tesi (impedire alla maggioranza un eccesso di vittoria), ma piuttosto male la parte positiva (far luogo alle diverse minoranze, in modo più esattamente che si può proporzionale). Essi costituiscono, non importa dirlo, un notevole miglioramento tanto sul sistema del voto uninominale come su quello dello scrutinio di lista, ma sono lungi dal realizzare i voti della scienza in proposito. E perciò, mentre ci uniamo agli egregi pubblicisti che vedrebbero volentieri introdotto alcuno di questi sistemi *piuttosto che nulla*, confessiamo di non veder la ragione perché avendosi a fare il passo innanzi non s'abbia da fare più completo che si può. Ma di ciò più oltre.

Chiamo invece sistemi razionali quelli che alla combinazione donde deve scaturire la rappresentanza danno un fondamento razionale qualsiasi, il quale assicuri per ciò (più o meno bene, come vedremo) a tale rappresentanza una proporzionalità che vuole essere esatta.

Classifico tra i primi i sistemi del *voto unico*, del *voto limitato*, del *voto cumulativo*. Pongo in una classe a sé, anche per la sua importanza storica eccezionale il sistema del *quoziente di eleggibilità*, che partecipa però dell'empirico e del razionale come vedremo; e dopo di esso, in ordine crescente di razionalità, i sistemi del voto *successivo*, del voto *graduato* e delle *liste concorrenti*. S'intende che accenno solo ai sistemi tipici intorno a cui raggrupperò le modificazioni più importanti che hanno ricevuto, senza occuparmi delle moltissime altre modificazioni secondarie che o non sono state prese in considerazione o non eliminano nessuno degli inconvenienti del sistema a cui si riferiscono.

I sistemi empirici proposti sono stati molti. E siccome il loro pregio saliente è la semplicità, essi hanno avuto dinanzi ai legislatori miglior fortuna dei sistemi razionali. Basterà dare un cenno dei principali.

Il più semplice di tutti, più semplice anche del voto uninominale per collegi, è quello del *voto unico*, proposto in qualche paese, e che ha trovato lodatori anche presso di noi. Esso è il primo passo che può immaginarsi per dare un po' di posto alle minoranze. Consiste nel far dello Stato un collegio unico,

con voto uninominale per ciascun elettore, dichiarandosi eletti quelli che riportano maggior numero di voti. Così le minoranze di due circoscrizioni, per esempio, unendosi tra loro possono ottenere un deputato, mentre separate rimarrebbero schiacciate dalle rispettive maggioranze.

Quasi altrettanto semplice è il sistema del *voto limitato*, per cui ogni elettore dispone non di un solo voto, né di tanti voti quanti sono deputati da eleggere, ma sibbene di $\frac{2}{3}$ o di altra simile frazione di questo numero. Così dovendosi eleggere tre deputati, ogni elettore dispone di due voti; se quattro deputati di tre. In tal guisa è chiaro che la minoranza ha una apertura per entrare, se disciplinata, nella rappresentanza, non potendo la maggioranza riunire un tal numero di voti su tutti i suoi nomi da superare quello che la minoranza compatta adunasse sopra un solo nome. Quando i voti disponibili sono due terzi dei deputati da eleggere, la minoranza che supera i due quinti dei votanti ha un nome per sé; quando sono tre quarti, ha un nome la minoranza che supera i $\frac{3}{7}$.

Affine al precedente è il sistema del *voto cumulativo*, per cui l'elettore dispone di tanti voti quanti son deputati da eleggere, ma colla facoltà di cumulare tutti o parte di questi voti sopra uno o più nomi nella proporzione che crede. Allora o la maggioranza cumula su qualche candidato, che ritien incerto, parte dei suoi voti, e lascia così liberi gli ultimi posti alla minoranza, o non cumula, ma tenta riuscire in tutti i suoi candidati, e la minoranza, riunendo i propri voti sui primi candidati riesce a farli eleggere a preferenza di alcuni della maggioranza, e probabilmente anche primi fra tutti nella lista degli eletti.

Non può negarsi che questi diversi sistemi siano ingegnosi e anche seducenti per la loro semplicità. Tuttavia essi offrono troppi punti difettosi, perché la scienza possa prestar loro il suo appoggio. È vero che si dice che i sistemi del voto *limitato* e del voto *cumulativo* hanno fatto buona prova in pratica⁷⁾.

7) Il primo specialmente è stato adottato in moltissime associazioni, soprattutto in Inghilterra. Fu introdotto nell'isola di Malta fin dal 1852 da Grey. Fu adottato per l'elezione dei Consiglieri d'Appello nell'Illinese. E ciò che più monta, è stato applicato successivamente, pei collegi a più di 2 rappresentanti, in Inghilterra (1867), nel Brasile (1875) e in Spagna (1878). – Anche il secondo è stato adottato in varie colonie Inglesi, e in qualcuno degli stati Uniti, come nell'Illinese (1870).

Ma, oltrechè essi non sono mai stati applicati che in piccole giurisdizioni per l'elezione d'un numero ristrettissimo di rappresentanti, oltre a ciò, dico, nessuno si ricusa di credere che essi siano preferibili ai sistemi a cui sono succeduti, ma nessuno altresì può dire che essi lo siano ai sistemi più razionali che la scienza viene additando.

Il difetto capitale di questi sistemi è quello della assoluta mancanza di logica nel meccanismo e di precisione nei risultati. Si permette alle minoranze di entrare, ma in una proporzione arbitraria e dipendente dal capriccio delle urne. Col sistema del *voto unico*, la minoranza ha buonissimo giuoco. Notava benissimo il professore Palma che se la maggioranza votasse tutta per uno o pochi capi più influenti, la minoranza che dividesse bene i suoi voti potrebbe aver tutti gli altri; e se la maggioranza sparpagliasse di troppo i suoi, la minoranza concentrandoli meglio potrebbe superarla⁸⁾. Ora non v'è peggior sistema elettorale di quello che può rendere anche lontanamente possibile che la minoranza sopraffaccia la maggioranza. Un pericolo simile, comunque in grado minore, esiste negli altri due sistemi su mentovati. Abbiam veduto, per ciò che spetta al voto limitato, che esso è portato a concedere alla minoranza una certa determinata frazione (p. e., i 2/5, i 3/7, secondo il numero dei deputati da eleggere); ora perché *quella* frazione, e non un'altra qualsiasi? E pazienza, se quella frazione fosse almeno assicurata alla minoranza e il resto alla maggioranza. Ma ciò non è, e il capriccio delle urne può alterare non poco il risultato che uno si figurebbe. Ogni partito deve stare in sospeso fra la paura di organizzarsi troppo e quella di troppo sparpagliarsi. Se si organizza troppo, può cumular troppi voti più del bisogno su pochi candidati, e lasciar dei posti scoperti; se si sparpaglia troppo, può esser sorpreso da una buona organizzazione del partito opposto. (...)

* * *

[pp. 444-445]

(...) i più se ne escono con un pregiudiziale, dicendo che è prematuro pensare ora a modificare il procedimento elettorale, che

8) *Dir. Costit.*, vol. II, c. 4.

bisogna fare un passo per volta, modificare prima ciò che è parte sostanziale dell'elezione mediante l'allargamento del suffragio, poi a suo tempo rivolgere la mente alla forma e al modo di esercitar questo diritto. A ciò rispondiamo con poche, ma stringenti parole.

Nessuno più di noi penetrato del principio che le riforme vanno attuate gradatamente, e a misura che il bisogno imperioso se ne manifesta. Ma conviene distinguere le riforme vere e proprie, dai perfezionamenti che s'intende introdurre a riforme già attuate. Per le riforme bisogna andare adagio, ma, una volta una riforma attuata, non v'è ragione di rifiutare ad essa quelle modificazioni che la rendono più conforme al suo scopo medesimo. Noi vedemmo già qual è lo scopo della funzione elettorale, e come esso conduca al principio della rappresentanza proporzionale dei vari partiti. Ora prima di impiantare in un paese il sistema elettorale convien pensarci due volte, come pure prima d'allargare la base del sistema stesso, mediante il conferimento del voto a un numero maggiore di persone. L'una innovazione e l'altra costituiscono ciò che dicesi riforma nel vero senso. Ma dato il sistema elettorale e dato perciò il diritto dei partiti a una proporzionale rappresentanza, per passare da un procedimento che rende questo diritto illusorio a un altro che lo rende realizzabile, non c'è punto bisogno d'un lasso di tempo che faccia *maturare la proposta*. Non si tratta di fare altra cosa, ma di far meglio la stessa cosa. E dovendo procedersi a questa innovazione, nessun momento più opportuno di quello in cui una riforma elettorale viene realizzata fin nelle sue basi, come sta per farsi in Italia. Non si può stare a tornare continuamente sopra una legge. Se la legge elettorale, dopo la lunga e seria discussione a cui verrà sottoposta in questa occasione, passerà senza la modificazione richiesta per la rappresentanza proporzionale, vorrà dire che ai legislatori piacque riconfermare il sistema presente, e non sarà certo dentro un breve spazio di tempo che essi si prenderanno l'incomodo di provarvi una nuova discussione. Coll'allargamento del voto del resto le ragioni che legittimano il principio della rappresentanza proporzionale crescono anziché scemare, come notammo già in principio con Stuart Mill. Qualunque sia la fisionomia, verosimilmente più decisa della attuale, che assumerà il corpo elettorale dopo l'allargamento del suffragio, sarà certo nell'interesse di tutti i partiti, che nessuno di essi sia posto nel pericolo di soccombere totalmente nella lotta

elettorale. Rendere impossibile a qualche partito la lotta in quel terreno, che è l'unico legale in un governo rappresentativo, vuol dire cacciarlo a forza nel terreno delle illegalità. Ci pensino i riformatori.

Ho cercato di dimostrare il sistema del *quoziente progressivo* razionale, pratico, attuabile. Ho esaurito il compito che mi ero prefisso. Il resto spetta alla critica.

***Del fondamento storico e giuridico
della autorizzazione maritale***
Gustavo Bonelli

(estratto da *Tesi di laurea svolte nella sessione estiva dell'anno
1874-75, Perugia, 1876*)

[pp. 38-45]

(...) Del resto le consuetudini primitive non fanno, come abbiám detto, che continuare le tradizioni del *mundio* più l'influenza medioevale del Diritto feudale. Certo, le antiche basi dell'attitudine alle armi e della tradizione agnatzia erano state molto indebolite; ma infine le istituzioni trovate s'eran tramandate, e ritenute attraverso le generazioni, malgrado non si sentissero più nella nuova società i principi che le avevano ispirate. L'autorità maritale del diritto germanico e feudale, benché consistente sostanzialmente in un'azione di protezione, era però una protezione che dava luogo, come abbiám visto, a un potere bastantemente vasto, che era controbilanciato dall'obbligo ad esso correlativo di difendere e tutelare contro chiunque la persona posta sotto la sua custodia. Ora il rispetto, per così dire, tradizionale che si annetteva a questa possente autorità fe' sì che, sorto il sistema della comunione per le cause che sopra accennammo, si mantenesse pur sempre in essa un capo, o meglio un alto protettore, una autorità, cui la donna doveva tuttavia consultare prima d'intraprendere un affare qualunque. Né ci dee far meraviglia la coesistenza di questa specie di *mundio* maritale colla libertà guadagnatasi dalle donne fuori di matrimonio; imperocché, oltre che lo stato di comunione poneva le maritate in una condizione diversa dalle altre, ad esse più che alle altre faceva guerra il movimento antifemminile, ed erano anche meno protette dalla cavalleria, che, rammentiamolo, era in fondo un effetto di quello stesso spirito di celibato e di ascetismo che avea prodotta la avversione al sesso debole.

La spiegazione delle riforme che subì la condizione della donna maritata durante lo svolgersi del diritto consuetudinario ci vien data dalla sempre crescente corruzione dei costumi in quei paesi, e dallo

sviluppo immenso che prese in conseguenza l'influenza Canonica, abbattendo per sempre la cavalleria.

Il Diritto Canonico (si capisce) è nemico naturale del matrimonio¹⁾. Esso lo considera e lo tollera come un *remedium infirmitatis*²⁾, per evitare unioni peccaminose³⁾, ma incoraggia i voti di castità e di vedovanza⁴⁾, li impone ai suoi preti⁵⁾, le seconde nozze quasi equipara ad adulterio⁶⁾. La donna, maritandosi, diviene perciò sempre qualcosa di meno puro; insieme col matrimonio essa contrae una specie di macchia che la rende meno degna della grazia divina, e la costringe a star soggetta alla volontà del marito, perché non trascorra al peccato⁷⁾. E come s. Paolo avea detto che mentre l'uomo è immagine di Dio, la donna non è che immagine dell'uomo, e perciò l'uomo non era stato creato per la donna, ma sì la donna per l'uomo⁸⁾, così i Ss. Padri e i Canonisti ripeterono questo stesso principio, fino a porre fra la donna e l'uomo la stessa

1) V. p. e. s. Paolo I. Corinth. VII. 25, ove confessa non aver ricevuto tal dottrina da Cristo. E Girolamo: «Quomodo ante Abraham placuit in coniugio, sic nunc virgines placent in perpetua castitate. Servivit ille legi et temporis suo, serviamus nos Evangelio et temporis nostro ec.» (Decret. Caus. XXXII. qu. IV can. 6). «Nuptiae terram replent, virginitas paradisum» (Caus. XXXII qu. I. can. 12.)

2) Agost. de bon. viduit. c. 8. – Conc. Trident. sess. 24. can. 12. - S. Thom. IV. de matrim. f. 294 e seq. – «ad vitanda majora mala homini concessum» ripetea Bodino in pieno secolo XVIII.

3) «Quomodo virginibus ob fornicationis periculum concedit nuptias et excusabile facit quod per se non appetitur, ita ob eandem fornicationem vitandam concedit viduis secunda matrimonia. Melius est enim, licet alterum et tertium, unum virum nosse, quam plurimos; idest tolerabilius est uni homini prostitutam esse quam multis.» (Caus. XXXI, qu. I. can. 10).

4) V. p. e. Caus. XXVII, qu. 1, can. 41. – «Si quis dixerit (dice il Concilio di Trento) statum coniugalem antepenendum esse statui virginitatis vel coelibatus, et non esse melius ac beatius manere in virginitate vel coelibato, quam iungi matrimonio, anathema sit.» (Sess. 24, c. 10)

5) Distinct. XXVIII-XXXII. – Conc. d'Elv. can. 33, - Conc. di N. Cesar. can.1. - Conc. Carthag. 3. can. 19, ec.

6) «Secundum veritatis rationem fornicari convincitur qui secundam ducit uxorem» (Caus. XXXI, qu. 1. can. 9.) (V. Constit. Apost. III, 2.)

7) «Adam per Evam deceptus est, non Eva per Adam. Quae vocavit ad culpam mulier, justum est eum gubernatorem assumat, ne iterum feminea facilitate labatur » (Caus. XXXIII, qu. V, can. 18.)

8) V. I. Corinth. XI, 7-9. – Eph. V, 23 ec.

differenza che fra l'uomo e Dio⁹⁾, e fino a negare alla donna la natura umana¹⁰⁾.

Insieme colla corruzione dei costumi, questi principi s'introdussero anche nel diritto consuetudinario. Lo spirito cavalleresco non più conciliabile nemmeno colà colla dissolutezza dei tempi, dovea suscitare una reazione fierissima da parte degli scrittori moralisti e giureconsulti. Ed essi si scagliano infatti con acerbo furore contro la arrogante prepotenza e i vizi delle donne¹¹⁾, e contro la eccessiva debolezza degli uomini¹²⁾, che lungi dal tenerle in freno le chiamavano tuttora *signore*¹³⁾. Basta aprire uno qualsiasi dei tanti commenti di leggi di quei secoli, per leggervi ingiurie e villanie di ogni sorta contro la creatura che i loro antenati venerarono subito dopo Dio¹⁴⁾.

L'influenza romana combinandosi con tale immensa disistima della donna, fe' sì che si scambiassero affatto le basi su cui erano stati regolati sino allora i diritti di lei, e quindi anche la base della autorizzazione maritale si trovasse affatto alterata.

Nel primo periodo del diritto consuetudinario, la autorizzazione maritale si fondava su ciò, che, alla comunione facendo d'uopo d'un capo fornito di autorità, siffatta autorità (e non se ne

9) «Cum caput mulieris vir sit (dice Girolamo), caput autem viri Christus, quaecumque uxor non subiicitur viro suo, hoc est capiti suo, ejusdem criminis rea est, cuius et vir si non subiiciatur Christo capiti suo.» (Caus. XXXIII, qu. V, can. 15.)

10) Questa idea fu sino a tutto il XVI secolo più diffusa che non si crede. È famosa la Dissertatio mulieres homines non esse stampata nel 1595 a Francoforte e attribuita a Valente Acidalius.

11) «Sunt in hoc animante effraenes motus, effraenata iracundia, impetus concitati, magna consilii inopia et imbecillitas iudicii, superbia indomita; sexus ipse ad commercia et frequentandos hominum caetus inhabilis et multis insidiis obnoxius» (D'Argent. Ad Cons. Brit. ar. 410, gl. 2.)

12) «Ut nunc sunt mores, frustra fuerim si ius et maiestatem virorum asserere instituerem, quam illi ipsi qua publice, qua privatim obteri passim et calcari sinunt ... Ut ego viros recte monitos a Catone putaverim ne dent fraenos impotenti naturae et indomito animali, quod modum licentiae mulieres facturae non sint, nisi mariti faciant, quod omnium rerum libertatem, immo licentiam desiderent; extemplo, simul ac pares esse coeperint, superiores erunt. Quae utinam videas hodie tam servata, quam vulgo nota sunt; sed quid agas, saeculo invito?» (Rodenb. de iure coniug. II. tit. I.)

13) Tiraquell chiama bardos tali uomini (ad leg. connub. gl. 1, p. 5, n. 14). E D'Argenté: «quae se dominas vocari volunt, castigationem passurae non sunt, aut domus aut familia tota fulguribus et tonitruis personabunt indomita perversa. Et frustra est maritus si id facere praesumat, quod nec ferrum, nec ignis, nec tonans quidem faceret Juppiter» (op.cit. ar. 612). E Rodenburch: «o abiecti animi viri dominos eas praedicantes, quibus ipsi dominari iussi sunt!» (Op. cit. II. tit. III. cap 1. n. 22.)

14) V. Tac. Hist. V. 61, 65 - Germ. 8.

conosceva altra diversa dal *mundio*) doveva ritenersi dal marito, appunto perché *marito*; e l'istituto fu tutto ordinato su questo principio: sottomissione della moglie alla *autorità maritale*. La moglie non è soggetta, perché incapace come donna, ma perché è maritata; e quindi essa non può attaccar di nullità l'atto non autorizzato, non può ricusarsi d'adempiere l'obbligazione dopo la morte o la ratifica del marito, se questi non può autorizzarla riacquista la sua capacità ecc.¹⁵⁾.

Ma ecco succede a poco a poco una completa rivoluzione di idee; si sente il bisogno di tener più soggetta la donna, di scuotere la debole tolleranza dei mariti. Si sviscerano le Pandette, per trovarvi un principio dietro cui organizzare una serie di restrizioni nuove, e vi si trova l'*imbecillitas sexus* del 2.^o periodo di Roma. Senza badare se esso sia o no conciliabile collo stato attuale del diritto, lo si assume per base; dove il Diritto romano non offre appoggio bastante, anzi sarebbe contrario, si saccheggiano i testi del vecchio e nuovo Testamento, dai quali in quell'epoca non sa mai staccarsi il Diritto naturale¹⁶⁾, e su questi fondamenti si istituiscono delle riforme che necessariamente fanno a cozzo colle istituzioni primitive a cui si trovano daccanto, e la cui coesistenza dà origine ad una deplorabile confusione, in mezzo alla quale gli scrittori invano tentano rintracciare la base sulla quale è fondata l'autorizzazione maritale. Essa non è più la sola *autorità maritale*, perché come spiegare allora la necessità della giudiziale nell'impotenza del marito? come spiegare l'inefficacia della obbligazione ab initio, e quindi l'insanabilità assoluta (anco per la ratifica del marito e anco sciolto il matrimonio) della nullità? E d'altronde come conciliare

15) Non mi sembra esatto il dire, come fa il Gide (op. cit. L. IV, cap. III, n. 2) che in questo primo periodo l'autorizzazione maritale si fondi «dans l'intérêt du bon ordre et de la paix du ménage.» Questo sentimento non prende un completo sviluppo che in una società civile bene avanzata, e non fu preso a fondamento da nessuna legislazione fino alla nostra. L'interesse che unicamente veniva preso di mira allora era l'interesse del marito, o meglio non tanto l'interesse quanto quel sentimento di deferenza che il marito ha diritto di pretendere *jure mariti*, dalla moglie. Se ciò non fosse, come spiegare l'esistenza dell'autorità maritale nel minore che, incapace d'agire da sé, aveva diritto però di convalidare l'atto di sua moglie maggiore?

16) L'impero dell'uomo sulla donna, dice Rodenburch, è stabilito per privilegio della natura e per volontà divina; perché: 1. nell'ordine della creazione l'uomo venne prima della donna; 2. la donna fu ingannata dal serpente, non l'uomo; 3. Dio creò la donna «ut viro cederet in opem laborumque adiutorium.» Per non dire (aggiunge lo stesso autore) «quod natura maior viri sit ad res gerendas aptitudo, utpote humoris habentis minus, caloris plus» (De jure coniug. Prelim.)

il principio della *imbecillitas sexus* colla libertà delle *innuptae*? Evidentemente la istituzione avea perso di logica colla introduzione delle nuove riforme. E tuttavia gli scrittori seguitano a tenere chi l'una, chi l'altra di queste due basi, spiegando ciascuno a suo modo la contraddizione in cui necessariamente si trovano inceppati¹⁷⁾.

Questa stessa confusione si rinviene negli scrittori più recenti. Così Pothier dice esplicitamente che l'autorizzazione è fondata non sulla debolezza della ragione della moglie, ma «sulla potestà che ha il marito *sulla persona* della moglie, che non le permette di far cosa alcuna, senza dipender da lui¹⁸⁾». Merlin, sull'autorità di Bouhier, la fonda sulla austerità dei costumi propria degli antichi tempi, per cui era illecito e indecoroso alla donna maritata avvicinarsi ad altr'uomo che suo marito¹⁹⁾. Altri invece la fonda sulla sola incapacità, e quindi la ritiene istituita a solo interesse della moglie²⁰⁾. Opinioni tutte che prese esclusivamente ciascuna spiegano in parte ma in parte lasciano inesplicate le disposizioni legislative relative al nostro istituto.

Da tutto ciò parmi si possa concludere che nel diritto statutario, e perciò nella sua origine, la autorizzazione maritale, sorta in

17) V. specialm. TIRAQUEL, ad leg. connub. gl. 6, n. 37. – D'ARG. art. 424 gl. 1. – CHRISTIN. ad leg. MECHLIN. tit. 9, art. 4, n. 58 e 59. – DUAREN. de nupt. cap 1. – SANDE. Decis. Fris. – RODENB, op. cit. II. Prelim. – VOET ad Pand. L. XXIII, t. 2, §62. «Quidam (dice DUARENO) ad commodum mariti consuetudinem respicere censent, ut cum uxoris facultatibus omnibus fruatur, constante matrimonio, nihil in eius preiudicium uxor faciat. Quorum opinio si vera est, solummodo matrimonio, poterit mulier ex contractu a se inito vel ipsius heredes conveniri. Alii arbitrantur eo consensum et auctoritatem mariti requiri, quod uxor, propter fragilitatem sexus et imbecillitatem ingenii, sub mariti potestatem, quasi tutoris cuiusdam aut curatoris, cuius consilio regatur, esse debeat. Et secundum hanc opinionem, uxores minoribus recte comparantur qui absque tutorum auctoritate inutiliter contrahunt.... Verum illud nobis scrupulum iniicit, quod nuptis tantum mulieribus libertas adimitur moribus nostris. Nam reliquae nullius viri auctoritate reguntur, si iustae aetatis sint. Ex quo perspicuum est nostrae consuetudinis auctores infirmitatem consilii, quae in mulieribus est, hic non omnino spectasse... Itaque existimo maiores nostros nihil aliud spectasse, quam ut uxorem viro obnoxiam, subiectamque redderent, et ea in quamdam velut servitutem redacta, nihil aliud cogitare, quam ut marito omnibus in rebus obsequeretur.... Utile visum est maioribus nostris ingentem marito potestatem in uxorem concedere, ut in eam conditionem redacta, quae servilis est, aut non multum a servili distet, obsequientior ei, tractabiliorque redderetur.... Cum igitur ob personam ipsam, quae servilis quodammodo conditionis est, veteretur mulier bona sua alienare, non consentiente marito, consequens est contractum ab ea initum soluto matrimonio non convalescere, sicut et de testamento quod filius familias condidit iure constitutum est».

18) Poth. Della pot. mar. n. 3.

19) Merlin – Répertoire – voc. Autoris. marit.

20) V. Nouveau Denizart, e in parte Lebrun e Proudhon.

conseguenza della comunione, ebbe però il suo fondamento nella fusione incompleta di questi due elementi: - 1.° autorità maritale; 2.° fragilità del sesso.

Ed eccoci al Codice di Napoleone.

La Rivoluzione francese, com'è noto, s'era fatta banditrice dei principî della più perfetta uguaglianza. Era luogo a credere che seguendo anche su questo punto il progresso additato da essa, il Codice del gran Riformatore ridonasse alla donna la sua indipendenza²¹⁾. Invece esso accolse press'a poco le stesse disposizioni del diritto consuetudinario; e l'autorizzazione maritale fu mantenuta, salvo lievi riforme, principale tra le quali la nullità relativa degli atti non autorizzati sostituita alla assoluta²²⁾. E ciò dipese e dall'avversione personale del primo console a largheggiar colle donne e dall'aver prevalso nell'Assemblea la parte dei settentrionali su quella dei meridionali e in conseguenza il regime della comunione come regola. Si disse che la donna come più debole ha bisogno della protezione dell'uomo, che «l'obbedienza della donna è un omaggio reso al potere che la protegge²³⁾»; che tal protezione non sarebbe intera né efficace, se il marito non potesse impedire alla moglie di perder la sua fortuna con disposizioni imprudenti; che ciò sarebbe anche contrario alla deferenza che la moglie deve avere al marito e ferirebbe in fine quella unità, quella comunicazione indivisibile di tutte le cose della vita che è uno dei principali caratteri del matrimonio²⁴⁾. – Come si vede, tra i motivi che avean suggerito la conservazione della autorizzazione maritale figuravano adombrate le stesse cause che ne avean favorito lo sviluppo sotto il diritto consuetudinario. Solo cominciò a tenersi conto da taluno anche di una terza base: l'interesse della comunione, base che dopo essere stata l'occasione originaria, come

21) Nel Tit. III. del progetto di legge presentato da Cambacères alla Convenzione (Sed. 24 ag. 1793), leggeasi veramente il seguente articolo (88): – «Les epoux ont et exercent un droit égal pour l'administration de leurs biens.» – E esso fu vivamente appoggiato da CAMILLO DESMOULINS, DANTON, COUTHON; ma trovò gagliarda opposizione specialmente in MERLIN e THURIOT, il primo dei quali disse che la donna è generalmente incapace di amministrare, e che l'uomo ha su di essa una superiorità naturale che deve conservare.

22) Art. 225.

23) M. Portalis – Motivi della legge – Relaz. al Cons. di St. Sed. 11 vent. a XI.

24) Rapp. di Gillet al Tribunato. Sed. 23 ventoso a. XI

vedemmo, della istituzione, era stata dimenticata subito che questa andò organizzandosi a simiglianza del *mundio*, nell'interesse del marito dapprima, e poi dietro le orme della tutela romana. Siccome però, comunque organizzata, la istituzione provvede in qualche parte naturalmente anche all'interesse della comunione, così parve a taluno di scorgere in questa la vera ragione di esistere della autorizzazione. Ecco adunque che fra i commentatori del Codice, quali, schierandosi con Pothier e Merlin, dicono che fondamento della autorizzazione maritale è la *potestà del marito*²⁵⁾, quali, che è la *potestà del marito* e l'*interesse della comunione*²⁶⁾, quali insistono senza escluder gli altri sull'elemento della *inabilità naturale del sesso*²⁷⁾.

Non ci fermeremo a dimostrare come l'autorizzazione maritale seguì a fondarsi sulla fusione dei due elementi sopra nominati, dal momento che modificazioni sostanziali non si fecero all'organismo della legislazione statutaria in proposito.

I Codici derivati dal francese s'affrettarono a copiare si può dire testualmente gli articoli relativi alla autorizzazione maritale. (...)

* * *

[pp. 67-86]

(...) I. Che la famiglia abbia ad ordinarsi in vista all'interesse esclusivo del marito, sembra strano e inconcepibile a noi, in tempi come i nostri, in cui il principio dell'eguaglianza forma uno dei fondamenti del Diritto pubblico e privato. Eppure non molte centinaia d'anni addietro era così che concepivasi la famiglia. Noi l'abbiam veduto: nelle antiche legislazioni, e in Roma stessa fino

25) DELVINCOURT n. 11 - TOULLIER n. 615.

26) Zachariae § 472 – Fouquet, Bibl. del dr. – Demol. n. 117. – Demolombe critica il Codice per non aver tenuto conto dell'interesse della moglie, cioè della base della fragilità del sesso. Ma che egli s'inganni, basterebbe a dimostrarlo il fatto di avere il Codice stesso conservata l'autorizzazione giudiziale come supplemento della maritale, quando il marito sia incapace, anche per condanna penale, e l'altro di aver lasciato alla donna stessa la facoltà di promuovere l'azione di nullità dell'atto non autorizzato.

27) Marcadè n. 747. - Duranton n. 518 - Troplong, Contr. de Nar. n. 933-936.

alla venuta di Cristo, la moglie passava in proprietà del marito colla persona e coi beni, sicché faceasi di essa una cosa che, come le altre, doveva servire di mezzo al marito pel conseguimento del fine, per lo sviluppo della sua personalità. Evidentemente non è a questa strana infrazione del Diritto naturale che noi alludiamo, trattando delle basi della autorizzazione. Questa suppone una unione sociale, e società non può essere che tra libere personalità. L'unione coniugale divenne col progresso dei tempi, e non staremo qui a ripetere per quali influenze, una unione sociale, fatta allo scopo di assistersi reciprocamente, di aiutarsi a raggiungere il proprio perfezionamento e di perpetuare la specie.

I partigiani della prerogativa maritale sono ben lungi dal pretendere la soppressione dell'individualità della donna come in antico. Le loro pretese si limitano all'esercizio di certi diritti, alla disponibilità dei beni. – Non è già, essi dicono, che la donna sia per sé stessa incapace; tanto vero che se essa non è legata ad altr'uomo, come se è nubile o vedova, niuna legge limita l'esercizio dei suoi diritti. Ma non è così della donna maritata. Dandosi al marito, essa sa di unirsi ad un essere che ha una superiorità fisica e intellettuale incontestata su di lei; quindi deve rispettarlo e sottometterglisi.

La donna deve inoltre custodire come il suo più sacro tesoro la pudicizia dei costumi, deve guardarsi dal far nascere in suo marito il menomo sospetto. In Borgogna, al dir d'uno scrittore francese²⁸⁾, in altri tempi, quando una donna passava vicino a un uomo, l'uso voleva che si coprisse la metà della faccia. È d'uopo continuare queste caste tradizioni; è d'uopo che la moglie si tenga ben lontana da ogni comunicazione con qualsiasi uomo che non sia suo marito. D'altronde che bisogno ha essa di far contratti o di stare in giudizio? Non c'è forse suo marito che può far tutto ciò a nome suo? E sarebbe strano e immorale poi il caso che la moglie intendesse e potesse fare un contratto, mentre suo marito non vuole. Ciò sarebbe un fomentare nel seno stesso della famiglia liti e discordie, cui è mestieri a qualunque costo tener lontano. La moglie è tenuta pertanto a sottomettersi ai giusti voleri di suo marito, a lasciare a lui le cure della amministrazione dei suoi beni, e, in virtù della riverenza che gli deve, guardarsi bene dal contraddirlo.

28) Chasseneuz in Merlin, Répertoire *ivi*.

Dice Menocchio: «*mulier est subiecta viro et propterea cum ipsi viro exhibere debeat reverentiam, consensisse dicitur ut magis placeat viro*». ²⁹⁾ E questa è la base su cui Pothier, Bouhier, Merlin, Delvincourt, Toullier e tanti altri insigni giureconsulti riposero il motivo della autorizzazione maritale. Conseguenza dell'assunzione di tal base si è che se pure il fatto contratto sia vantaggioso per la donna, esso non ha validità se non fu autorizzato ³⁰⁾; mentre p. e. sarebbe valido se si trattasse di un minore egualmente non autorizzato ³¹⁾.

Rispondiamo ai sostenitori di tale opinione:

1.° che nessuna disuguaglianza naturale di forza e d'intelligenza può conferire all'uomo privilegiato un impero sopra il non privilegiato; e nessuno può giuridicamente venire in alcun modo privato dalla sua capacità giuridica e fatto dipendere, sia pure in menoma parte, da chi ha più forza e intelligenza, a meno che la inferiorità di forza e d'intelligenza non sia tale da obbligar la legge a creargli un protettore, come mezzo necessario per lo sviluppo della sua personalità.

2.° che il pudore e la castità dei costumi sono senza dubbio condizioni indispensabili perché si abbia una vera famiglia: ma conviene intenderci sul loro significato. Un pudore che si macchia per qualsiasi contatto con altr'uomo che non sia il marito è davvero una cosa ben incomoda; è un'idea poetica ed esagerata a cui non è giusto sacrificare la libertà individuale d'una persona; esso riporta alle clausure orientali e alla sferza gelosa che punisce colà uno sguardo non frenato da fitto velo o un pensiero non celato da ipocrita lingua. E ciò si comprende in paesi dove la fantasia ardente come il clima e il facile accesso che ha negli animi la gelosia impediscono il libero sviluppo della vita sociale; ma fra noi per fortuna è ben diverso il concetto che ci facciamo dell'onestà e della costumatezza. Nelle nostre società si parte dal concetto che l'ipocrisia è il più funesto e il peggiore dei vizi, che la virtù morale sta in ragione diretta della responsabilità morale, e questa della

29) De Praesumpt. III, 22

30) Pothier n.4.

31) Instit. de auctor. tut.

libertà; e il marito che impedisse a sua moglie qualsiasi rapporto cogli altri uomini senza il suo permesso, sarebbe un tiranno che offenderebbe e sé stesso nella propria dignità e la moglie nel diritto proprio di ciascuno di esser ritenuto operante il bene fino a prova contraria. Negar tal diritto alla donna è quanto fu proclamato a voce alta dai dottrinarî d'un tempo di reazione e che trova un'eco nel ghigno vile e beffardo degli scettici di tutti i tempi, ma è quanto né la Morale né il Diritto potrebbero giammai approvare.

3.° Dire che la moglie non deve far nulla, perché tutto può fare per lei suo marito, è un'asserzione falsa e inconcludente; *falsa*, perché vi possono essere delle cose che essa può fare e non suo marito, come sarebbero tutti gli atti e contratti fondati sulla fiducia o sulla stima personale; *inconcludente* perché dalla non necessità non può trarsi argomento di proibizione. Sarà una questione di disciplina interna che deve lasciarsi risolvere ai coniugi, ma non deve intervenire a troncargli il nodo la legge.

4.° La ragione più forte degli avversari è quella del dissenso possibile tra gli sposi, e quindi della turbata pace domestica in caso che la moglie potesse fare un atto che non va a grado al marito. Ma si osservi che la legge non ha riparato per nulla a questo inconveniente, legando la libertà della donna col freno della autorizzazione. Infatti dal momento che la donna chiede l'autorizzazione per fare un contratto e il marito gliela nega, il dissidio è già incominciato, e la pace domestica è già turbata. E d'altronde se da una parte mi si fa l'ipotesi d'una donna vana e scialacquatrice che non dà ascolto ai consigli d'un marito saggio e compromette la fortuna della famiglia, mi sarà concesso di contrapporre a questa l'ipotesi non meno probabile d'un marito duro, burbanzoso e sfiduciato che non conceda mai a sua moglie la facoltà di disporre dei suoi beni. Si dirà: ma le leggi prevedono questa ipotesi, e han pronto il rimedio; si ricorre al giudice, e l'autorizzazione è ottenuta. E sia pure, la donna dunque farà il suo contratto a dispetto del marito, e il marito garrirà più che mai; e le liti e i dispetti cresceranno in famiglia. Vale dunque la pena d'introdurre un rimedio che lungi dal curare inasprisce la piaga? L'unica ragione per cui la ipotesi della donna dissennata può acquistar dell'importanza si è quella della conservazione del patrimonio domestico; ma allora si abbandona il

sistema della prerogativa maritale, per invader quello dell'interesse di famiglia, di cui fra poco discorreremo.

Sul primo pertanto concludiamo che, posta l'uguaglianza morale fra l'uomo e la donna, la libertà di questa non può essere in verun modo scemata a pro di quello; e quindi una subordinazione della donna all'uomo che impedisca a quella il libero e pieno esercizio dei suoi diritti civili, non può nello stato di matrimonio esser giustificata dalla qualità di marito nell'uomo e dalle prerogative inerenti alla medesima.

II. Tutto ciò nel supposto che la inferiorità di forza e d'intelligenza nella donna di fronte all'uomo non sia tale da renderla veramente incapace e inetta alle faccende della vita civile e quindi bisognosa d'una specie di tutela o di protezione.

Ma è ciò vero?

Qui sorgono i partigiani del 2.º sistema, che, con Ulpiano alla mano, dichiarano la donna *imbecillis*, e credono bene in conseguenza porla sotto tutela o curatela come un bambino o un mentecatto.

Ascoltiamo gli argomenti su cui si appoggia un tal sistema. Le donne, si dice, sono sì uguali agli uomini e quindi hanno uguali diritti, ma sono dissimili e non solo socialmente ma naturalmente dissimili, e queste dissomiglianze portano con sé una sì diversa attitudine nell'ordine fisico, intellettuale e anche nel morale, che rende necessario regolare loro l'esercizio dei diritti. Nell'ordine fisico, le donne sono più gracili, più deboli, più schiave della natura che le sottopone a continue malattie, per cui son rese inette a qualunque esercizio un po' faticoso. Nell'ordine intellettuale, esse subiscono il predominio dei sensi anzi che quello della ragione, sono immaginose, fantastiche, quindi mobili e soggette alle impressioni, passive più che attive nei loro giudizi. Le conseguenze della qual natura si riversano anche nell'ordine morale producendo in esse quella debolezza di carattere, quella sete di vanità e quella facile seducibilità che nei rapporti umani riescono così pregiudicevoli all'interesse di chi le possiede. Ora è egli giusto lasciare in balia di sé stesso e dei suoi difetti un essere così foggiato?

Negare una differenza di costituzione fisica e di attitudine tra l'uomo e la donna sarebbe opera vana; e solo si può osservare che

prima in tutto ciò v'è molto di esagerato³²⁾, perché il fatto prova che anco le donne, una volta fuori di minorità, sogliono spedir bene i loro affari quanto gli uomini, e non bisogna confondere le differenze di natura colle differenze che crea in alcune classi sociali l'educazione frivola e falsa che si dà alle donne; e in secondo luogo, che di contro a questi difetti vi sono pure delle doti, le quali si tengono a calcolo dagli avversari solo quando si tratta di gettar la sfiducia sul sesso che osteggiano, e cioè la maggior perspicacia e astuzia nel trattare un negozio, nonché un pronunziato attaccamento all'interesse che talora, anzi spesso, degenera in avarizia, (*mulier avarissimum genus* è una frase ripetutissima nei testi di diritto)³³⁾ una maggior sollecitudine e spirito d'abnegazione per la famiglia, ma specialmente per i figliuoli, una cura e diligenza scrupolosa proveniente appunto dalla sua soverchia timidità: «metus, dice Cicerone, plurimum confert ad diligentiam custodiendam». Del resto, anche con tutto ciò, resta una differenza fra i due sessi, per la quale l'uomo è sempre più della donna adattato alla vita pubblica, anzi vi sono degli affari pubblici che per la donna non saranno forse mai conseguibili. È perciò che deve ritenersi per una utopia, almeno finché durano le condizioni presenti dell'umanità, ciò che dicesi completa *emancipazione* della donna. Ma non è, e non può essere utopia la loro libertà negli atti della vita civile. La loro differenza dal sesso maschile, le inattitudini naturali e i difetti non sono di tale entità da autorizzare una restrizione all'esercizio dei loro diritti. La ineguaglianza fra i due sessi consiste solo nel *modo* di estrinsecare le facoltà, le quali però sono essenzialmente e fondamentalmente le stesse; e da una differenza di tal fatta non può derivare una diversa capacità giuridica. Tutti quasi i filosofi dei tempi moderni negano che la natura del matrimonio ammetta potenza maritale³⁴⁾. «Dotata in essenza della medesima natura

32) Ecco un saggio delle esagerazioni a cui sogliono arrivare specialmente gli scrittori francesi, parlando delle differenze fra i due sessi. «La femme est un être fort à part, bien plus différent de l'homme, qu'il ne semble au premier coup d'oeil, plus que différent, opposé ecc... Elle ne faut rien comme nous. Elle pense, parle, agit autrement. Ses goûts différent de nos goûts. Son sang n'a pas le cour du notre ... Elle ne respire pas comme nous ... Elle ne mange pas comme nous, ni autant, ni les mêmes mets ecc. ecc.» (Michelet. L'Amour. L.1. ch. 1.)

33) V. Castr. Cons. 174. – Magon. decis. Florent. 18. n. 7. – Gratian. discept. for. cap. 669. n. 17. – Mascard. de probat. 2. concl. 1090. n. 29. seg.

34) V. Hippel (in più opere) – Hugo (Dr. Naturale) – Krause (Ideale dell'Umanità) – Ahrens (Corso di Dr. Naturale).

dell'uomo e delle medesime facoltà fondamentali (scrive Ahrens), la donna può interessarsi e partecipare a tutto ciò che è umano; la maniera soltanto con cui essa vi partecipa è diversa, determinata dalla natura femminile, la quale tende verso l'individualità e verso l'intimità, mentrèché l'uomo è portato verso la generalità ed il mondo esteriore»³⁵). «Le donne (dice Mittermaier) prendono una così gran parte negli affari che pervengono a un grado di conoscenza da poter stare a fronte degli uomini. Nella classe agricola e fra gli operai, le donne sono per lo più quelle che curano gli affari. L'esperienza prova ch'elleno posseggono l'intelligenza necessaria per ben apprezzare i differenti rapporti della vita sociale. La mitezza dei costumi e la trasformazione della società non tollerano più la ruvidezza e la tirannia degli uomini»³⁶). – La storia dei secoli non è su questo punto che la storia degli errori. L'uomo si è sentito più forte, e però il suo giudizio non ha saputo per lungo tempo essere imparziale a tal riguardo; egli per un pezzo non ha saputo trascendere dallo elemento della forza e dalla lusinga di tener soggetta la metà debole del genere umano. Tanto vero che quando siamo poi stati a dedurre tutti gli effetti di questa pretesa incapacità, e di fronte alla responsabilità penale, le legislazioni non solo hanno cessato d'esser logiche, considerando qui le donne uguali agli uomini, ma in questa strana equiparazione non hanno quasi mai tenuto conto delle molte e importanti considerazioni che avrebbero dovuto a più forte ragione far ritenere la minorante del sesso nella pena³⁷). Ma il diritto non ha nulla che fare colla forza, e la Civiltà, che scevera appunto la forza per porre in chiaro il diritto, ha infine rivelato agli uomini questo vero; ha bandito la tutela perpetua delle donne, e oggi, salvo pochissime restrizioni che vanno a sparire, è universalmente ammesso che la donna sia

35) Corso di Dr. Naturale.

36) Revue de legislat. Paris. – t IX. pag. 92.

37) V. Ellero – Opusc. crim. – Della minore responsabilità penale delle donne. Nei secoli scorsi in Italia mentre qualunque atto civile era vietato alla donna, per la sua debolezza, si teneva ben altra misura, quando si trattava d'infliggerle dei tormenti. «Mulieres (scrive il Savelli), nisi aliud obstet, possunt torqueri ad eruendam veritatem, immo, secundum peritos, cum sint latiores pectore, minus sentiunt vim tormenti funis, quam masculi» (Summa div. tract. § Mulier. n. 35).

capace di validamente obbligarsi e fare qualunque atto giuridico non appena abbia raggiunto la maggiore età³⁸⁾.

Ma sulla tesi generale della incapacità del sesso le file degli avversari son troppo diradate perché metta conto combatter più oltre.

Essi si rifugiano però in una trincea che resta ancora aperta loro anche su questo campo, e dicono: ammettiamo che la libertà sia cosa per sé stessa troppo gelosa, perché debbe esser tolta in tutto o in parte alla donna, solo perché essa è donna. Ma quello che noi concediamo di buon grado alle donne in generale, alle donne non vincolate, non può né deve concedersi a quelle che volontariamente al vincolo maritale si sono assogettate. E diciamo che esse vanno protette in ragione della loro incapacità, perché: 1.° se è pericoloso sancire una incapacità di massima, la quale sottometterebbe spesso la donna a parenti lontani e meno interessati, ovvero la porrebbe nella necessità d'invocare ogni momento il Tribunale, non è così quando il matrimonio offre nel marito alla donna un tutore naturale e avente interesse alla buona amministrazione del patrimonio; allora è saggezza approfittare di questo tutore, e in conseguenza imporre alla donna di operare d'accordo seco lui. – 2.° Il matrimonio, dice Troplong³⁹⁾, sviluppa nella moglie un sentimento naturale che l'allontana dalla complicazione degli affari; ella, sapendo e sentendo d'esser meno esperta e più fragile, rimette la cura dei suoi affari al marito, ben fortunata d'aver trovato un mandatario che la liberi così dai fastidi e dalle spine inseparabili dalla gestione degli'interessi; e ciò, s'intende, spontaneamente e quand'anche la saviezza della legge non v'avesse provveduto: il matrimonio adunque porta di natura sua alla istituzione della autorizzazione maritale⁴⁰⁾. – 3.° Lo

38) Per le nostre leggi le restrizioni alla libertà civile della donna sono ridotte alle seguenti: incapacità alla tutela (a. 268. C. civ.), incapacità a testimoniare nei testamenti (a. 788) e negli atti dello Stato civile (a. 351.), incapacità ad essere arbitra (a. 10. C. Proc. civ.) Il Codice di Commercio poi nega alla donna la capacità di obbligarsi cambiariamente, se non è commerciante (a. 199.), concedendole in cambio il privilegio di non esser soggetta allo arresto personale (a. 727): incapacità e privilegi la cui sparizione fortunatamente non è lontana.

39) Contr. di matrim. N. 936.

40) «Tu demanderas quels titres tu as à t'emparer d'elle, je vais te le dire. Le premier et le plus fort c'est le vif et ardent bonheur qu'elle même a en mariage de pouvoir dire: «je t'appartiens». Elle se sent libre alors, pourvu que tu sois son maître ... En affaires, en interets, en idées, elle reconnait sans peine que tu sais et vois plus et mieux, surtout que tu as des habitudes d'esprit bien autrement fortes et graves» (Michelet L' Amour. I. 9.)

stato di matrimonio reca dei cangiamenti nel fisico e nel morale della donna, i quali esigono di necessità che venga scemata la sua capacità giuridica. La gestazione, il puerperio, l'allattamento, l'allevamento e la educazione prima dei figliuoli sono incomodi e doveri che porta con sé la condizione di maternità, e che arrecano nella capacità della donna profonde alterazioni le quali giustificano pienamente l'intervento del marito nella gestione dei suoi affari.

Non è difficile rispondere a queste tre obbiezioni che:

1.º Posta la massima che le disuguaglianze esistenti tra l'uomo e la donna non sono tali da giustificare la soggezione e la incapacità giuridica di questa ultima, essa non ha bisogno d'andar cercando un tutore, comunque le venga offerto. In altri termini: prima di porre il problema sulla scelta della persona cui affidar l'incarico di tutore, è necessario scioglier quello sulla necessità di questa tutela, e sciolto questo negativamente, l'altro non ha più ragione di essere. Per lo stesso motivo della già ammessa capacità generale, non vale il dire che la donna comincia ad aver bisogno di tutore, allorché il suo atto può toccare anche l'interesse dei figli. Oltreché in tal caso, a che l'autorizzazione per le maritate senza prole? e soprattutto, perché la vedova torna libera, tuttoché con prole?

2.º Però, si dice, lo stato matrimoniale fa entrar nella donna una specie di spirito di soggezione, per cui si sente di sua natura attratta a lasciar gli affari suoi al marito. Ma la legge, rispondiamo, contrasta essa forse siffatta attrazione? Una delle due: o questa tendenza irresistibile alla soggezione esiste realmente, e allora che importa che la legge la sanziona? essa deve contentarsi di non contraddirla; sarebbe immorale la legge, se dicesse: il marito non deve saper mai nulla di ciò che fa la moglie coi beni suoi. Ma se ella non facesse che dire: la moglie ha la libera disposizione dei suoi beni, sarebbero i rapporti naturali tra marito e moglie quelli che tornerebbero a stabilirsi, e se tra questi c'è anche la tendenza nella moglie di addossare al marito ciò che v'ha di spinoso nei propri interessi, tanto meglio in generale; e tanto peggio qualche volta, quando cioè il marito fosse per avventura più incapace (ciò che è raro), o più dissipato (ciò che è meno raro) della moglie. Ovvero questa tendenza non è che un sogno, e allora l'argomento cade.

3.° Né meglio vale l'argomento ultimo degli incomodi e doveri sopravvenuti; perocché quanto agli incomodi del parto, dell'allattamento ecc. s'intende bene che in quei periodi la moglie non potrà già pensare a far dei contratti o delle liti; e in ogni caso tali impedimenti potrebbero giustificare tutt'al più una legge che restringesse la sua capacità in quei dati e soli periodi, i quali del resto sono ben lungi dall'occupare una gran parte della vita della donna maritata. E per rapporto alla educazione dei figli, il fatto costante che abbiamo sotto gli occhi di madri di famiglia occupate abitualmente al commercio o dedite a professioni, esclude l'incompatibilità dei doveri di madre colla trattazione degli affari. E se l'educazione dei figli non risente detrimento da una abituale occupazione della madre in interessi estranei al governo della famiglia (altrimenti la legge non dovrebbe ammetterla all'esercizio del commercio), perché dovrà dirsi che sarà pregiudicata per quegli atti separati e singolari con cui essa venga a disporre dei propri averi?

Fin qui delle basi che portano allo apprezzamento della legittimità intrinseca o assoluta della autorizzazione maritale, considerata nei rapporti personali tra marito e moglie. Dallo esame di esse siam tratti a concludere che di fronte alla giustizia, il marito e la moglie hanno dei diritti uguali da far valere, e né un'asserta prerogativa da parte del marito, né una pretesa debolezza da parte della moglie valgono a sopprimerne l'esercizio in questa per trasferirlo al marito. Ond'è che fondare l'autorizzazione su queste due basi sarebbe violare il primo canone da noi sopra enunciato che cioè: «fatta astrazione dalle considerazioni del bene sociale, deve ogni socio poter liberamente promuovere i suoi interessi individuali, e nessuno dei soci può imporre agli altri limitazioni che importino un totale o parziale sacrificio dei medesimi.»

III. Il terzo sistema, introducendo la considerazione speciale dell'interesse di famiglia, su cui si fonda, più che motivi di giustizia assoluta ha per oggetto motivi di giustizia relativa, di necessità sociale familiare, e prende per punto di partenza il secondo canone da noi surricordato che cioè «nel conflitto fra l'interesse individuale e il sociale, deve il primo cedere al secondo.» Una volta provato che lo svincolo completo della moglie dalla autorizzazione

maritale porterebbe un pregiudizio allo interesse della famiglia, e quindi sarebbe con esso incompatibile, niun dubbio che questo dovrebbe aver la prevalenza, stante specialmente la coesistenza nella famiglia della società parentale, la quale per esser società necessaria, non volontaria, ha più ragione di esser protetta da chi volontariamente le diè vita. Ma è appunto tale incompatibilità che va provata e che, secondo noi, non esiste. Intanto però giova fissare che l'interesse di famiglia è l'unica base su cui potrebbe razionalmente fondarsi la istituzione, e che, mentre le due basi precedenti sono erronee per sé medesime, e quindi ogni ragionamento dipendente da esse è di sua natura viziato, questa ultima invece è base giusta per sé, e solo erronee, a nostro avviso, sono le illazioni che se ne vorrebbero trarre.

I partigiani dell'autorizzazione maritale dal punto di vista dell'interesse di famiglia, ragionano così: 1.° L'interesse della famiglia esige la unità di regime; e l'unità importa che vi sia un sol capo alla direzione; e ciò perché è mestieri schivare ogni probabilità di disaccordo, stante l'indissolubilità del vincolo matrimoniale (qualità che rende questo differente dagli altri vincoli sociali). Ora l'ufficio di capo non può evidentemente attribuirsi che al marito. – 2.° Il marito può aver fatto assegnamento sui beni della moglie per provvedere ai bisogni della famiglia, e la moglie non deve poter rendere vani i suoi calcoli col convertire ad usi diversi le proprie sostanze. – 3.° La moglie potrebbe servirsi dei suoi beni e della sua piena capacità contrattuale, come mezzo per romper la fede coniugale e turbare così l'ordine morale e la tranquillità della famiglia. – 4.° Entrando la donna nella società coniugale, i suoi beni vengono in qualche modo a far parte del patrimonio collettivo della famiglia, perché sono destinati a contribuire al mantenimento di questa con parte almeno del reddito che producono, e sarebbe illogico che si potesse disporre di beni sulla cui conservazione hanno interesse tutti gl'individui della famiglia senza l'assenso del capo della famiglia stessa⁴¹⁾; tanto più che essendo le donne ammesse al diritto di successione, è frequente il caso di mogli provviste di molti beni parafernali.

41) V. BIANCHI N. 165.

Non si può disconoscere l'importanza di alcuni specialmente tra questi argomenti. Tuttavia si può rispondere:

1.° che non si nega la necessità di una direzione unica perché il patrimonio domestico sia bene amministrato, e non si nega nemmeno che, posta l'indissolubilità del vincolo matrimoniale, una tale necessità sia ancora più sentita per impedire il disaccordo e quindi le dissensioni interminabili. Ma tale necessità, è d'uopo fissarlo bene, cade unicamente sul *patrimonio domestico* o di famiglia, vale a dire sui beni che sono destinati a sostenere ciò che dicesi gli oneri o i pesi del matrimonio. Ma non è una tal destinazione che hanno, né possono avere essenzialmente i beni parafernali, ai quali non può in modo alcuno competere un tal nome e da cui resta esclusa pertanto la necessità della direzione unica maritale. È invece questo argomento di grande importanza nelle legislazioni che ammettono per massima di diritto la comunione, perché amministratore di essa essendo il marito, ed entrando a far parte della medesima anche i frutti dei beni propri della moglie, è naturale che questa non debba poter sottrarre i suoi beni dalla sorveglianza del marito. E allora la moglie ha da sua parte delle garanzie di compenso, quale principalmente l'ipoteca legale sui beni del marito in caso di non reimpiego dei capitali di lei⁴²⁾. Del resto questo argomento prova troppo, perché esso porta a privare del tutto la moglie della disponibilità dei suoi parafernali, ciò che il Codice stesso è ben lungi dallo ammettere.

2.° Se il marito ha fatto assegnamento sui beni della moglie, ha fatto male, perché egli sa e deve sapere che gli oneri matrimoniali si sostengono principalmente ed essenzialmente colla dote. Egli potea farsi costituire in dote quei beni, ma se trascurò questa cautela, ben dice l'ill. Pisanelli nella sua Relazione, evidentemente la sua negligenza non può esser soccorsa, stabilendo una incapacità fittizia e una soggezione che ripugna alla umana natura quando non sia necessaria. Ma si dirà: appunto colla autorizzazione saranno tutelati i mariti che furono imprevidenti. Ed ecco un istituto stabilito a tutela della moglie incapace, a tutela del marito imprevidente, a tutela della famiglia. Or bene «tutte queste tutele legislative – così uno schema di Relazione che doveva accompagnare il Progetto di

42) V. Cod. Albert. art. 2171

Cod. civ. 1863 – non sono oramai cose del nostro secolo; la tutela è la regola pei minori, come la libertà è quella per i maggiori; la legge non conosce altro mandato, salvo quello di lasciare ai cittadini la possibilità di cautelarsi. Affidate loro la cura esclusiva dei propri interessi e non dubitate; essi diventeranno previdenti e solerti; è quello l'unico modo di farli tali».

3.° All'argomento che la donna potrebbe valersi della sua piena capacità per violare la fede coniugale e rompere così la pace domestica, rispondiamo che quanto è oltraggiosamente gratuita una tale ipotesi, altrettanto inutile ne sarebbe il provvedimento. Tale argomento del resto ha perduto affatto e giustamente di valore coll'essersi tolta la necessità della autorizzazione alla donna che accetta donazioni.

4.° Ma si dice: l'art. 138 del Cod. civ. vuole che ambo i coniugi contribuiscano *in proporzione delle loro sostanze* al mantenimento, educazione e istruzione della prole; ed ecco che con questa disposizione restano in certo modo vincolati anche i parafernali, alla cui conservazione perciò è necessaria una garanzia, e questa garanzia è l'autorizzazione. Ma questo è un dedurre da una disposizione di legge delle conseguenze restrittive che punto non ne discendono. Questo articolo non ci dà che una regola generale e rispondente appunto ai più assoluti principî di giustizia, partendo dal concetto che il marito e la moglie come hanno ugual parte nella procreazione della prole, così debbano *egualmente* sostenere i pesi che ne son la conseguenza. Ma questa stessa uguaglianza di doveri, parificando la donna all'uomo ci porta a concludere che come non vien tolta all'uno la libera disponibilità delle sue sostanze, così non dee venir tolta all'altra. L'argomento dunque tratto dal detto art.138 non prova nulla. Esso obbliga ambo i coniugi a contribuire egualmente, ma non per questo impone un vincolo d'inalienabilità sui beni dell'uno o dell'altro. E perché una diversità di trattamento? perché presumere che solo la donna trascurerà i suoi doveri, e per cavarsi dei capricci manderà in rovina la casa? Non è questo un porre in dubbio il più puro e il più santo degli affetti, l'amor materno, che, come ben dice il Pisanelli, può essere uguagliato non vinto? La possibilità di donne vane e scialacquatrici, oltre che ha il suo provvedimento nella interdizione, non giustifica punto il minoramento della capacità di tutte. Se la legge dovesse partire

da delle presunzioni di sfiducia di questa fatta, perché non sancire un'incapacità anche per i padri di famiglia, per tutti? Perché non creare addirittura lo Stato regolatore delle domestiche fortune di tutti i cittadini?

Insomma risulta dallo esame di questa terza base che essa è nel fondo ispirata, come la precedente, da una certa sfiducia verso il sesso debole, la quale, come tutti gli altri pregiudizi di vecchia data, è tuttora molto radicata nelle menti e nei costumi, ma che sarebbe pur mestieri una bella volta sradicare.

Finalmente si dice pure a difesa della autorizzazione maritale, che essa non sarà mai inutile; perché: o gli atti a cui la moglie vorrà procedere saranno buoni e utili, e l'obbligo dell'autorizzazione maritale non le recherà mai pregiudizio, perché un irragionevole dissenso del marito troverebbe un riparo nell'autorità giudiziaria accompagnata da forme prudenti e riservate, o sono scompigliati e dannosi e sarà gran ventura per la famiglia che il marito li possa impedire⁴³).

Rispondiamo che è falso che l'autorizzazione non rechi pregiudizio alcuno, quando gli atti della moglie fossero buoni ed utili. Non solo essa reca perdita di tempo, nel caso specialmente in cui sia necessario l'intervento del tribunale, ma di più essa offende la considerazione personale della donna, che si trova così inceppata nella sua libertà; e questo è danno e danno grave, che convien tener molto a calcolo, perché la restrizione della libertà è cosa gelosa e a cui vuolsi far ricorso solo quando una imperiosa necessità lo esiga. E questa imperiosa necessità non può esser rappresentata dalla seconda parte del dilemma, che stabilisce l'utilità del freno in caso che l'atto fosse scompigliato o dannoso; perché altrimenti converrebbe dire che la legge parte dalla presunzione di questo secondo caso, come regola generale, per creare un istituto restrittivo della libertà; vale a dire che essa suppone di regola che

43) Questo dilemma fu posto nella Relaz. senatoria a controbilanciare quello che trovassi nella Relaz. del Pisanelli in questi termini: «se la concordia regna tra coniugi, tutti gli atti saranno regolati da un consenso comune, e il marito sarà il natural consultore della moglie senza che la legge lo imponga. Che se vien meno la pace domestica, l'autorizzazione maritale diventa un'arma di violenza nelle mani del marito; la moglie cercherà rifugio nei tribunali, e l'ultima conseguenza di questa disposizione della legge sarà la separazione dei coniugi, cioè lo sperpero e la rovina della famiglia». Riflessioni gravi, della cui importanza converrebbe ben preoccuparsi.

gli atti che può far la donna siano sconsigliati e dannosi e solo per eccezione possano esser buoni e utili; mentre è per appunto la massima apposta che converrebbe stabilire.

In generale, trattandosi di regolare i diritti della donna, bisogna guardarsi, a mio credere, da due specie di avversari, egualmente d'ostacolo a un'equa risoluzione della tesi, sebbene per via tutta opposta, e sono:

1.° gli scettici, i disillusi coloro che chiamano le donne furie, ipocrite, maligne, piene di vizi e d'inganni; 2.° i poeti o sognatori platonici che vorrebbero far della donna un essere ideale da tenersi là per refrigerio e consolazione della vita dell'uomo, e niente altro; un essere cui fa d'uopo carezzare, ninnolare, adorare, tutto ciò che si vuole, ma che bisogna tener lontano da un mondo che è indegno di lei, lontano dal lavoro, che lo distrarebbe dall'unica missione della sua vita: l'amore⁴⁴). Quelli ne fanno la vergogna; questi un adornamento del mondo. O fango che lorda, o cristallo che s'appanna al solo alitarvi sopra; ecco ciò a cui riducono la donna due schiere opposte di scrittori, che, come tutti gli estremi, s'incontrano poi nel risultato finale dei loro ragionamenti. Gli uni dicono: non vi abbassate a trattar con lei; gli altri: non la abbassate a trattar con voi. Conclusione comune: allontanatela da tutti i rapporti della vita esterna e sociale.

E invece la donna, convien persuadersene, è una creatura umana dotata delle stesse facoltà dell'uomo, delle stesse tendenze al vizio e alla virtù, e insomma degli stessi attributi essenziali. Capace di abbellire all'uomo la vita col rendergliene meno disgustose le amarezze e collo schiudergli dolcezze nuove e meravigliose, non può dirsi però che qui s'arresti la destinazione della donna. Il suo vero destino, il suo vero fine è quello di tutti gli altri esseri personali, il conseguimento del suo bene individuale, lo sviluppo intellettuale e morale della propria personalità. E a tal fine essa possiede facoltà e mezzi per nulla diversi da quei dell'uomo, e solo, ripetiamolo, dissimili nelle modalità. Ma tali differenze estrinseche, che la natura ha stabilito appunto perché ciascuno dei sessi sentisse la necessità

44) Odasi MICHELET (ivi I, 5) : «Il faut que le trairais de la femme soit pour elle de l'amour encore, car elle n'est bonne à autre chose. Quel est son but de nature sa mission? La première, aimer; la seconde, aimer un seul; la troisième, aimer toujours ».

di unirsi e completarsi, per così dire, coll'altro, sono per natura ben limitate. È la educazione che partendo da falsi preconcetti e da false basi è venuta a moltiplicarle e ad impacciare così l'opera del legislatore. La donna oppressa e carica di vincoli verso colui che invece di compagno si faceva chiamar signore, ha potuto talora mostrarsi ricalcitante al freno, aguzzar l'ingegno per render vani quei vincoli, per dominar da schiava più che non avrebbe saputo far da libera, e indispettita indispettire a sua volta l'uomo sino a disgustarlo, più ancora fino a farsi temere. Di qui l'ascetico furore medioevale verso la donna, e di qui tutte le caluniose insinuazioni di uomini di tutti i tempi grandi o non grandi, ma certo inetti a conoscer la vera natura femminile. D'altra parte, la donna adulata e corteggiata da uomini vili e senza dignità, ha potuto talora compiacersi della oziosa beatitudine in cui la lasciava la parte attiva del genere umano, dimenticar gli attributi inerenti alla sua personalità per addormentarsi sbadatamente fra le voluttuose catene della più dolce fra le schiavitù, e paga d'un tributo d'incenso, che tosto o tardi vedea, come nube, sparirsi dinanzi, restarsi nella inazione, inerte spettatrice delle vicende umane, lasciando che le si rapissero i suoi beni materiali e solo intenta a rapire all'uomo il cuore e la mente. In tutti e due i casi è una lotta maliziosa e continua che l'un sesso fa all'altro; lotta che è contraria al fine essenziale della natura umana e le cui conseguenze si riversano sulla umanità che nel suo seno la sopporta. La natura non vuol nulla di assolutamente inattivo: la donna deve essere attiva, come l'uomo; ciò è conseguenza della identica personalità inerente in entrambi; e la legge non deve disconoscere la natura umana⁴⁵⁾. Certo, la riforma più essenziale è mestieri che si faccia nei costumi della società; ma è d'uopo non dimenticare che le leggi, se da una parte risentono necessariamente il carattere dei costumi dominanti in un'epoca, d'altronde «quando son concepite a seconda dei principi generali e a norma delle nuove idee più conformi alla giustizia, non mancano giammai di modificare esse stesse i costumi di una nazione.»⁴⁶⁾

45) «Il n'est pas au pouvoir d'un législateur quelconque de paralyser et de supprimer chez aucune homme son activité naturelle, pas plus qu'il n'est en son pouvoir de changer la nature humaine; ce que le législateur peut faire c'est de transformer une activité illicite et nuisible, et c'est ce qu'il fait chaque fois qu'il déclare incapable d'agir celui qui en est capable de sa nature» (Gide, op. cit. L. IV, c. IV, n. 1).

46) AHREUS, Corso di Dr. nat.

Tuttavia la considerazione dei costumi è importante, e dà origine a una serie di argomenti che nella sfera della pura e stretta opportunità pratica sono diretti a provare la necessità relativa di conservare in parte l'istituto dell'autorizzazione maritale in un dato paese.

Questi argomenti, relativamente al paese nostro, possono ridursi sostanzialmente ai due seguenti:

1.° l'indole tradizionale delle donne italiane che non hanno mai avuto simpatia per gli affari e che perciò le rende inesperte in sommo grado alla trattazione dei medesimi, si oppone alla concessione di facoltà economiche alle medesime, potendo riuscir fatale siffatta concessione agli interessi della famiglia;

2.° l'abitudine di soggezione e di tutela contratta dalle medesime renderebbe pericoloso, sempre all'interesse della famiglia, il passaggio repentino al sistema di assoluta libertà e indipendenza.

La mia giovinezza e la conseguente inesperienza mi rende affatto incompetente a emettere un'opinione su questione di mera opportunità pratica. Lascio che altri risolva la questione di fatto, se negli stati già soggetti al dominio austriaco una tal facoltà ebbe o no funeste conseguenze, e se le avrebbe nello stato presente dei costumi. Certo se i due fatti ora accennati sono abbastanza generali da costituire non più la eccezione ma la regola, non credo sarebbe prudente l'abolizione completa e repentina dell'istituto di cui parliamo, sempre però fermo che:

1.° dovrebbe conservarsi *in quanto e fino a quando* ha luogo la necessità;

2.° dovrebbero sempre cancellarsi quelle disposizioni che si allontanano dalla base dell'interesse di famiglia, per accostarsi a qualcuna delle altre due; e abbiamo già visto quali esse siano pel Codice civile italiano.

Concludendo, a me basta aver stabilito: 1.° che fondamento storico e originario dell'autorizzazione maritale si è il principio Cristiano Germanico della protezione della moglie sostituito al Pelasgico del dominio sulla medesima, e combinato col regime della Comunione nel diritto consuetudinario francese; 2.° che fondamento dello stesso istituto pel Codice nostro si è la protezione

dell'interesse patrimoniale della famiglia, modificato dal principio della incapacità del sesso dovuto alla influenza del Codice francese; 3.° che fondamento razionale della autorizzazione maritale non esiste⁴⁷⁾; ma che, data una necessità relativa delle medesime, in forza di speciali circostanze pel nostro paese, essa deve essere organizzata dietro la sola norma dell'interesse della famiglia, che è l'unica che non contraddice i principi razionali di Diritto. I quali tuttavia, e nel loro valore assoluto, esigono (non fia soverchio il ripeterlo) che si renda la donna, come prima dall'opportunità dei tempi sia concesso, quella libertà e indipendenza che Natura le avea donato, che la forza ingiustamente le rapiva, e che un'educazione pregiudicata dall'influenza dei secoli tuttora le contrasta. (...)

47) «Stabilito sulla unione intima delle individualità, sullo scambio dei pensieri e delle affezioni, il matrimonio richiede l'uguaglianza nella posizione reciproca degli sposi» (Ahreus, Corso di Dr. natur.)

Strascichi della soppressa autorizzazione maritale ***Gustavo Bonelli***

(estratto da *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1921, pp. 63-71)

[pp. 63-68]

Non si trasforma una concezione giuridica che ha dominato per secoli, non si sopprime un istituto che ha mantenuto il suo posto lungamente nella legislazione d'un paese, senza lasciare dei residui, più o meno inavvertiti, nelle menti dei giuristi.

Si è giunti, in un momento di entusiasmo politico, ad abolire l'*autorizzazione maritale*. Ma il pregiudizio su cui si fondava - il concetto dell'inferiorità della donna - ha lasciato le sue tracce, anche in chi crede di essersene liberato. Ed esso fa sentire delle voci, anche tra coloro che approvano la riforma, le quali reclamano il mantenimento o il ripristinamento di qualche brandello del soppresso istituto, per cui si cercano naturalmente delle giustificazioni speciali.

Ed ecco il Bolaffio che vede minacciata l'integrità, compromesso il decoro della famiglia, dalla donna che *esercita il commercio* senza il consenso del marito¹⁾.

Ecco un altro scrittore²⁾ che chiede che all'autorizzazione maritale sopravviva l'autorizzazione giudiziale pei casi d'*opposizione d'interesse* col marito.

Non mi tratterò molto su quest'ultimo scritto. L'A. protesta di non credere affatto all'incapacità della donna, ma egli vuole che la donna maritata «divenga capace verso i terzi, ma resti incapace verso il marito, per quei negozi giuridici in cui si possa sospettare che la sua volontà non rimanga scevra da qualsiasi interessata influenza di lui». Intanto egli allega altri due casi, nella sfera del diritto di famiglia, in cui l'opposizione d'interessi esige l'intervento del giudice, e sono quelli del rapporto fra padre e figlio minorenne e fra tutore e pupillo o interdetto. Come si vede, è sempre la tutela

1) In questa *Rivista*, 1920, I, pag. 1.

2) CLEMENTELLI nel *Filangieri*, 1919, 337 e seg.

dell'*incapace* che giustifica l'intervento del magistrato; per la donna la giustificazione non sarebbe diversa.

Ma l'A. cerca un'altra giustificazione, e crede trovarla nell'art. 1054 cod. civ. che vieta le donazioni tra coniugi «*ne mutuo amore invicem spoliarentur*»: accordandosi tra loro (egli pensa), si troverebbe sempre modo di intaccare quel principio e di frodare la legge.

Se non che il motto latino parla di spoliazione *mutua*, e anche l'art. 1054 non fa distinzione tra moglie e marito. O come mai il pericolo di frodar la legge dovrebbe preoccupar solo per le possibili tenerezze del marito capaci di piegar la moglie al suo volere, e non per quelle che può adoperar la moglie per indurre il marito ai suoi capricci?

L'A. non si dissimula l'obiezione, e si contenta di rispondere che «non si ripara alle deficienze d'una legge aggravandole». Si potrebbe replicare che si ripara però eliminando le inconseguenze. Ma la verità è che nessuno si è mai sognato di sottoporre al Tribunale gli atti che pone in essere il marito nell'interesse personale della moglie; e questo bisogno, sentito per gli atti della moglie, non può essere ispirato che dal solito sentimento della *fragilità del sesso*. L'*interesse della famiglia*, infatti, non è certo meno, ma forse, anzi, più minacciato e compromesso dalle spese rovinose strappate a mariti compiacenti da mogli ambiziose, che non dal concorso portato da mogli compiacenti ai bisogni personali del marito. Ma la moglie è debole e vittima; il marito è forte e tiranno: così vuole la tradizione.

La tesi svolta colla solita maestria dal Bolaffio merita più accurato esame. Essa ha trovato difensori anche in seno ai diversi consessi traverso cui passò il progetto prima di diventar legge. Nella posizione della moglie *commerciant*e si possono in verità configurare ipotesi, per cui il santuario domestico viene a trovarsi un po' a disagio. Sono ipotesi alquanto forzate, ma infine possibili. E la delicatezza dell'argomento può giustificare la preoccupazione del giurista. Tuttavia io credo che esse non basterebbero a tenere in piedi, come si vorrebbe, quel rimasuglio di autorizzazione maritale, e a condannare il legislatore per non averlo salvato, se non fosse rimasto inavvertito in un angolo del cervello, il preconcetto dell'inferiorità intellettuale e morale della donna. Dico inavvertito, perché anche il Bolaffio a parole non lesina la lode al legislatore per l'abolizione

dell'istituto, dato che «la parità intellettuale e morale dei sessi, ormai riconosciuta da ogni coscienza illuminata, non tollera, nell'ambito del diritto privato, autorizzazioni o consensi che presuppongono la superiorità di un coniuge sull'altro; prevalenza contraria alla realtà, in opposizione ai rapporti cordiali e ai convergenti interessi dei coniugi».

Se non che le ragioni che vengono poi allegate per negare la piena autonomia della moglie nel dedicarsi al commercio non si sostengono, in ultima analisi, se non facendo capo a questa superiorità maritale o inferiorità muliebre che voglia dirsi.

Si mette innanzi, infatti, anche qui *l'interesse della famiglia*; interesse economico e interesse morale, che può esser compromesso coll'esercizio di quella professione. Ma d'incompatibilità generale fra questa professione e quell'interesse non può certamente parlarsi. Se la natura di quella professione fosse tale da produrre l'effetto di alienare il pensiero di chi la esercita dalle cure della famiglia, essa dovrebbe *interdirsi*, e non solo alle mogli, ma anche ai mariti; perché se la moglie «può esser tratta dalla speculazione a obliare i doveri di sposa e di madre», l'uomo che della famiglia si intitola *capo* – e siano pur diversi i compiti dei due sessi in essa – ha pure, come marito e come padre, dei doveri corrispondenti che la speculazione commerciale potrebbe fargli obliare. Non è dunque il commercio per sé stesso, obbiettivamente considerato, che possa dirsi incompatibile col buon governo della famiglia, e giustificare se mai la diffidenza proprio verso la donna.

Ragioni d'ordine subbiiettivo, per cui debba dirsi la moglie, come donna, inadatta o male adatta al commercio neppure se ne trovano. Anzi il Bolaffio dichiara di non dividere punto l'opinione di chi ritiene la donna italiana *mancante della preparazione tecnica, intellettuale e morale specifica per l'esercizio del commercio* (pag. 15, 16).

Non si può negare che l'esercizio d'una professione – e non soltanto di quella di commerciante – sia compito più specialmente maschile; e finché si poté figurare l'ideale della donna nello starsene a casa a filar la lana, ogni professione che la distogliesse da tale occupazione dovè ritenersi a lei ripugnante. Ma questa figura è oggimai superata. E il Bolaffio non vede nessuna difficoltà a tenere

aperte alla donna maritata *tutte le professioni e tutti gli impieghi, anche pubblici, fino all'elettorato amministrativo e politico* (pag. 3).

Solo la situazione della moglie commerciante gli dà pensiero. Eppure c'erano mogli commercianti quando le *conquiste* attuali della donna maritata erano severamente deprecate da tutti i difensori dell'interesse della famiglia. E tutte le professioni portano via una parte di quel tempo o di quella assiduità che la donna potrebbe dedicare alle cure domestiche.

Dunque non restano che ragioni *personali*, che possano giustificare la restrizione che la legge dovrebbe imporre in questo ramo speciale alla libertà della donna maritata; ragioni personali di cui si renderebbe giudice, caso per caso, il marito.

E quali sono le ragioni che vorrebbero legittimare questa ingerenza del marito nella sfera patrimoniale della moglie a difesa, come si assume, dell'*interesse* e del *decoro* della famiglia?

Cominciamo dall'interesse.

Il commercio è un'alea: chi l'esercita può andare incontro a delle perdite, anche alla rovina. Giustissimo; ma se la donna è divenuta padrona dei *suoi* beni, se può donarli o impiegarli come crede, perché ostacolarle proprio un impiego che, se può riuscir dannoso, potrà anche e nella sua convinzione certamente dovrà riuscirle utile? Ma se non fosse adatta? L'attitudine segue in genere la vocazione; ma in ogni caso, peggio per lei: essa non è sotto tutela.

Ma il controllo spetta al marito, non come tutore (si replica), ma come *capo della famiglia!* Sì, se si trattasse di beni della famiglia, ma si tratta di beni *di lei*. Di questi essa è libera dispositrice, come il marito è libero dispositore dei propri. Entrambi possono governare bene o male il rispettivo patrimonio; certo, se lo governeranno male, andrà male anche per la prole, che devono concorrere insieme a mantenere. Ma se sono maggiorenni e sani di mente, devono supporre entrambi capaci e teneri della famiglia. Perché proprio la moglie deve subire il controllo del marito o del Tribunale, sia pure limitatamente ad un caso speciale quale è l'esercizio del commercio? La risposta non può esser che una: perché la moglie è di qualche grado intellettualmente e moralmente inferiore. Ciò che si era negato.

Ma la commerciante può *fallire*.

Ciò sembra preoccupare in modo speciale i tutori della famiglia. Non tanto dal punto di vista dell'interesse: il fallimento non è che un modo di liquidazione del patrimonio insolvente, che, data la catastrofe, può riuscir meno dannoso d'un altro. Ma v'è il *disdoro al nome della famiglia*; e c'è poi il fantasma della *bancarotta* colle relative sanzioni penali.

A parte che non è più il tempo in cui al fallito si metteva il berretto verde: se deve preoccupare il disdoro al nome della famiglia, è piuttosto il fallimento del marito che deve mettere in guardia, perché a buon conto la famiglia porta il nome di lui, non quello di lei.

E come il pericolo della bancarotta dovrebbe fornire al marito il criterio per concedere o no alla moglie di fare il commercio? La bancarotta presuppone colpe o frodi da parte del commerciante. Dovrebbe dunque il marito opporsi al commercio della moglie, perché la ritiene capace di rendersi bancarottiera, dandole così *a priori* una patente di disistima?

Ma poi il fallimento è la spada di Damocle di ogni commerciante, e l'eventualità disgraziata si corre dalla donna commerciante, sia o no autorizzata dal marito. Logica vorrebbe pertanto, anche qui, che questo esercizio fosse *interdetto* alla donna maritata; non sarà l'autorizzazione maritale che assicurerà il buon andamento dell'azienda.

Ma c'è qualche cosa di più grave: la moglie potrebbe profittare della veste di commerciante per associarsi con persone indegne o non gradite al marito. La moglie che si unisce in società di commercio con un estraneo alla famiglia! Probabilmente col drudo! Fino a questa ipotesi si spinge l'amico Bolaffio (nota a pag. 11).

Eh mio Dio! come se certe società ... di commercio avessero bisogno di disciplinarsi sotto il tit. IX, libro I del codice. Credo che neppure il marito più ombroso andrebbe a sospettare un insidiatore al talamo in chi si trova associato apertamente con sua moglie in una società in nome collettivo ... *Glissons!* ...

La moglie può tenere una condotta indecorosa da commerciante e non commerciante: in entrambi i casi il marito non può aspettarsi

dalla legge armi di difesa più efficaci di quelle poche che gli ha dato; le altre bisogna che le cerchi altrove.

In fine: ma perché si dovrebbe supporre che dell'interesse e del decoro della famiglia sia sollecito il marito invece o a preferenza della moglie? La supposizione gratuitamente oltraggiosa, non si giustifica altrimenti che invocando la debolezza del sesso, che la rende intellettualmente e moralmente *inferiore* al maschio. Si giri come si vuole, si torna sempre lì.

E a questa idea d'inferiorità che fa capo il concetto d'una *incapacità* più o meno estesa e la riluttanza del legislatore ad arrivare alla piena emancipazione patrimoniale della donna di fronte al marito. Dall'incapacità generale si passa all'incapacità per gli atti di straordinaria amministrazione (codice francese), poi a quella per certi atti più gravi tassativamente indicati (codice italiano); ed ora v'è chi vorrebbe riservare all'autorità maritale almeno un ultimo rifugio, un briciolo della vecchia *manus* o del vecchio *mundio* nella abilitazione al commercio.

Si vuol far risaltare una differenza tra autorizzazione e divieto. Sarebbe incapace (si dice) la moglie, se avesse bisogno di ottenere una abilitazione; ma non si chiede questo, si chiede che il marito possa opporsi; e non si chiede al Tribunale che integri una capacità deficiente, ma che rimuova una opposizione ingiusta (pag. 4). La distinzione è sottile; ma la sostanza resta. Vorrà dire che l'autorizzazione del marito potrà essere *tacita*, e che nel conflitto occorrerà l'autorizzazione del Tribunale. Ma insomma, la donna maritata non deve potere esercitare il commercio, se non sia in qualche modo autorizzata; è dunque l'autorizzazione che le conferisce una capacità che per sé non avrebbe.

In proposito non sembra a me così degna di commiserazione, come è parso al Bolaffio, l'argomento della Commissione parlamentare nella sua Relazione: «se si riconosce alla moglie la capacità di commerciare quando il marito è minore, interdetto, assente o condannato, perché non riconoscergliela più col marito capace e presente?» Era l'argomento con cui si criticava dal punto di vista della logica, il defunto istituto della autorizzazione di fronte all'art. 135. Se la legge deve preoccuparsi dell'interesse e del decoro della famiglia che ritiene possano esser compromessi da

certi atti della moglie, come mai lascia questi interessi senza difesa, quando non possono essere sorvegliati dal marito? E se, viceversa, è l'autorità del marito che deve prevalere e decidere, come mai proprio di fronte a questa fa intervenire (art. 136) l'autorità del Tribunale?

La tesi del Bolaffio trova innegabilmente un buon sussidio in parecchie legislazioni straniere. (Il pregiudizio misogino non era italiano, ma cosmopolita). Tuttavia mi pare ch'egli faccia troppo affidamento sulla legislazione germanica, da lui più specialmente tenuta in considerazione.

Mi sembra, cioè, che egli non abbia avuto presente che le disposizioni di quel codice civile, da lui invocate, si riferiscono esclusivamente al regime patrimoniale che è colà legale e normale nel matrimonio, quello della *comunione dei beni*, del quale spetta al marito l'amministrazione. (...)

Persona giuridica e società

Mario Stella Richter jr

Persona giuridica e società

Mario Stella Richter jr

1. I primi studi di Bonelli sulla personalità giuridica. – 2. La persona giuridica come patrimonio e il patrimonio come complesso di beni autonomo e unificato. – 3. Gli studi di diritto societario. – 4. Attualità della teorica di Bonelli. – 5. La persona giuridica e la personalità del giurista.

1. I primi studi di Bonelli sulla personalità giuridica

Se Gustavo Bonelli ricopre tutt'oggi un posto preminente tra i protagonisti della moderna scienza del diritto commerciale, ciò è essenzialmente per i suoi contributi in materia di fallimento e di titoli di credito¹⁾.

Tuttavia, non vi fu tema che più lo appassionò di quello della *persona giuridica*²⁾. Al concetto di personalità giuridica, e dunque a ciò che avrebbe chiamato la sua «teoria» o «teorica»³⁾, Bonelli dedicò alcuni tra i suoi studi più geniali, proponendo una idea di indiscutibile originalità e di sicura modernità⁴⁾. Rileggendo quei lavori ne residua chiaramente l'impressione che essi dovettero essere tenuti dal loro stesso Autore nella massima considerazione.

1) Per la eccellenza di quegli studi si vedano, tra gli altri: Angelo Sraffa nel necrologio pubblicato, a firma S., sulla *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 232; Al. ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia*, in *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, vol. I, Roma, 1933, p. 30; T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, Roma, 1933, p. 33 (secondo il quale «i classici volumi del Bonelli sulla cambiale e sul fallimento» costituiscono «le più notevoli produzioni dogmatiche della scuola commercialistica italiana»); G. RUTA, *Gustavo Bonelli*, in *Rivista del personale della Banca d'Italia*, anno III, n. 1 (gennaio 1963), p. 3; G. TERRANOVA, voce *Bonelli, Gustavo*, in *Diz. biografico giuristi italiani*, vol. 1, Bologna, 2013, p. 289 ss.

2) Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, nt. 3 a p. 2; G. TERRANOVA, voce *Bonelli, Gustavo*, cit., p. 290; B. LIBONATI, voce *Bonelli, Gustavo*, in *Diz. biografico degli italiani*, vol. 11, Roma, 1969, p. 761. Per F. FERRARA, *Il concetto Bonelliano della personalità giuridica*, in *Dir. fall.*, 1928, p. 31, «uno dei concetti che appassionò l'ingegno forte del Bonelli, ed al quale egli ritornò sempre con rinnovato ardore fu quello della personalità giuridica». Per F. C.[ARNELUTTI], *Gustavo Bonelli*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, p. 177, nei «robusti articoli sulla comunione e sulla personalità... si possono ammirare alcune fra le più belle pagine che la letteratura giuridica abbia dedicato a questo attraentissimo argomento».

3) Cfr. *infra*, testo e ntt. da 18 a 20.

4) Come si dirà meglio *infra*, sub par. 4, e cfr. sin da ora G. TERRANOVA, voce *Bonelli, Gustavo*, in *Diz. biografico giuristi italiani*, cit., p. 289 ss.

È, d'altronde, il medesimo Bonelli a dichiararlo in una lettera a Leone Bolaffio del 1911:

«... m'innamorai del tema della personalità giuridica, sul quale ho l'illusione d'aver messo fuori delle idee nuove e originali, che altri possono giudicare stravaganti; ma alle quali ho serbato e serbo tuttora fede pienissima»⁵⁾.

A differenza di quanto si potrebbe pensare scorrendo i tanti titoli della vasta bibliografia di Bonelli⁶⁾, il primo germe⁷⁾ della sua teorica sulla persona giuridica non è da rintracciarsi nello studio del 1887 su *La personalità giuridica delle società di commercio*⁸⁾ o in quello di poco successivo su *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*⁹⁾, bensì in un lavoro del 1886 relativo ad un tema apparentemente assai distante e piuttosto specifico: *I debiti del donante nella così detta donazione universale*¹⁰⁾ e anzi, ancor prima, nella nota su *La istituzione del nascituro e la tassa di successione*¹¹⁾. In questa ultima nota a sentenza¹²⁾ infatti può leggersi:

«La questione qui assumerebbe un'importanza per la quale non sono evidentemente proporzionati i limiti d'una nota. Riservandoci di svolgerla coll'ampiezza che merita alla occasione, per ora ci restringiamo ad osservare (e ci duole di non poter corredare ciascuna affermazione della sviluppata dimostrazione che richiederebbe) che la teoria delle persone giuridiche, dopo le serrate dimostrazioni di *Brinz, Köppen, Demelius, Windscheid*, è venuta rapidamente trasformandosi, ed è vicina a trovare i suoi

5) L'enfasi è nell'originale. La lettera fu pubblicata, insieme ad altre, dopo la morte di Bonelli in *Dir. fall.*, 1928, p. 3 ss., il brano citato si trova a p. 4. Cfr. anche G. TERRANOVA, voce cit., p. 289.

6) La si veda pubblicata in questo stesso volume.

7) Ma in fondo anche – come subito si vedrà – la sua compiuta enunciazione.

8) Apparso su *La Legge*, 1887, p. 317 ss.

9) *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1888, p. 19 ss. e 1889, pp. 3 ss. e 169 ss., su cui si veda la recensione di A. SRAFFA, in *Arch. giur.*, 1889, p. 528 ss.

10) *I debiti del donante nella così detta donazione universale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1886, p. 211 ss.

11) Se ne trova conferma nella già citata lettera dell'8 agosto 1911 di Bonelli a Bolaffio: cfr. *Dir. fall.*, 1928, spec. p. 4.

12) *La istituzione del nascituro e la tassa di successione. Nota alla sentenza Tomassini* (estr. dalla *Corte Suprema di Roma*, anno V, fasc. V), Roma, 1881.

giusti termini; che il nascituro, non essendo persona fisica, non potrebbe essere assunto come termine d'un rapporto di diritto se non quale persona giuridica; che le persone giuridiche stesse non sono astrazioni, non-enti, parvenze d'enti o enti fittizii e immaginarî, ma vere e reali unità patrimoniali autonome, che solo come tali possono costituirsi subbietto di relazione giuridica; che questo concetto non è punto più applicabile al nascituro del concetto di persona fisica; che perciò convien concludere per logica di diritto, coincidente in ciò con la logica del senso pratico, che il nascituro non è persona in nessuna maniera e perciò non riceve diritti; che pertanto l'istituzione di un nascituro, concessa eccezionalmente dalla legge, fa sì che l'eredità dalla morte del testatore alla nascita dell'erede sia giacente, cioè *res nullius*; che questa eredità giacente, in quanto può porsi in relazione di diritto con altri soggetti giuridici allo scopo di creare o sciogliere vincoli obbligatori, è persona giuridica essa stessa appunto come unità patrimoniale autonoma e indipendente, senza che perciò possa dirsi *proprietaria* di sé stessa; che alla nascita dell'erede egli divien proprietario, per esser da quel momento attuabile la volontà del defunto, ma la finzione di legge per cui un tale acquisto ha effetto retroattivo, risalendo al giorno in cui si aprì la successione, non può aver luogo qui (come nel caso dell'*accettazione*, o dell'*avverarsi della condizione*), perché urterebbe in una impossibilità materiale»¹³⁾.

Nell'articolo del 1886, che viene pubblicato nella rivista di dottrina giuridica destinata ben presto a diventare una delle più prestigiose dell'epoca, Bonelli intende stabilire in quale relazione stiano i debiti del donante con il patrimonio donato in una donazione a titolo universale. Per risolvere questo problema, attraverso quel metodo che avrebbe caratterizzato tutta la sua opera e che già connota questo scritto giovanile, si affronta *ex professo* la ricostruzione della nozione giuridica di patrimonio, di cui Bonelli detta la seguente definizione: «*Patrimonio* in diritto è l'equivalente (obbiettivo) di *personalità giuridica*». E le *unità patrimoniali*, considerate nei loro reciproci rapporti, «cioè come *subbietti* di rapporti giuridici, si dicono *persone*»¹⁴⁾. Di conseguenza il patrimonio, inteso in

13) Così alle pp. 23 e ss. dell'estratto (corsivi nell'originale).

14) *Riv. it. sc. giur.*, 1886, p. 218 (corsivi nell'originale).

senso tecnico, non può essere donato, nel senso che non ci si può spogliare «della capacità d'obbligarsi e d'obbligare, di produrre, di acquistare e di tornare a possedere»¹⁵⁾, cioè «della potenzialità di ricostruire una sostanza patrimoniale»¹⁶⁾.

2. La persona giuridica come patrimonio e il patrimonio come complesso di beni autonomo e unificato

Sulla base di questi studi e dei relativi risultati, Bonelli giunge a scrivere il già citato ampio saggio del 1889 su *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*¹⁷⁾, nel quale riprende quegli originali spunti sul concetto di persona giuridica, per applicarli alle vicende alle quali vanno incontro i beni del debitore in occasione della esecuzione forzata e nel fallimento.

L'idea del Bonelli è che in quei casi – all'atto del pignoramento nella esecuzione forzata mobiliare, della espropriazione immobiliare o della dichiarazione di fallimento – si opera una separazione dei beni dalla titolarità del debitore che dà luogo a una unità patrimoniale autonoma, cioè a una persona giuridica, ancorché di carattere provvisorio. Naturalmente tra le varie ipotesi vi sono delle differenze d'intensità nella autonomia del patrimonio, così come sono diversi i meccanismi ai quali l'ordinamento ricorre per affidare la cura del patrimonio separato ad un soggetto, che funga da organo del primo. Inoltre, nel fallimento delle società non vi sarebbe separazione del patrimonio da quello del (precedente) titolare ma sua «trasformazione», dal momento che è la stessa personalità giuridica della società che, in quanto fallita, cambia scopo e si organizza diversamente per il conseguimento del nuovo fine, il quale non è più la continuazione dell'attività di impresa ma la sua liquidazione (come nelle altre ipotesi di scioglimento).

È, tuttavia, con le seguenti tre monografie *Di una nuova teorica della personalità giuridica* del 1890¹⁸⁾, *I concetti di comunione e*

15) Ivi, p. 225

16) Ivi, p. 226.

17) Citata a nt. 9.

18) In *Riv. it. sc. giur.*, 1890, p. 325 ss.

di personalità nella teoria delle società commerciali del 1903¹⁹⁾ e, soprattutto, *La teoria della persona giuridica* del 1910²⁰⁾, che Bonelli giunge alla enunciazione più completa e definitiva della sua concezione e – ci pare proprio il caso di dirlo – della sua costruzione della nozione di persona giuridica²¹⁾.

Anzitutto merita di essere sottolineato un carattere esteriore che accomuna queste tre opere e che pare alquanto rivelatore della personalità del loro Autore²²⁾. Pur costituendo esse un sistema vasto e compiuto su di un vero e proprio dogma, un sistema ricostruito innalzandosi ai massimi gradi di astrazione propri della teoria generale, tuttavia esse trovano sempre l'occasione e muovono immancabilmente da una serrata critica e da (una signorile ma) puntualissima polemica con scritti altrui. In altre parole, quei tre ampi saggi si presentano ed esordiscono nei panni dimessi di una recensione per poi lentamente incedere e trasformarsi in possenti opere monografiche nelle quali far rifluire il peso della vastissima cultura accumulata su tali temi e, soprattutto, un personalissimo contributo ricostruttivo: cultura e contributo che, all'evidenza, non potevano essere stati formati in occasione della lettura dell'opera, la quale, allora, solo apparentemente diviene la causa efficiente di quegli scritti.

In realtà, la teorica del Bonelli sulla persona giuridica affonda le sue radici in alcune costruzioni e in molte letture di pandettisti tedeschi: primi tra tutti Brinz, Bekker e Windscheid²³⁾. Sulla base di quelle suggestioni, che dovettero alquanto crescere e perfezionarsi

19) In *Riv. dir. comm.*, 1903, I, p. 285 ss.

20) In *Riv. dir. civ.*, 1910, pp. 445 ss. e 593 ss.

21) Altri studi di Bonelli che toccano l'argomento – oltre a quelli citati *infra* a nt. 43 – sono: *La rappresentanza del curatore nel fallimento* (in *Diritto commerciale*, 1902, c. 5 ss.); *I concetti di comunione e di personalità nella teoria delle società commerciali* (in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, p. 285 ss.); *La questione del soprapprezzo e la personalità giuridica delle società di commercio* (in *Riv. dir. comm.*, 1909, I, p. 237 ss.); *Personalità e comunione* (in *Riv. dir. comm.*, 1913, I, p. 733 ss.); *La natura giuridica della comunione coniugale dei beni* (in *Riv. dir. comm.*, 1920, I, p. 422 ss.); *Comunione e quota* (in *Scritti per le onoranze al prof. Alberto Marghieri*, Napoli, 1921, p. 341 ss. e in *Rivista di diritto commerciale*, 1923, I, p. 1 ss.); *La personalità degli Ordini professionali* (in *Riv. dir. proc.*, 1924, p. 279 ss.).

22) Sul punto si tornerà un po' più diffusamente nel par. conclusivo: cfr. *infra*, sub 5.

23) E v. anche F. FERRARA, *Il concetto Bonelliano della personalità giuridica*, cit., p. 32.

nella mente dell'Autore in lunghi anni di studi e riflessioni, Bonelli concepì un sistema in base al quale:

(i) non può esservi un diritto senza un soggetto²⁴⁾, perché il diritto (nella accezione soggettiva²⁵⁾) è facoltà di agire di un *soggetto operante*;

(ii) sono i *patrimoni* che sono *soggetti di diritto*, mentre le *parti* dei patrimoni possono costituire gli *oggetti del diritto*;

(iii) il patrimonio, in quanto soggetto del diritto, non è però la mera somma delle cose che lo compongono ma è il complesso, anche solo potenziale²⁶⁾, delle stesse elevato ad *autonoma unità*;

(iv) il patrimonio in quanto autonoma unità può contingentemente essere (e anche al momento della sua creazione) privo di beni, in quanto destinato a unificare solo beni futuri²⁷⁾;

(v) ciò che unifica in patrimonio autonomo un complesso di beni è o «il dominio di una *volontà* unica ed assoluta» (naturalmente in quanto riconosciuta dall'ordinamento giuridico) o «l'assegnazione di uno scopo obbiettivo»²⁸⁾;

(vi) nel primo caso si avrà a che fare con un *patrimonio «appropriato»*, nel secondo con un *patrimonio «destinato»*²⁹⁾.

A questo riguardo deve sottolinearsi la perdurante validità di questo modo di individuare le due modalità conosciute dall'ordinamento giuridico per isolare e unificare un complesso di beni e renderlo quindi patrimonio autonomo. A più di un secolo di distanza, infatti, la dottrina conviene sul fatto che «sono due i criteri, tra loro autonomi, utilizzati dalla legge per individuare l'attività che vale ad unificare il complesso di beni, permettendo di qualificarlo in termini di patrimonio: in alcuni casi, come accade,

24) Scrive, ad esempio, Bonelli: «alla possibilità del *diritto senza subbietto* si deve sostituire la possibilità del patrimonio senza subbietto» (*La teoria della persona giuridica*, cit., p. 649).

25) E si rileggano le pagine in cui preliminarmente mette ordine nell'uso antifibologico della parola diritto: ad es., *La teoria della persona giuridica*, cit., p. 446 s.

26) E su questo cfr. immediatamente *infra*, *sub* (iv).

27) *La teoria della persona giuridica*, cit., p. 618 ss.

28) *Di una nuova teorica della personalità giuridica*, cit., p. 35 dell'estratto.

29) *Op. ult. cit.*, p. 36 dell'estratto.

tra l'altro, ... nell'art. 2470 c.c., l'attività viene identificata sulla base della *comune provenienza* dei singoli beni (indipendentemente dalla loro destinazione), dal fatto cioè che essi siano stati compiuti dal medesimo *soggetto*, e cioè da colui al quale si allude in termini di titolare del patrimonio (ma che in realtà non rappresenta altro che un'espressione ipostatica per indicare l'unitaria provenienza dei diversi atti...)» – ed è questo appunto in caso di quelli che Bonelli chiamava *patrimoni appropriati* – ; «in altri casi, l'attività viene individuata invece alla luce della *unitaria destinazione* dei singoli atti... del fatto cioè che essi sono diretti a realizzare il medesimo interesse, parlandosi, in relazione a tali ipotesi, di patrimonio di destinazione»³⁰: per l'appunto il *patrimonio destinato* di Bonelli.

Ricondotta la personalità giuridica al patrimonio autonomo, ovvero alla autonomia patrimoniale, il Bonelli può poi distinguere forme di personalità definitive da forme di personalità transitorie, utili per realizzare qualche processo economico che richiede una considerazione autonoma del patrimonio in qualche situazione di passaggio tra persone «*definitive*», ed è dunque programmaticamente pensabile come «*precaria*» o «*provvisoria*» (così nel caso del fallimento o della eredità giacente)³¹. Possono poi distinguersi patrimoni, e quindi persone giuridiche, sorti per «*aggruppamento*» (o «*per coesione*», come avverrebbe nelle associazioni) da persone giuridiche sorte per «*separazione*» (come avverrebbe nella fondazione)³².

Naturalmente, l'equivalenza tra patrimonio e soggetto di diritto e, dunque, tra autonomia patrimoniale e personalità giuridica in tanto può predicarsi, e prima ancora pensarsi, in quanto si limiti il concetto di persona giuridica o comunque la sua ricostruzione dogmatica ai rapporti puramente patrimoniali: come per l'appunto

30) Così G. FERRI jr, *Patrimoni e finanziamenti destinati*, in *La riforma del diritto societario dieci anni dopo*, Milano, 2015, p. 79 ss., a p. 85 s. (corsivi nell'originale).

31) *La teoria della persona giuridica*, cit., spec. pp. 493 e 598 s.

32) *La teoria della persona giuridica*, cit., p. 493 s.

espressamente fa il Bonelli³³⁾, che per persone giuridiche intende «subbietti di rapporti di diritto privato patrimoniale»³⁴⁾.

Ma, se i soggetti sono le unità patrimoniali, come vengono in rilievo gli uomini «nati da ventre di donna» (come fino a qualche tempo fa si sarebbe potuto dire, con Ascarelli)?

Anche questo fondamentale aspetto è indagato e ricostruito da Bonelli. L'elemento umano può venire in rilievo sotto due aspetti: come destinatario dei risultati o come amministratore del patrimonio³⁵⁾.

Nel primo caso si ragiona sul piano dello *scopo* (o degli *interessi*) nel secondo sul piano della *volontà*. Questi due aspetti rilevanti si confondono, nella ricostruzione di Bonelli, nella ipotesi in cui il vincolo di collegamento tra elemento patrimoniale ed elemento umano è più forte, e cioè in quello che lui chiama il «*collegamento di proprietà*». È questo il rapporto tra l'uomo (la persona fisica) e il suo patrimonio, dove lo stesso soggetto è al contempo causa efficiente della separazione patrimoniale, destinatario dei risultati del dominio della volontà e organo, se così può dirsi, del patrimonio³⁶⁾. In altre ipotesi i destinatari degli scopi dell'amministrazione sono pur sempre persone individuate, *individui* appunto (e quindi si tratterebbe ancora di «patrimoni *con investito*»), ma vi è un più o meno accentuato disallineamento tra interessati e agenti. In altri casi ancora, il collegamento svanirebbe e si avrebbe a che fare con patrimoni senza investito, che non sono unificati da uno scopo di individui, ma da uno scopo obbiettivato (e quindi reso anonimo o «acefalo») e nei quali l'elemento umano, inteso in concreto, funge solo da *organo* che governa il patrimonio (come si è detto «destinato») cioè da suo *amministratore*³⁷⁾.

33) *Di una nuova teorica della personalità giuridica*, cit., p. 28 dell'estratto; *La teoria della persona giuridica*, cit., spec. p. 480 ss.

34) *La teoria della persona giuridica*, cit., p. 487.

35) *La teoria della persona giuridica*, cit., pp. 498 ss. e 597 ss.

36) *La teoria della persona giuridica*, cit., p. 508 ss.

37) *La teoria della persona giuridica*, cit., p. 598.

3. Gli studi di diritto societario

Agli *studi* sulla personalità giuridica si ricollegano quelli in materia di *diritto delle società*, la più parte dei quali è dedicata alle *società irregolari*³⁸⁾: logicamente del resto, data la immediata connessione fra il problema della personalità giuridica in generale e quello della condizione giuridica delle società irregolari.

Come si è visto, per Bonelli il riconoscimento della personalità giuridica (espresso o tacito che sia) si risolve nel riconoscimento da parte dell'ordinamento di un patrimonio autonomo ed è sempre ed esclusivamente opera della legge. Conseguentemente, il riconoscimento della autonomia patrimoniale alla società commerciale non può discendere dal contratto, ma dalla legge, la quale la riconosce solo ove siano osservate le forme di pubblicità dalla stessa prescritte. La prima conseguenza della irregolarità è dunque (e deve essere) «la privazione di quella autonomia patrimoniale che non è compatibile con la ignoranza, legalmente giustificata da parte dei creditori particolari dei soci e dei creditori sociali, circa l'esistenza di un contratto di società destinato ad avere per essi effetti pregiudizievoli»³⁹⁾. La posizione di Bonelli appare in definitiva rivolta a tutelare la posizione dei terzi creditori.

38) A principiare da *Delle società di commercio irregolari e del loro fallimento*, in *Arch. giur.*, 1897, p. 414 ss. Dello stesso anno vedi anche la *Recensione* a A. SRAFFA, *Fallimento delle società commerciali*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1897, spec. p. 54 ss.

Ma soprattutto si confronti l'ampia monografia *Sulla teorica delle Società irregolari*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, pp. 9 ss. e 112 ss., che è rimasta «come la definitiva espressione del pensiero del Nostro in materia» (così F. MESSINEO, *Le società di commercio irregolari secondo Gustavo Bonelli*, in *Dir. fall.*, 1928, p. 88).

Successivamente Bonelli è tornato ripetutamente sul tema per approfondirne singoli aspetti, riproporlo in chiave più sintetica o ribadire, in polemica con altre visioni (e anzitutto quelle di Manara e Vivante) o in occasione delle riforme legislative, la sua posizione; si vedano infatti: *Sul significato del conferimento sociale agli effetti della tassa di registro*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, II, p. 320 ss.; *Sulla nozione di società in genere e su quella di società di commercio irregolare*, in *Foro it.*, 1907, I, c. 758 ss.; *Le irregolarità delle società in accomandita semplice e i suoi effetti di fronte agli accomandatari*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, II, p. 26 ss.; *Sull'applicazione dell'art. 98 cod. di comm. alle obbligazioni ex delicto vel quasi di una società irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, II, p. 304 ss.; *Società irregolari e personalità giuridica*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, II, p. 361 ss.; *Questioni in tema di società*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, II, p. 694 ss.; *La società irregolare e il progetto di nuovo codice di commercio*, in *Riv. dir. comm.*, 1923, I, p. 423 ss.

39) F. MESSINEO, *Le società di commercio irregolari secondo Gustavo Bonelli*, cit., p. 89.

Altri studi da segnalare in materia di società sono quelli sulle cooperative⁴⁰⁾, sul patto di continuazione della società con gli eredi⁴¹⁾, sull'ostruzionismo assembleare⁴²⁾.

Ma più notevoli a noi appaiono quelli sulla società unipersonale⁴³⁾, nei quali ancora una volta emerge il tema della personalità giuridica.

Bonelli distingue la società, intesa come collettività, dal patrimonio sociale, che è invece la persona giuridica⁴⁴⁾. Nelle società azionarie la società, come collettività, presuppone la esistenza della pluralità delle azioni e continua ad esistere anche se tutte le azioni sono riunite in una sola mano (società unipersonale o *Einmannengesellschaft*) o, al limite, se tutte le azioni sono acquistate dalla società (che dunque diviene società senza soci, una c.d. *Keinmannengesellschaft*)⁴⁵⁾. E «perché non si scioglie la società ridotta ad un solo azionista? Perché la collettività si concreta nelle azioni piuttosto che nelle persone degli azionisti, e le azioni, colla mobilità che possiedono, possono sempre generare nuovi azionisti»⁴⁶⁾. Quindi anche una società senza soci resta in vita (ovviamente se, e fino a che, non intervengono altre cause di scioglimento); mentre l'annullamento di tutte le azioni integra una causa di scioglimento, ma di scioglimento della società come collettività, non di estinzione della persona

40) *Le società cooperative e il codice di commercio*, in *Diritto commerciale*, 1899, c. 681 ss.

41) *Sul patto di continuazione delle società in nome collettivo cogli eredi d'un socio*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, p. 401 ss.

42) *Se sia necessaria la continua presenza dei soci alla votazione per la validità delle deliberazioni dell'assemblea*, in *La Legge*, 1906, c. 1332 ss.; *Ancora sull'ostruzionismo nelle società anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1907, I, p. 83 ss.

43) *La personalità giuridica della società anonima con un solo azionista*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, p. I, p. 589 ss.; *A proposito della società con un solo socio*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, I, p. 253 ss.; *Società con un solo socio?*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, II, p. 516 ss.; *La consolidazione del patrimonio sociale nell'unico azionista di una società anonima*, in *Riv. dir. comm.*, 1917, II, p. 609 ss.; *Sullo scioglimento e sulla liquidazione della società ridotta ad un solo azionista*, in *Riv. dir. comm.*, 1926, II, p. 167 ss.

44) Non si deve «confondere la collettività dei soci coll'autonomia del patrimonio sociale»: *La consolidazione del patrimonio sociale nell'unico azionista di una società anonima*, cit., p. 612.

45) E per questa ipotesi si confronti, con altrettanta straordinaria modernità, C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, II, Milano, 1923 (V ed.), p. 325.

46) *La consolidazione del patrimonio sociale nell'unico azionista di una società anonima*, cit., p. 610.

giuridica⁴⁷⁾. Ed infatti, riprendendo le conclusioni dei suoi studi generali sulla persona giuridica, Bonelli retoricamente si chiede «che cosa è la liquidazione se non la stessa persona giuridica della società disciolta, che continua per lo scopo di purificarsi prima che l'autonomia del patrimonio venga meno?»⁴⁸⁾.

Ovviamente, se ci si sofferma su questi passaggi argomentativi non è per sottolineare la piena rispondenza degli studi di diritto societario al sistema costruito dallo stesso Bonelli sulle persone giuridiche in generale, ma per evidenziare la capacità del nostro di cogliere i caratteri più genuini anche degli altri istituti più rapidamente toccati dai suoi studi; e di farlo con sguardo moderno e precorritore.

Che cosa – per esempio – significa dire che se non ci sono azioni non c'è società e che se si annullano tutte le azioni si estingue la società? Significa stabilire due cose, che noi oggi, a un secolo di distanza, avvertiamo come definitive: per un verso, il carattere impersonale della partecipazione azionaria⁴⁹⁾; per altro verso, che non è possibile non pensare l'azione di società che come titolo di

47) «La personalità giuridica sopravvive... anche alla sparizione delle azioni, cioè di tutti i soci» (*La consolidazione del patrimonio sociale nell'unico azionista di una società anonima*, cit., p. 612); «La possibilità di una persistenza della società col venire meno dei suoi membri è possibile (sempre in via provvisoria) nelle società di *capitali*, perché l'elemento reale ha quivi la prevalenza sul personale, e la nozione di società poggia più sull'aggruppamento dei capitali che su quello delle persone fisiche per cui le *azioni* sono distribuite» (*Società con un solo socio?*, cit., p. 518, corsivi nell'originale). E si cfr. anche *A proposito della società con un solo socio*, cit., spec. pp. 255 e 261.

48) *La consolidazione del patrimonio sociale nell'unico azionista di una società anonima*, cit., p. 612. E v. anche *La personalità giuridica della società anonima con un solo azionista*, cit., p. 600 («la personalità giuridica della società persiste, perché persiste il *patrimonio*, anche venuta meno la *società*», corsivi nell'originale); *Sullo scioglimento e sulla liquidazione della società ridotta ad un solo azionista*, cit., spec. p. 173 ss.; *Società con un solo socio?*, cit., p. 519; *A proposito della società con un solo socio*, cit., p. 254 ss.

49) E cfr. anche *Sullo scioglimento e sulla liquidazione della società ridotta ad un solo azionista*, cit., p. 168 s. Sul principio v. ora, con ampio e approfondito sviluppo, C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, Milano 2012, p. 25 ss.

massa⁵⁰⁾ o comunque, ove non si proceda alla emissione dei titoli azionari, come strumento finanziario⁵¹⁾.

4. Attualità della teorica di Bonelli

Naturalmente, quanto fin qui scritto con riguardo alla persona giuridica non è che una sintesi di una teoria che Bonelli si fece carico di saggiare, declinandone l'idea di fondo, con riguardo a tutti i profili della disciplina dei tanti istituti che prese di volta in volta in considerazione. Ma non è in questa rassegna o sintesi delle opere del Bonelli che conviene indugiare.

Qui mette conto segnalare quale sia oggi, a più di un secolo di distanza dalla sua enunciazione, la modernità della costruzione sulla personalità giuridica⁵²⁾. Certo, oggi siamo abituati a ricondurre la *personalità* giuridica ad un dato formale che ha valenza costitutiva e che è dato dall'esplicito riconoscimento da parte dell'ordinamento di tale qualificazione; e, tuttavia, tale «formalizzazione» della nozione non sposta il problema che si ripropone quando ci si chieda – come è inevitabile fare – quali organizzazioni di beni o persone, seppure prive di una personalità giuridica così intesa, manifestino un certo loro grado di unitarietà e di autonomia in modo che ad esse possa e debba essere riconosciuta quella che è divenuto comune denominare *soggettività* giuridica. Il punto era stato, d'altra parte, approfonditamente trattato dallo stesso Bonelli per confutare il fondamento di tutte quelle classificazioni che allora si erano diffuse tra gli scrittori tedeschi e che miravano a contrapporre alle persone giuridiche effettivamente riconosciute dall'ordine giuridico quelle «latenti», «non riconosciute», «in senso lato» ovvero le «quasi persone». Per Bonelli queste distinzioni oltre a non essere utili ai fini della

50) Per richiamare le parole di F. D'ALESSANDRO, *I titoli di partecipazione*, Milano, 1968 (ed. provv.), p. 303: «In nessun modo è... possibile pensare come titolo individuale l'azione di società. Questa ha un senso ed una possibilità di esistenza solo ed esclusivamente come titolo in serie».

51) Infatti lo strumento finanziario, in quanto *strumento*, è pensabile solo come frazione standardizzata di una medesima operazione economica (dunque, una «operazione di massa») e, quindi, solo in serie può essere emesso: e sia permesso rinviare a M. STELLA RICHTER jr, *Strumenti finanziari e società per azioni*, in *La riforma del diritto societario dieci anni dopo*, cit., p. 53 ss., spec. a p. 63 s.

52) Sicché stupisce che nel recente lavoro monografico di C.E. PUPO, intitolato a *La persona giuridica. Fenomenologia e significato dal diritto romano al diritto commerciale* (Milano, 2015), non si senta la necessità di menzionare l'opera di Bonelli neanche una volta.

ricerca della essenza della personalità o soggettività giuridica non sono neanche frutto di un metodo scientifico corretto, posto che il legislatore non vincola l'interprete quando qualifica o «battezza» (cioè adopera nomi per descrivere istituti o riassumere regole), mentre vincola l'interprete quando prescrive. Ciò che dunque conta non è l'espressa attribuzione della personalità giuridica ad alcune entità e non ad altre, ma il trattamento che tali entità ricevono, in termini, come si è detto, di unità patrimoniali *autonome*⁵³).

I problemi di cui si venne occupando Bonelli si sono anzi moltiplicati con il moltiplicarsi degli esemplari di patrimoni di destinazione (siano essi autonomi siano essi separati) che incessantemente l'ordine positivo produce: ad uno o altro fine e con diversi gradi di autonomia⁵⁴). Basti pensare alle realtà dei fondi comuni di investimento, dei comparti delle Sicav e della Sicaf, dei diversi tipi di patrimoni destinati delle società per azioni, dei patrimoni segregati creati con un *trust*, e via discorrendo. Per essi si pongono tutta una serie di problemi, che al fondo presuppongono stabilire che tipo di autonomia patrimoniale sia quella che l'ordinamento riconosce a quei patrimoni e a quali fini la riconosca.

Si immagini che le azioni in cui è investito il patrimonio di un fondo comune siano vendute (in attuazione di una comune operazione di disinvestimento) e siano acquistate in attuazione di un investimento per conto di un altro fondo sempre gestito dalla stessa società; si immagini pure che l'operazione non avvenga su di un mercato regolamentato o che addirittura si tratti di azioni non quotate e che, quindi, le azioni vendute per conto di un fondo siano proprio quelle acquistate per conto dell'altro fondo (l'esempio non cambierebbe se si trattasse di diversi comparti di un medesimo fondo o di comparti di una stessa Sicav). Si ha a che fare con un *trasferimento*? Si ha a che fare con un trasferimento rilevante ai fini della operatività su quelle azioni della clausola di

53) *La teoria della persona giuridica*, cit., spec. p. 488 ss.

54) E per cui si è parlato di un principio della responsabilità patrimoniale del debitore (quello di cui all'art. 2740 cod. civ.) sempre meno generale: una visione che naturalmente presuppone una contrapposizione tra soggetto *debitore*, e quindi *persona*, e suo *patrimonio*, che non è quella di Bonelli.

prelazione eventualmente presente nello statuto della società⁵⁵⁾?
O della clausola di gradimento (sempre in ipotesi statutariamente prevista)?

Ancora: tale operazione è un trasferimento idoneo a interrompere la durata della partecipazione in capo al medesimo socio ai fini del riconoscimento di un dividendo maggiorato (in ipotesi statutariamente previsto sulla base dell'art. 127-*quater* T.U.F.) o della maggiorazione del voto (in ipotesi statutariamente previsto sulla base dell'art. 127-*quinques* T.U.F.) ovvero del voto plurimo (in ipotesi statutariamente previsto ed espressamente condizionato ad una detenzione delle azioni protratta per un certo tempo)?

E poi si faccia il caso di un investimento di partecipazioni sociali per conto di un fondo per il quale cambi la società di gestione: è questo un trasferimento rilevante ai fini della operatività delle clausole limitative della circolazione di quelle partecipazioni (in ipotesi statutariamente previste)?⁵⁶⁾

Più in generale ci si potrebbe – ed anzi dovrebbe – chiedere se, ai tanti diversi possibili fini per i quali la misura della partecipazione incide⁵⁷⁾ o può incidere⁵⁸⁾ sulla disciplina, le diverse partecipazioni nella medesima società detenute da diversi fondi (o comparti) gestiti dalla medesima società di gestione siano da considerarsi «congiuntamente» o «separatamente».

Ebbene, per tutti questi interrogativi e per i tanti altri che pure sarebbe facile porsi, e che in qualche modo possono, più o meno pianamente, riassumersi intorno al *problema della soggettività di*

55) In ipotesi non quotate: immaginiamo che quello dell'esempio sia un fondo mobiliare chiuso o un fondo immobiliare.

56) E cfr. con soluzioni opposte, seppure con riguardo allo stesso avvicendamento di SGR nella gestione di un fondo comune che deteneva partecipazioni in due società per azioni i cui statuti prevedevano clausole di prelazione: da un lato, Lodo, 6 dicembre 2012 (arb. unico U. Morera), nel proc. n. 2612 della Camera arbitrale di Milano; e, dall'altro, la recente Trib. Milano, 10 giugno 2016, n. 7232.

57) Si pensi alla ipotesi che più fondi, gestiti dalla medesima società di gestione del risparmio, vengano a detenere partecipazioni in una stessa società quotata che *complessivamente* (ma non singolarmente) superino le soglie previste dall'art. 106 T.U.F.: sorgerà l'obbligo di promuovere una offerta pubblica di acquisto?

58) Solo per fare un esempio, ai fini dell'applicazione di una clausola statutaria sul voto «scaglionato» o «contingentato» ai sensi dell'art. 2351, comma 3, cod. civ.

codesti patrimoni autonomi o separati (basti pensare alla nota questione della pubblicità immobiliare dei beni «del fondo»⁵⁹⁾), la teoria del Bonelli costituisce una chiave di risoluzione molto chiara e sicura, oltre che, a mio avviso sotto tanti riguardi, estremamente appagante⁶⁰⁾.

5. La persona giuridica e la personalità del giurista

Dagli studi in materia di società e, soprattutto, da quelli sul concetto di persona giuridica, dal metodo con cui furono condotti e dallo stile nel quale furono espressi emergono i tratti della personalità di giurista di Bonelli, e forse anche quelli della sua personalità *tout court*.

Fu di indole mite e carattere timido⁶¹⁾, introverso e riservato (come egli stesso attesta⁶²⁾); ma al contempo animato da grandi passioni e da una forte *vis polemica* (tutte caratteristiche che concorrono più spesso di quanto non si sia istintivamente portati a ritenere). Un suo caro e vecchio amico ce lo descrive come

59) Cfr. Cass. 15 luglio 2010, n. 16605, in *Foro it.*, 2011, c. 1859 ss., con nota di S. PELLEGATTA, in *Giur. it.*, 2011, p. 331 ss., con nota di L. BOGGIO, *Fondi comuni di investimento, separazione patrimoniale, interessi protetti e intestazione di beni immobili*, in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 1133 ss., con nota di A. SCANO, *Fondi comuni immobiliari e imputazione degli effetti dell'attività di investimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, II, p. 417 ss., con note di V. LEMMA, *Autonomia dei fondi comuni di investimento e regolazione della gestione collettiva del risparmio*, e di F. GENTILONI SILVERI, *Limiti di responsabilità patrimoniale nei fondi comuni di investimento. Novità recenti: tra giurisprudenza e legislazione*, in *Società*, 2011, p. 46 ss., con nota di N. BRUTTI, in www.dircomm.it, 2010, con nota di F. PACILEO, *Secondo la Cassazione i fondi comuni di investimento non hanno soggettività giuridica, mentre la società di gestione del risparmio ha la titolarità del patrimonio del fondo*, e sulla quale anche R. COLAIORI, *La destinazione intersoggettiva di beni immobili nel sistema dei fondi comuni d'investimento*, in *Riv. notar.*, 2014, p. 11 ss., e A. PAOLINI, *Fondi comuni immobiliari, SGR e trascrizione*, studio n. 90/2012-I del Consiglio nazionale del notariato, in <http://www.notarato.it/sites/default/files/90-12-i.pdf>. Al riguardo cfr. P. FERRO-LUZZI, *Un problema di metodo: la «natura giuridica» dei fondi comuni di investimento*, in *Riv. soc.*, 2012, p. 755. Sul problema più in generale della soggettività dei fondi comuni di investimento v. ora G. FERRI jr, *Soggettività giuridica e autonomia patrimoniale nei fondi comuni di investimento*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, n. 3/2015, anche per gli opportuni ulteriori riferimenti.

60) E v., ad esempio, il richiamo alla teoria del Bonelli operato da G. FERRI jr, *Patrimoni e finanziamenti destinati*, *loc. cit.*, nella qualificazione di patrimoni destinati delle società per azioni e fondi comuni d'investimento.

61) Cfr. ora anche O. CAPOLINO, *Note biografiche*, in questo stesso volume, dove una analitica ricostruzione delle risultanze delle «note di qualifica annuali» della Banca d'Italia e altre interessanti testimonianze.

62) G. BONELLI nella corrispondenza pubblicata postuma da *Dir. fall.*, 1928, p. 4.

«abitudinario e metodico»⁶³) e sappiamo che rifuggì le lusinghiere offerte di una cattedra universitaria o di una promettente carriera in magistratura⁶⁴).

La sua vita «fu tutta nella sua opera di scrittore»⁶⁵). Egli «era tra quelli che lavorano con gioia»⁶⁶). Sicché non può stupire se – come si disse con l'enfasi propria di quell'epoca – «del culto del sapere fece norma di vita e diuturno sacerdozio»⁶⁷), divenendo «signore di una dogmatica eletta»⁶⁸) e fornendo alla scienza giuridica un «contributo dottrinale, ampio, forte, geniale», proprio «del grande pensatore e del lucido scrittore»⁶⁹), del «teorico finissimo e [del] suscitatore intraprendente di dispute dottrinali»⁷⁰).

Le sue opere, e in particolare quelle sulla persona giuridica e sulle società, costituiscono eccellenti manifestazioni del suo «travaglio costruttivo»⁷¹) e di quell'indirizzo «più strettamente sistematico nello studio del diritto commerciale»⁷²), che è restato la cifra distintiva del Bonelli giurista⁷³).

63) A. RAIMONDI, *I due primi lavori giovanili di Gustavo Bonelli*, in *Dir. fall.*, 1928, p. 206. E non si manchi di rileggere il ritratto fattone da Francesco Carnelutti (in F.C., *Gustavo Bonelli*, cit., p. 177), con la sua magistrale e insuperabile capacità di fissare una figura con poche incisive linee: «Alto, magro, grigio, un po' rigido davanti all'ampio scrittoio. Lunghe file di libri dietro le sue spalle. Libri anche sul tavolo, in ordine. Mi par di rivederlo e di riprovare ora la viva impressione del contrasto tra quel parlar rado e sottovoce, quasi a malincuore, e la ricchezza del pensiero profusa nelle sue opere».

64) Cfr. S.[RAFFA], in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 232; G. RUTA, *Gustavo Bonelli*, cit., p. 4; G. TERRANOVA, voce *Bonelli, Gustavo*, cit., p. 289; oltre le dirette testimonianze autobiografiche riportate in *Dir. fall.*, 1928, p. 2 ss.

65) «E le fasi della sua vita si distinguono per la varietà della sua produzione scientifica»: così Angelo Sraffa nel necrologio pubblicato (a firma S.) sulla *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 232.

66) F. C.[ARNELUTTI], *Gustavo Bonelli*, cit., 1926, I, p. 178.

67) F. MESSINEO, *Le società di commercio irregolari secondo Gustavo Bonelli*, cit, p. 108

68) L. MOSSA, *Lo check nel pensiero del Bonelli*, in *Dir. fall.*, 1928, p. 109.

69) L. BOLAFFIO nella lettera pubblicata in *Dir. fall.*, 1928, p. 2.

70) P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 2, e si veda anche a p. 97 dove i saggi di Bonelli sono definiti «di notevole spessore teorico».

71) Così T. ASCARELLI, *La dottrina commercialistica italiana e Francesco Carnelutti*, in *Riv. soc.*, 1960, p. 7. Sempre per la opinione di Ascarelli sulla eccellenza della «produzione dogmatica» del Bonelli cfr. il giudizio riportato a nt. 1.

72) Cfr. Al. ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia*, op. loc. citt.

73) Per G. TERRANOVA, voce *Bonelli, Gustavo*, cit., p. 289, Bonelli «anticipa l'impostazione di carattere strettamente dogmatico» che sarebbe stata propria di Alfredo Rocco.

Tuttavia – è bene precisarlo – la sua vocazione per le ricostruzioni teoriche e sistematiche non raggiunse mai quei gradi di astrazione, che invece furono propri di alcune manifestazioni del concettualismo della tarda pandettistica, soprattutto in Germania, e poi di certa civilistica anche in Italia. Si sbaglierebbe quindi a contrapporre nettamente Bonelli a quel movimento di studi del diritto commerciale che fu inaugurato in Italia dal Vivante e pensarlo alieno dall'applicazione del metodo vivantiano⁷⁴⁾. Anche nei suoi scritti più teorici e se si vuole dogmatici (come appunto quelli sulla personalità giuridica), Bonelli mantiene una stretta aderenza alla realtà e non perde di vista le conseguenze operative e i concreti precipitati delle sue costruzioni. Anche la sua argomentazione non rifugge da una robusta dose di praticità.

Di più: il suo discorso appare tutt'altro che algido e asettico⁷⁵⁾. Esso è anzi vivace⁷⁶⁾ e talora addirittura divertente: come, ad esempio, quando fa ricorso all'immagine di «quel tal colonnello che metteva sé stesso agli arresti per un'infrazione della disciplina»⁷⁷⁾ o a quella (assai frequentemente usata e ripresa dal Brinz) dei «cappelli reali che non possono attaccarsi a dei chiodi ideali».

D'altronde, non bisogna dimenticare che lo stesso Vivante «fu tutt'altro che alieno dalle costruzioni dogmatiche e dalla ricerca del sistema»⁷⁸⁾. Egli era bensì preoccupato che le sue costruzioni non fossero tanto astratte ed aeree da cadere nel vuoto (e di qui la raccomandazione di fondare la costruzione sistematica sulla storia, sulla tradizione, sulla realtà economica, al fine di tenerla «in continua comunicazione colle fresche correnti della vita»⁷⁹⁾), ma, al

74) E sul quale ho cercato di fare quale considerazione nel mio *Cesare Vivante e il «mito di fondazione» della scienza del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, I, p. 523 ss.

75) E nel medesimo senso v., in questo stesso volume, O. CAPOLINO, *Note biografiche*, cit., che giustamente parla di «personalità vivace e poliedrica».

76) Sicché non saprei fino a qual punto condividere l'osservazione di Alberto Asquini, il quale notò che, proprio sul problema delle società irregolari, «la vivace prosa di VIVANTE si incontrò con quella pacata di GUSTAVO BONELLI» (*Cesare Vivante*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Padova, 1961, p. 12).

77) *A proposito della società con un solo socio*, cit., p. 253.

78) G. FERRI, *Alberto Asquini giurista*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, p. 416 (e ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Napoli, 1990, p. 81).

79) C. VIVANTE – A. SRAFFA, *Il nostro programma*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, p. I s.

contempo, era convinto della essenzialità delle costruzioni teoriche e della ricerca di principi generali ordinanti e unificatori.

In questo senso direi, in conclusione, che la figura di Bonelli si colloca, al di là delle esteriori distinzioni legate alle diversità di temperamento, in linea di perfetta continuità con quella di colui che noi consideriamo il fondatore della moderna scienza italiana del diritto commerciale, cioè di colui che Bonelli considerava e chiamava, anche nei lavori sui quali ci siamo qui intrattenuti, «l'amico Vivante»⁸⁰.

80) Così, ad esempio, in *Sullo scioglimento e sulla liquidazione della società ridotta ad un solo azionista*, cit., p. 173.

Di una nuova teorica della personalità giuridica¹⁾

Gustavo Bonelli

(Rivista italiana di scienze giuridiche, 1890, pp. 325-360)

Non è una rassegna dell'opera, sotto molti riguardi veramente notevole, del *Giorgi* che io mi propongo di fare; anzi mi duole che il mio compito, limitato com'è alla critica della base generale della dottrina delle persone giuridiche, debba lasciar fuori di considerazione precisamente la parte che meglio risponde agli intenti che si è proposto l'illustre scrittore, quella cioè in cui egli passa in rivista, discutendo e risolvendo con fine criterio legale le questioni principali che la pratica offre in applicazione del multiforme tema da lui trattato. Sono pronto anche a riconoscere che questa parte, che io qui trascurò, sia di gran lunga più utile praticamente di quella su cui intendo fermare l'attenzione dei lettori della Rivista; in compenso quest'ultima offre un interesse scientifico molto maggiore. Si tratta in sostanza di precisare la nozione stessa fondamentale della personalità giuridica, il suo posto nel sistema di diritto privato, insomma la sua *costruzione*, per dirla alla tedesca.

Dovrei prender le mosse dal proemio, dove si contiene una grossa diatriba contro il positivismo e la moderna psicologia, accusati di generare l'immoralità e l'ingiustizia; e non sarebbe, credo, difficile la difesa. Ma in verità, sebbene l'A. proclami che «la dottrina delle persone giuridiche è un ramo della sociologia in senso lato» (pag. 6), io mi permetto di ritenere che essa appartenga invece alla scienza del diritto, alla tecnica giuridica, e non abbia altra connessione colla sociologia all'infuori di quella generale comune a tutte le istituzioni di diritto. Quindi potremmo passar sopra a ciò che pensa il nostro A. sul conto della sociologia e della scuola positiva, se tale argomento non fornisse a lui occasione di enunciare le sue idee fondamentali sulla *società* e sul *diritto*; idee di cui convien tenere il massimo conto per l'apprezzamento del valore logico del suo sistema.

1) GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*. Vol. I (Parte generale) – Firenze, Cammelli, 1889.

L'orrore che ispirano in questo punto al Giorgi le metafore che ravvicinano la *società* a un *organismo* è un portato appunto del concetto atomistico che egli ha della *società*. Per lui le espressioni *organo* sociale, *corpo* sociale, *volontà* sociale, sono *metafore ridicole e sfacciate*. «Sento parlare di *psiche sociale* (esclama egli indignato); ma da quando in qua la società ha un'anima per conto suo: studiamo poesia greca o scienza sociale?» (pag. 13). Io non starò qui a tentare una giustificazione di questo linguaggio metaforico, o meglio, analogico, che non è una invenzione dei sociologisti moderni, poiché è comune a tutte le scuole fino dalla più remota antichità, fino dai giureconsulti romani che non trovarono di meglio della parola *corpus* per denotare l'unità dei così detti enti morali, fino da Platone (richiamato dall'A.) che chiamava *grandi animali* le società politiche; sarebbe facile rintracciare a una a una, nelle pagine successive dello stesso lavoro che esaminiamo, le espressioni medesime qui incriminate. Mi basti al contrario rilevare che insomma di un ente società con finalità propria, esistente in sé e per sé, l'A. non mostra di avere idea; la società resta sempre in fondo, per lui, un ente di sua natura *collettivo e mezzo indiretto* (comunque *indispensabile*) *pel soddisfacimento degli interessi individuali* (pag. 24 e 25). D'altra parte, qual'è il concetto del *diritto* per l'autore? Esso è un succedaneo di quello del *dovere*, e precisamente del *dovere morale*. L'uomo, solo essere *intelligente e libero*, è altresì il solo essere per cui esista il dovere; ma appunto in ragione della sua libertà morale e come fondamento della sua responsabilità, gli occorrono delle *facoltà inviolabili che nessuno possa impedirgli di esercitare e che servano all'osservanza del precetto morale*; queste facoltà sono i *diritti*. Donde facile il corollario nettamente formulato dall'A. stesso: *l'uomo* essendo il solo essere capace di doveri è perciò *il solo soggetto possibile di diritti*» (pag. 27 e 28). Ma, subito dopo, questo postulato subisce un'amplificazione che non è più in armonia colle premesse. All'essere *uomo* si pone a lato con parità di posizione l'essere *società*; ed ecco per via di qual ragionamento: «Mentre l'uomo soltanto è subbietto possibile di diritti, non è meno certo che questo si presenta in due aspetti distinti: uomo individuale e uomo sociale; *ossia individuo e società*» (pag. 29). Ora, in cotesto ragionamento c'è evidentemente un salto non giustificato. Che *uomo individuale*

trovi il suo sinonimo in *individuo*, va da sé; ma a *uomo sociale* corrisponderà il concetto di *socio* o *membro della società*, non mica il concetto di *società*!

Dunque conviene intendersi: la parola *uomo* ha un significato che non si presta ad equivoci. È vero che essa si adopera, come ogni termine che si riferisce a una *specie*, a denotare l'intera collettività degli uomini, come il singolo individuo; ma quando all'*uomo* si danno o si riconoscono delle note o degli attributi concreti, essi non si intendono riferiti alla collettività come qualcosa di astratto e di distinto dai singoli individui, ma bensì ciascuno degli individui singolarmente preso. «L'uomo è mortale» non significa che la *collettività* (società) *umana* è mortale, sibbene che è mortale *ciascun uomo* individualmente preso. «L'uomo è ragionevole - è intelligente - l'uomo ha una coscienza - una volontà - una responsabilità» significa che *ogni uomo individuo* ha tali cose e qualità, non mica la *collettività* degli uomini astrattamente considerata. Che anzi, abbiamo veduto con quanta cura l'A. cerca di escludere certi conati, certi traslati rettorici, mercé cui la moderna Sociologia vorrebbe quasi *animare* la società al pari dell'individuo, scambiando così (a suo dire) la *scienza sociale* per *poesia greca*. Dunque quando si dice: «l'uomo ha doveri e diritti» per nessun modo s'intende dire che doveri e diritti abbia la collettività degli uomini, comunque unificata e distinta dai singoli componenti. Che anzi, se il dovere, e per conseguenza il diritto, si fanno dipendere da note meramente psicologiche, quali sono la volontà, la libertà, la responsabilità morale, e se queste note altro che poeticamente non possono riferirsi alla società, è chiaro che in questa ultima non sono concepibili, se non poeticamente, neanche i diritti e i doveri. Ora in che modo la società, ente che non ha anima, né coscienza, né volontà, abbia diritti non solo al pari degli uomini, ma anche propri, esclusivi di lei, l'A. non lo spiega, e invece si contenta di dire che questo è un *fatto di chiara evidenza*, che *non ha sorpreso mai nessuno* (egli parla qui dei diritti *pubblici*, ma vedremo ora che non dirà nulla di più anche pei *privati*), e la cui verità risulta *in modo sperimentale e positivo* (pag. 30-31). – Ebbene, ciò significa per lo meno che le premesse da cui partiva l'A. non sono esatte, e che a questo punto o ha cambiato senso la *società* o hanno cambiato senso i *diritti*, e in ogni caso non è più vero il postulato fondamentale sopra formulato.

II

Se lo esplicitamento della attività di *diritto pubblico* da parte degli enti sociali fu sempre, a dire del Giorgi, di *chiara evidenza* e di *nessuna meraviglia*, cosicché esso non diè nessun fastidio alla teoria che dovè coordinarlo nel sistema, non così avvenne nel campo del *diritto privato*. Che un ente collettivo potesse avere ed esercitare i *diritti privati*, questo fu sempre, soggiunge l'A., oggetto di meraviglia da parte dei giuristi; meraviglia non esternata dai giureconsulti romani, che da buoni pratici non si lasciarono sbigottire dalla anormalità che ciò introduceva nella logica del sistema; ma meraviglia che valse a provocare il genio speculativo dei moderni tedeschi a mettersi alla ricerca del modo di eliminare dal sistema siffatta anormalità: donde quella lunga serie di sottili e ingegnose teoriche sulla personalità giuridica che da mezzo secolo si contendono il campo in Germania, con pochissimo interesse (bisogna dire il vero) dei giuristi degli altri paesi.

Di queste teoriche il Giorgi non volle dare che un fuggevole cenno, secondo me insufficiente a farne apprezzare l'importanza e il significato; ed io credo che in un'opera sulla *dottrina delle persone giuridiche* esse meritassero un posto maggiore. Ad ogni modo importa dire che egli raggruppa tutti i sistemi in due classi: sistemi della *finzione* e sistemi della *realtà*, e che dichiara di collocare il suo fra questi ultimi, pur confessando che dominante sia tuttora il sistema della *personificazione*, che è il sistema tipo della prima classe.

Questo sistema, sebbene comporti nei vari espositori gradazioni e sfumature diverse, che all'A. sembrano essere sfuggite quasi del tutto, inteso nella sua forma più divulgata e genuina si basa sul seguente raziocinio: «il diritto (almeno in senso *privato*) non può avere e non ha altro soggetto all'infuori del singolo individuo umano; ma per gli scopi del diritto occorre, ed è di fatto costante, che certi rapporti giuridici facciano capo a enti non individuali; quindi ciò vuol dire che il Diritto (obbiettivo) ha bisogno, per raggiungere siffatti scopi, di riguardare questi enti *come se* fossero individui, di *fingere* che siano individui.» Avremo occasione di vedere come questa teorica sia insufficiente e tenda a divenire anco pericolosa. Ma intanto non può negarsi ad essa una apparente consistenza

logica, per cui se non nell'ordine dei fatti, almeno nell'ordine delle idee, la conclusione è in perfetta armonia colla premessa. E la premessa - occorre rammentarlo - è quella appunto accettata e messa fuori di questione dal Giorgi col suo postulato fondamentale.

Eppure egli non accetta la conseguenza e si pone arditamente alla ricerca della personalità non *fittizia* ma *reale*, diversa dall'uomo.

Ma i sistemi *realistici* fin qui escogitati non soddisfano il nostro A., che li confuta a uno a uno con quest'ordine:

1° sistema di *Bolze* (*la pluralità unificata*);

2° sistema di *Ibering* (*i singoli destinatari dell'utilità*);

3° sistemi di *Brinz*, *Demelius*, *Dietzel*, *Fitting*, *Bekker*, *Hellmann*, *Köppen* e *Windscheid* - messi tutti insieme come sostenitori del *patrimonio senza subbietto*;

4° sistema di *Zitelmann* e *Meurer* (*la volontà obbiettivata o cristallizzata*).

Resta un 5° sistema, quello della scuola pubblicista tedesca (*Bluntschli*, *Baron*, *Beseler*, *Salkowski*, *Lasson*²⁾) che il Giorgi accetta, ma che trova incompleto, e che egli ritiene di aver completato con idee proprie, come tra poco vedremo.

Non mi occupo dei primi due sistemi, né del quarto che non ho mai capito a qual titolo pretenda imbrancarsi tra i sistemi *realistici*.

Il terzo sistema, inteso in un certo senso generalissimo (quale appunto deve intenderlo l'A. per potervi comprendere tutti gli autori su nominati, che hanno indirizzi tra loro così disparati) è anche il mio sistema. E siccome l'A. lo gratifica, a preferenza degli altri, dei titoli di *strano*, *illogico* e *assurdo*, così sarà bene fermarsi un momento a studiare dove sia la magagna che, secondo lui, lo fa così brutto.

«Se pretendono di trovar *diritti senza subbietto* (così l'A.), rispondo che il diritto essendo facoltà d'agire richiede inesorabilmente un subbietto che abbia quella facoltà» (pag. 44). – Giustissimo; ma altro

2) Io non aggiungo e non tolgo all'elenco e alla classificazione di tutti questi nomi, che trovo nel Giorgi.

è *diritto senza subbietto*, altro è *patrimonio senza subbietto*. *Diritto* è facoltà subbiettiva, ma *patrimonio* è posizione, è collegamento obbiettivo, e nella sua nozione non implica un rapporto di attività; non ha dunque per esigenza logica un *subbietto*. Un *diritto* non può essere *nullius*, ma una *res* può essere *nullius*.

Sia pure, continua l'A. Ma allora qual'è il subbietto *del diritto*? forse il *patrimonio*? Ma con ciò ecco che «il patrimonio è ad un tempo il *subbietto* e l'*obbietto* del diritto, assurdo non meno patente; giacché quale logica insegna di far *tutt'uno* dei due elementi essenziali e distinti del diritto? Non è più possibile in tal guisa un rapporto tra l'uno e l'altro» (*ivi*) – Giustissimo anche questo; ma chi dice che il subbietto e l'obbietto siano *tutt'uno*? *Subbietto* del rapporto giuridico è il *patrimonio*, ma *obbietto* non è né può esser mai lo stesso *patrimonio*. *Obbietto* del rapporto è sempre un *elemento patrimoniale*, elemento che può trovarsi o *al di fuori* del patrimonio disponente, e in tal caso la distinzione tra subbietto e obbietto è netta e patente, o *nel* patrimonio medesimo, ed allora il rapporto ha significato di *separazione* patrimoniale nulla meno e nulla più: *il patrimonio separa da sé stesso una sua parte*; subbietto: *il patrimonio*; obbietto: *una sua parte*³⁾.

Quando l'obbietto non sia che una *parte* del subbietto, l'assurdità logica già sparisce. Ma deve poi aggiungersi (e ciò è più essenziale) che il *patrimonio* come *subbietto* non è della stessa natura della *parte di patrimonio* che costituisce l'*obbietto*.

Il patrimonio subbietto non è già il semplice complesso delle cose patrimoniali, ma questo complesso *unificato* e *organizzato* elevato perciò ad *unità autonoma*, a *institutum iuris*, e ciò per virtù della *destinazione* ad esso impressa, o in grazia d'una *volontà* unificatrice che lo domina (salvo sempre il suggello della legge), nell'un caso o nell'altro con unità di scopo e di direzione. Questo processo d'unificazione, a cui si deve la formazione del *patrimonio* come tale, lo toglie con ciò stesso dal novero delle cose materiali (e dei possibili *obbietti* di rapporto giuridico), per farne un *ente di*

3) Appunto perciò ho sostenuto *giuridicamente impossibile* che *obbietto* di rapporto giuridico sia il *patrimonio come tale*; perché sarebbe assurdo che una cosa costituisse nello stesso tempo il subbietto e l'obbietto di un rapporto (V. il mio studio sui *debiti del donante nella così detta donazione universale* in questa *Rivista*, II, pag. 211).

diritto (universitas juris), ed è come tale, non già come complesso di cose materiali, che esso entra e si pone in rapporti giuridici con altre unità patrimoniali della stessa natura. Cosicché non è un mero rapporto di *parte a tutto* quello che passa tra la *cosa* e il *patrimonio*; ma il tutto ha un valore proprio distinto e ben superiore a quello della somma delle parti. Quindi ha torto l'A. di dire che fatto questo passo, «tutte le cose materiali e gli animali potranno divenire tanti soggetti di diritto»; poiché non le *cose* ma i *patrimoni* noi affermiamo subbietti di diritto.

Amnesso che il centro unificativo del patrimonio, debba essere o una *volontà* o uno *scopo*, e poiché questo elemento unificativo è quello che decide dell'essenza del patrimonio, ne deriva che tanto lo *scopo* che la *volontà* possono *a pari titolo*, sebbene soltanto in un certo senso *improprio* ambedue, qualificarsi rispettivamente *subbietti* del patrimonio: lo scopo nei patrimoni di destinazione, la volontà nei patrimoni di appropriazione. Quindi perde ogni valore la domanda dell'A.: «Se si vuole che il soggetto del patrimonio senza padrone sia lo scopo, allora, siccome tutti i patrimoni del mondo, non esclusi quelli pertinenti a un padrone *servono a scopi determinati*, che figura ci fa l'uomo accanto al patrimonio? Mi par di vederlo ridotto a un accessorio insignificante, di cui a poco per volta si potrà fare a meno in tutta la teoria della proprietà e dei diritti reali» (pag. 45). Nel suo presupposto l'A., ha messo una parola di troppo. È vero che tutti i patrimoni del mondo servono a scopi, anche quelli pertinenti a un padrone, ma non tutti, e precisamente non questi ultimi, servono a scopi *determinati*, poiché dove domina una volontà, è questa, e non altri, che determina gli scopi del patrimonio; e questi sono i *suoi* scopi e non d'altri; mentre lo scopo che imprime unità giuridica al patrimonio non appropriato è uno scopo generalmente sociale, talora anche privato e individuale, ma ad ogni modo *pre-determinato*, obbiettivo, e che domina la volontà, o le volontà che *amministrano* il patrimonio. Ed in questi patrimoni l'uomo fa appunto quella figura accessoria e insignificante di cui l'A. tanto si formalizza, mentre tutti i rapporti giuridici ammessi dal diritto privato si rendono applicabili all'unità patrimoniale e si svolgono da e verso di essa, senza verun riguardo al mondo per l'individuo o per gl'individui che eventualmente vi si trovano dentro per una ragione o per l'altra.

Dunque la confutazione del *patrimonio senza subbietto* è tutt'altro che esauriente, e potrà aver valore contro le speciali costruzioni in base ad esso immaginate dai singoli scrittori (nel che convengo ancor io), ma non già contro la tesi in sé stessa. Tutto dipende da una giusta nozione del *patrimonio*: in cui, se all'elemento obbiettivo e materiale dei *bona* che ne formano il contenuto si aggiunga, come è rigorosamente necessario per la sua concezione giuridica, l'elemento formale unificatore, che dà a quell'aggregato materiale, altrimenti slegato e sconnesso, la forma organica e la consistenza autonoma, che gli occorre per potersi rappresentare come termine di un rapporto nella vita economico-sociale, tutto è facilmente risoluto. Allora si vede che nella realtà questi rapporti economico-sociali, che, mercé la consacrazione del diritto positivo, divengono anche *giuridici*, corrono sempre tra *unità patrimoniali*; non v'è un solo di tali rapporti che non abbia per termine subbietivo un'*unità patrimoniale*, che è quanto dire un patrimonio. È solo approfondendo l'analisi di siffatte unità che si trova che l'elemento formale unificatore non è sempre il medesimo, ma varia, e dà il tuono a specie diverse di unità patrimoniali; specie che possono però raggrupparsi sotto due classi o tipi fondamentali, a seconda che la loro formazione è dovuta all'uno o all'altro dei due grandi processi generali dell'organizzazione economico-sociale, che sono il processo d'*appropriazione* e il processo di *destinazione*.

III

Veniamo ora al sistema del Giorgi. Egli in sostanza dice di accettare il sistema sotto cui si schierano dal più al meno i *pubblicisti tedeschi* nel loro modo di considerarlo Stato e gli enti collettivi: lo trova però deficiente per rapporto a quegli enti patrimoniali che non hanno per substrato, almeno percepibile, una *collettività*, e lo completa pertanto sotto questo punto di vista, dandoci una teorica *propria* della personalità giuridica delle *fondazioni*.

Cominciamo dalla parte che si dice accettata dai pubblicisti tedeschi.

Qui la prima cosa a notare è questa, che la scuola dei pubblicisti tedeschi è proprio quella che ha introdotto nello studio del presente problema il concetto d'*organismo* sociale, prendendo per punto di

partenza il rovesciamento del postulato tradizionale «*soltanto l'uomo è subbietto di diritti*», ed equiparando in tutto lo Stato e i così detti *enti morali* agli organismi *individuali*. E il *Bluntschli*, che tra questi è dichiarato il preferito dal nostro A., è proprio quello che fra tutti quanti ha spinto al più alto grado, e non soltanto con significato metaforico, questo processo antropomorfo, attribuendo allo Stato *vita, anima, volontà, organi* e persino *essenza corporale*⁴.

Ma all'A. sfugge talmente il significato storico di questa scuola (che pur proclama *la più vera*), che anche a questo punto ripete ciò che aveva affermato a principio, che cioè l'attitudine dello Stato e degli altri enti collettivi ad essere *soggetti di diritti pubblici* non suscitò *mai* né il *dubbio* né la *meraviglia di nessuno* (pag. 30 e 51); donde desume poi che data la *capacità di diritti pubblici*, è data la *capacità di diritti*, e con ciò stesso anche la *capacità di diritti privati*. Ma allora non c'era bisogno d'incomodare i pubblicisti tedeschi. E, ciò che è più, non si capisce in nessun modo per quale singolare impuntatura i giureconsulti si sarebbero fissati in quel loro concetto della *persona artificiale*. In verità che le *universitates* non fossero *sogni*, nessuno ne era più persuaso di chi attribuiva loro un patrimonio ed anche (a dire del Giorgi) *diritti pubblici*. Ora se bastasse dire come dice il nostro A., «date a questo ente collettivo l'esercizio dei diritti privati, ed avrete la persona giuridica» (pag. 52) per risolvere il problema di dare un subbietto *reale* ai rapporti giuridici patrimoniali delle *universitates*, la questione cui qui s'accenna non avrebbe avuto mai ragione di sorgere.

Insomma il ragionamento dell'A. è tutto qui: le *universitates* sono state sempre subbietti *reali* di *diritti pubblici*, dunque viene da sé che esse possano essere e siano anche subbietti *reali* di *diritti privati*.

Ora sarebbe qui il luogo di vedere anzitutto se è storicamente esatta questa asserzione dell'A. sulla indubitabile e indubitata attitudine degli *enti collettivi* intermedi tra lo Stato e l'individuo ad essere *soggetti di diritti pubblici*. A tal'uopo converrebbe approfondire il concetto di *diritto pubblico* e fissare i caratteri che lo distinguono dalla mera *funzione* politico-amministrativa. Ma io credo che specie dopo

4) Bastino i passi richiamati da ZITTMANN nel suo *Begriff und Wesen der juristischen Personen*, pag. 56-57.

gli studî profondi del *Gierke* sull'argomento⁵⁾, sia inutile trattarsi a dimostrare che nell'antichità non si conobbero altri subbietti di diritto pubblico all'infuori del *populus romanus* (lo Stato), che diritti pubblici non potevano essere attribuiti, e non furono, né a singoli, né a enti collettivi *entro* lo Stato. E se nel medio evo diritti pubblici furono senza difficoltà attribuiti a questi enti, egli è che la natura di questi diritti andò confondendosi, com'è noto, con quella dei diritti privati, dei quali – al contrario di quanto parrebbe affermare l'A. – furono pertanto *prima* che dei pubblici riconosciuti possibili subbietti, nella pratica, se non nella teoria, gli enti collettivi.

Finché soggetto di diritti pubblici fu soltanto lo Stato, gli altri enti, compresi gli individui, come membri di esso, non furono che organi della totalità politica; non vi fu possibilità di *personalità di diritto pubblico*, perché non vi fu possibilità di rapporti fra più subbietti similmente autonomi sul campo del diritto pubblico⁶⁾.

Tuttavia avvertiamolo subito: l'antichità, e i Romani specialmente, videro nello Stato – e nelle entità collettive riguardate come sue ramificazioni – tutt'altro che una *mera collettività*. Lungi dall'essere la somma dei singoli cittadini, la *totalità* era un quid reale e distinto, portatore di una volontà generale unitaria e indivisibile; *publicum* avea tutt'altro senso che *commune*, e denotava una sfera propria d'attività altrettanto completa e in sé chiusa, come la *privata*. Solamente questa sfera avea un solo *subbietto* possibile: tutta la vita pubblica era assorbita nello Stato; tutta la attività volitiva manifestantesi nelle diverse collettività in cui si ramificava lo Stato erano manifestazioni parziali e speciali d'una sola volontà, quella del *populus romanus*.

Invece fu sentita di buon'ora la necessità di riconoscere e distinguere in esse *tante personalità di diritto privato*, diverse dai

5) Nel suo *Deutsche Genossenschaftsrecht* vol. I, II e III.

6) Sulla mancanza di vera *autonomia* negli enti collettivi anche liberi (*collegia*) dei Romani, V. GIERKE op. cit. III pag. 85 e passim, ma più specialmente a pag. 145 e seg.: « Die corporative Rechtsfähigkeit wird dadurch bestimmt und begrenzt, dass das *jus publicum* eigne Rechte nur dem Staate zuerkennt, das *jus privatum* nur Individualrechte zu verleihen vermag. Darum kenne die Quellen eine *eigne publicistische Rechtsfähigkeit* der im Staate enthaltenen engeren Verbandseinheiten *nicht*. Die publicistischen Befugnisse sind in ihrer ganzen Fülle nothwendige, unthelbare und unveräusserliche Rechte des Staatsganzen. Was immer von einer corporativen Gesamtheit oder deren Trägern an publicistische Befugnisse über Mitglieder oder Fremde geübt wird, ist nicht Ausdruck einer eignen gemeinheitlichen Rechtssphäre, sondern kraft öffentlicher Ordnung zugewiesene staatliche Funktion.»

singoli privati. A principio la *capacità patrimoniale* dello Stato non usciva dal campo del diritto pubblico⁷⁾, ed anche quella dei *corpora* comunali o collegiali era considerata come elemento della sfera *pubblicistica* speciale e amministrativamente separata di ciascun *corpus*⁸⁾. Quindi era il contrapposto della patrimonialità *privata*; l'immissione d'una cosa in questa sfera si presentava non come negozio di diritto privato, ma come sottrazione di essa dal diritto privato; dal punto di vista del quale, la cosa diveniva veramente di *nessuno*⁹⁾ (e si adoperavano infatti forme speciali diverse da quelle del diritto privato). Questa equiparazione della *res populi romani* o della *res universitatis* alla *res nullius* dimostra che dal punto di vista privato non si concepiva altro soggetto possibile di diritti, fuorché il *singolo*. Perciò quando fu sentita la necessità di marcare una distinzione più profonda tra la sfera *patrimoniale* di ciascuna *universitas* e quella del *populus romanus* – esigenza, che, ripetiamo, dovè sentirsi di buon'ora, molto prima che non l'altra di una autonomia nel campo del diritto pubblico, – la bisogna si presentò tutt'altro che semplice alla mente di quei giureconsulti, in grazia della nozione ch'essi aveano del *diritto* e del *soggetto di diritto* (privato), implicante come sua intima esigenza logica il riferimento alla volontà dell'*homo singulus*.

L'*universitas* dei romani è bensì una *unità reale*, ma solo nella sua manifestazione pubblicistica, cioè, come organo dell'ordinamento politico¹⁰⁾; come tale ha anche una capacità volitiva propria, elemento però e riproduzione in più ristretta sfera della volontà sovrana generale. Ma come questa unità manca d'*individualità*, come la sua volontà manca di *autonomia*, così non è atta a porsi come termine di rapporti di diritto privato. E difatti in diritto privato quella unità diviene *incapace di volere* (universi consentire non possunt)¹¹⁾. Dunque non è possibile che sia lei la *persona*, che sia

7) V. GIERKE III pag. 54.

8) Id. pag. 89.

9) GAJUS nella l. 1 pr. D. 1. 8. «Quae publicae sunt nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur; privatae autem sunt quae singulorum sunt» (Cf. l. 2 e 6 §1 eod.).

10) Infatti il diritto romano non conobbe corporazioni il cui scopo consistesse negli scopi individuali dei membri (Cf. GIERKE III pag. 141).

11) V. I. 1 § 22 D. 41. 2; I. un. § 1 D. 38. 3.

lei il *subbietto* cui i rapporti privati si riferiscono. Ciò escluso, i romani non insisterono troppo a ricercare se vi fosse o chi fosse il subbietto *reale* di tali rapporti, e d'altronde il loro postulato etico li portava a mettere a ogni costo al posto del subbietto una persona fisica, quindi i loro sforzi doveano riuscire necessariamente frustrati.

Di qui la necessità della *finzione*; la quale in diritto romano non è però altro se non la constatazione pura e semplice del *fatto* che anche tali enti *sono* possibili subbietti di diritti privati, colla rinunzia ad ogni costruzione teoretica e colla mera enunciazione che a tale riguardo essi *privatorum loco habentur*.

Questa soluzione, senza dubbio scientificamente superficiale, riuscì praticamente provvidenziale, facilitando la retta comprensione e trattazione giuridica delle persone di diritto privato. Essa implicava del resto un intuito che è nuova conferma del senso giuridico dei romani, l'intuito, cioè, che non si danno due o più specie diverse di *persone private*, e che il termine del rapporto patrimoniale, qualunque sia il substrato visibile con cui si presenta, è sempre ed invariabilmente della stessa natura. Ciò rese possibile anzitutto equiparare quasi perfettamente nei rapporti patrimoniali le unità politicamente superiori e lo Stato stesso ai privati, ciò che non sarebbe stato possibile se a subbietto di essi rapporti si fosse elevato lo Stato nella sua unità sostanziale (pubblicistica). Ciò rese possibile (in specie nell'evoluzione storica del *diritto comune*) annoverare e trattare alla stregua delle altre personalità non solo collettività aventi scopi di natura meramente privata, ma anche patrimoni che non si presentavano collegati organicamente a nessun substrato *umano*, né individuale, né collettivo.

Questo intuito manca invece completamente alla moderna scuola pubblicistica germanica, che collocando le collettività pubbliche accanto alle individualità private fa di quelle una seconda categoria di subbietti o persone di diritto privato, aprendo la via naturalmente a una necessaria disuguaglianza di trattamento fra le une e le altre, e precludendosi l'adito alla inclusione nel sistema di una quantità di enti giuridici che *di fatto* si comportano come persone giuridiche e che la teoria non sa più come costruire logicamente.

Ma per potere evitare la *finzione* costruendo la *personalità reale* degli *enti collettivi*, manca al Giorgi non solo il concetto

autonomico dei *pubblicisti tedeschi*, ma anche il concetto *organico* dell'antichità *romana*. Per lui l'*universitas* non è affatto una *unità reale*; «l'*universitas* è una *realtà* (egli dice) quando si prenda la parola non come sinonimo di cosa che cade sotto i sensi, ma come il contrapposto di un mero parto dell'immaginazione» (pag. 52). *Realtà* è qui dunque intesa in un senso del tutto *materiale* e *fisico*: *reale* come opposto di *immaginario*; ma non nel senso *ontologico* di *sussistente in sé e per sé*, e come opposto di *proprietà, modificazione, modo di essere* di un'altra cosa; quale appunto è il senso che occorre nel caso nostro. Dunque, malgrado le espressioni *corpo sociale*, *bisogno del tutto* ecc. anche in questo punto ripetutamente adoperate, noi siamo messi in guardia dall'attribuir loro una portata che sarebbe ben lontana dalle idee dell'autore, e sappiamo a che tenercene. È *reale* nel senso che il concorrere delle parti in un solo aggregato non sia un'illusione, un sogno della fantasia, non perché esista o si produca qualcos'altro al di là della *somma* di esse parti; è la *realtà* del *numero* e dell'*unione*, non mica la *realtà* dell'*unità*. Esiste dunque *realmente* una *collettività*, cioè esiste una *riunione di subietti*, non ancora un *subietto* nuovo distinto da essi.

Ma vogliamo anche ammettere che una certa *realtà*, anche di quella che cade sotto i sensi, sia dall'A. riconosciuta, ad onta delle sue denegazioni, nel *corpus*; senza di che molte fra le più elementari funzioni sociali delle collettività resterebbero inesplicabili o quasi. Il certo si è che nel suo concetto il *corpus* rimane tuttavia sempre uno *spediente*, un *mezzo* acconcio pel migliore e più comodo raggiungimento dei fini *individuali*. Enti autonomi e con fine proprio l'A. non ne ravvisa, all'infuori dell'individuo; senza di che egli darebbe dentro al postulato della moderna sociologia, che egli repudia. La sua filosofia, come tutta la vecchia filosofia (iniziata dal diritto naturale), fa capo all'individuo e alla sua psiche: più in là non vede che poesia. Ogni *corpo* costituito, a cominciare dallo Stato, non è che la *rappresentanza* (sia pure in una forma concreta, reale) dei singoli in esso in varî modi aggregati, e la volontà racchiusa in ogni sua decisione non è veramente una *sua* volontà, ma la volontà dei singoli, quale risulta da una artificiale combinazione e valutazione preordinatamente stabilita. - Ora senza volontà *propria* dove fondare dei doveri, dei diritti *propri*, sempre tenendo fermi i principî dell'Autore? Si dice: l'ente collettivo è *morale* «perché avendo per base la natura umana, ha come l'uomo individuo doveri

derivanti da causa più alta nell'ordine e nei fini della creazione» (pag. 51, 52). Ma tutto ciò è estremamente vago ed oscuro. Qual'è questa *causa più alta*? Mistero. Ma se gli uomini costituiscono la società (sia pure *naturalmente*) pel soddisfacimento dei loro fini, come può questa avere dei doveri, che non si risolvano in doveri dei singoli associati?¹²⁾

Quindi il Giorgi, se vuole esser logico, deve rinunciare a spiegare *in modo reale* anche i diritti *pubblici* delle collettività. E per questi come per i diritti *patrimoniali* una sola costruzione teoretica è possibile, a evitare ogni urto colla realtà dei fatti e dei rapporti quale emerge dallo svolgimento della vita sociale; – quella della *personalità fittizia*. Egli ha torto di fare appello alla scuola dei pubblicisti tedeschi. Questi vedono nello Stato e negli enti collettivi subordinati, nell'ordinamento politico, delle vere realtà per sé stanti, dei veri organismi, con fine proprio, capaci di svolgere un'attività propria e distinta da quella dei singoli componenti. Nessuna meraviglia che siffatti organismi possano venir logicamente classificati *insieme cogli uomini* fra i possibili subbietti di diritti. Ma quando si pone per caposaldo che *il solo soggetto possibile di diritti è l'uomo*, e l'organismo sociale è tema di *poesia greca*, ogni sforzo per trovare un subbietto diverso dall'uomo si rompe contro l'ostacolo della *contradizion che nol consente*.

Che i pubblicisti tedeschi s'illudano a loro volta, pretendendo assegnare come subbietti dei rapporti di diritto *privato* le loro unità reali di diritto pubblico, è quanto risulterà dal seguito di questa breve escursione critica.

IV

Supponiamo per un momento che il Giorgi abbia potuto sottoscrivere, senza contraddire al proprio sistema e al proprio

12) Di qui le teoriche come quella del BOLZE e (deve aggiungersi) del SALKOWSKI, che assegnano per *subbietti* veri e reali dei diritti delle *universitates* i singoli *in quanto membri* di esse. Teorica che non spiega nulla, e che giustamente l'A. qualifica *un indovinello*, mentre per avere un senso dovrebbe risolvere *l'universitas* in una *communio* e così negare quel *subbietto separato e distinto che dovrebbe costituire la persona giuridica* (pag. 40).

postulato fondamentale, alla teoria pubblicistica che fa dello Stato e delle altre collettività corporative di carattere pubblico degli *enti reali e capaci di diritti*.

Ecco che con ciò non sarebbe compiuto che un passo nel campo delle persone giuridiche. Restano evidentemente al difuori anche di questa categoria, a prescindere dai patrimoni completamente reali (*sachliche*) e a scopi provvisori, cui generalmente vien rifiutato anche dalle teorie dominanti (a torto) la qualità di persona giuridica, a prescindere dalla eredità giacente, che pure il diritto romano e la maggior parte de' moderni teorici classificano ancora per tale, restano al difuori, dico, due classi di subbietti di rapporti privati, che generalmente, almeno presso noi, sono annoverati senza contestazione fra le persone giuridiche: e cioè: 1° quelle *universitates* o collettività che sono tenute insieme da scopi meramente privati degli stessi membri che le compongono; 2° le così dette *fondazioni* (*istituzioni, stabilimenti, cause pie* e va dicendo). I pubblicisti tedeschi non ammettono davvero per esempio la personalità giuridica delle *società di commercio*, appunto perché non è possibile ravvisare ed affermare in esse una qualsiasi personalità pubblicistica¹³⁾.

E quanto alle *fondazioni*, essi o pretendono applicar loro il concetto dell'organismo pubblicistico, ma senza neppur tentare di darne alcuna prova (*Beseler, Bluntschli*), o non ne parlano affatto (*Baron, Salkowski*), o le lasciano nella categoria delle persone *artificiali* (*Kuntze, Schäffle*), che in questo caso non resta abolita che per metà.

Il Giorgi propugna strenuamente e con tutte buone ragioni la personalità giuridica delle *società di commercio* (pag. 63-80), ma non spiega come ciò *accada*, non dice come un tale fatto si concili logicamente colla sua teorica generale, quale sia la posizione di queste persone (che non sono né *individui*, né *enti di diritto pubblico*) nel sistema; non ce ne dà insomma la *costruzione* in nessun modo.

13) Altrove ho riportato le nozioni equivocate del BESELER e del BLUNTSCHLI sulle *società commerciali* (nel giornale La Legge XXVII, 2, pag. 317).

Non così di fronte alle fondazioni. Qui egli annunzia esplicitamente un tentativo di nuova¹⁴⁾ costruzione, che si riduce sostanzialmente alla seguente tesi: le *fondazioni* non sono che forme speciali e larvate di *corporazioni*, che hanno, come queste, a base o *per substrato* una collettività reale, la quale è il vero subbietto di diritti patrimoniali facienti capo alla fondazione. Coticché non vi è bisogno di *finzione*: abbiamo anche qui come nella categoria precedente il subbietto *reale* bell'e pronto: la collettività pubblicistica.

Cerchiamo di seguire da vicino il suo ragionamento:

«Ogni diritto ha il suo subbietto. L'uomo solamente è soggetto capace di diritto; ma non tanto l'uomo individuo, quanto la società (?). Dunque *l'umana comunanza* ordinata a unità giuridica, chiamala Stato, chiamala Provincia, chiamala Comune, chiamala, in riguardo a uno scopo speciale, istituto o stabilimento o fondazione, è il soggetto giuridico *latente* della università patrimoniale assegnata per quello scopo» (pag. 90).

Eppure, questa riduzione dei diversi termini al comune denominatore *umana comunanza* è tutt'altro che chiara e decisiva per la questione.

Di vero finché la *umana comunanza*, diversamente ordinata e distribuita, io la chiamo *Stato*, *Provincia*, *Comune*, mi è possibile di ravvisare sotto ciascuno di questi nomi la sussistenza effettiva di una data collettività di uomini, che sono i cittadini o membri dello Stato, della Provincia, del Comune, o, diciamo meglio, di *quello* Stato, di *quella* Provincia, di *quel* Comune, e quindi anche di sostenere che questa collettività appunto costituisce il subbietto che io vo' cercando, che cioè ad essi presi insieme come costituenti quella data unità si riferiscono direttamente e immediatamente tutti i diritti e tutte le obbligazioni della unità patrimoniale relativa. E siccome a sostener questo assunto mi era d'uopo provare che

14) Veramente il GIORGI avverte che il suo concetto della fondazione era stato adottato, prima di lui, dal FISICHELLA (*Sulla realtà della persona giuridica* – Catania 1885) e dall'HÖLDER nel suo discorso inaugurale del 1886 (*Ueber das Wesen der juristischen Personen*). Non conosco, e me ne duole, il lavoro del FISICHELLA. Ma quanto all'HÖLDER, debbo confessare che non ho trovato nessuna connessione fra la sua teorica e quella dell'Autore. Egli dice che la volontà generale (lo Stato) rende possibili le *fondazioni*, ma non sotto il proprio dominio, sibbene sotto quello della *volontà del fondatore*, e ritiene perciò inevitabile la *finzione*: «Gleich der juristischen Persönlichkeit eines Vereins, ist so dijenige einer Stiftung eine *fingierte*» (pag. 12).

l'unità così costituita non è una mera *collettività*, ma una *unità reale*, così è appunto per questo motivo che ho invocato il sussidio del diritto pubblico, il quale venendo in buon punto in soccorso del diritto privato, ha fornito la dimostrazione della *realità* di siffatti enti, e in tal guisa *ha creduto* fornire altresì la prova della loro qualità di *subbietti dell'unità patrimoniale di diritto privato*. – Ma quando la *umana comunanza* mi si presenta sotto la forma di istituto o stabilimento o fondazione, cioè di unità patrimoniale senza substrato umano né individuale, né collettivo, come faccio io a scorgere tuttavia in essa una collettività di uomini costituita in unità giuridica? Qual'è questa collettività? da che è determinata e delimitata? poiché una collettività che non sia né determinata, né delimitata in nessun modo è inconcepibile, non solo come *unità reale*, ma anche semplicemente come *collettività*.

E allora: o questa collettività si vuol ritenere determinata dallo *scopo speciale* dell'istituto, nel senso cioè che l'*umana comunanza* in tanto sia il subbietto di quella istituzione in quanto i suoi membri si trovino in quelle condizioni di fatto alle quali l'istituzione è destinata a provvedere (i *poveri* d'un ospizio – i *malati* d'un ospedale, e via dicendo); ed allora siccome la comunanza di queste condizioni non forma in nessun modo un vincolo unitivo giuridicamente apprezzabile fra coloro in cui si verificano, così da costituirne un ente distinto come risultato di tale unione¹⁵⁾ convien cadere nel sistema di *Ihering*, che assegna per subbietto giuridico di ogni fondazione gl'*interessati* in essa, *uti singuli*; sistema che attira le censure più vive dello stesso Giorgi (pag. 41, 42), perché unisce all'errore del Bolze, di convertire il diritto e il patrimonio di una *universitas* in diritto e patrimonio di *singoli*, l'altro di confondere l'utilità del diritto colla pertinenza e colla subbiettività, che sono idee affatto distinte e separate.

15) Nei giureconsulti del medio Evo troviamo spesso veramente configurato un ente simile come substrato della personalità giuridica. Tale il *collegium miserabilium personarum* di PIACENTINO; tali le *universitates pauperum* con cui si designavano comunemente i *Monti* (cf. GIERKE III, pag. 198, 422 ecc). Ma evidentemente il M. Evo non intendeva attaccare nessun significato *reale* a queste espressioni, come non lo annetteva a nessuna *universitas*, dominato com'era dal *nominalismo* e poscia dai preconcetti del *diritto naturale*. Ciò che sorreggeva il rapporto di diritto era in ogni caso la *finzione* del *singolo* (*persona ficta*); il substrato da personificare era indifferente.

Ovvero – e questo si chiarisce realmente nel seguito dell'esposizione il concetto genuino dell'autore¹⁶⁾ – non già *quella* parte della comunanza umana che profitta dell'istituzione o a cui vantaggio speciale è stata istituita, ma sibbene *tutta intiera* la comunanza (s'intende nella sua massima universalità *organizzata*, che è lo *Stato*), viene assunta a subbietto del patrimonio, *coll'onere* di provvedere a quel determinato scopo. Ed allora basterà rifarsi alla nozione stessa dell'*unità giuridica*, per vedere che questo concetto non ha veruna consistenza logica. Difatti se per unità giuridica s'intende, come non può a meno d'intendersi, una *unità autonoma e perfettamente differenziata da ogni altra unità circostante*, è chiaro che non si potrà mai e poi mai assegnare per subbietto ad una unità un'altra unità, poiché con ciò stesso la prima sarà distrutta come unità autonoma e giuridica, e ridotta alla condizione di mera *pertinenza* della seconda; cosicché invece di *due* non avremo che *una sola* vera unità, *una sola persona giuridica*. Questo è appunto il caso dello *Stato* assunto come subbietto della *fondazione*.

Evidentemente l'A. confonde la separazione di gestione amministrativa in seno a uno stesso patrimonio colla duplicazione dei patrimoni, allorché descrive in questo modo le fondazioni dirette a un fine pubblico:

«Due modi può tenere la Potestà sovrana per soddisfare i diversi bisogni sociali. Può provvedervi direttamente con erario o fisco uno e indiviso, o invece smembrare in questo erario suo proprio tante parti, conferir loro individualità autonoma e destinarle in proporzione del bisogno al soddisfacimento di questo o quel fine.... Ecco allora gli stabilimenti, gli enti morali.... Ecco enti autonomi con bilancio separato, ecco le fondazioni. Ma che altro è questo, in conclusione, che una separazione, o, come dir si voglia un discentramento di gestione patrimoniale amministrativa, che non spoglia il *populus* della proprietà di quella dotazione? Da chi provennero i beni che le costituiscono? dal popolo. A che cosa servono? all'adempimento di uffici pubblici di servizi sociali. Quei beni a chi furono dati? In padronanza(?) rimasero nel popolo,

16) Ciò risulta da tutto il brano dedicato alle *fondazioni* (pag. 88 e seguenti). Ma ciò non toglie che qua e là il concetto, sempre estremamente vago, dell'A. sembri accostarsi anche alla prima versione.

or più or meno localizzato: perché se politicamente il popolo diviene Stato, amministrativamente si scinde raggruppandosi in comunanze locali più o meno estese, e non sempre ben distinte, dal conserto delle quali risulta lo Stato di cui sono, come a dire, le membra.... Diviene separata l'amministrazione e il bilancio; qualche volta localizzato lo scopo; ma il padrone vero (?) ne resta sempre una comunanza d'uomini, che abbraccia talora tutta l'aggregazione pubblica, talora la suddivide in circoscrizioni locali per ragioni amministrative Assurdo dunque e per poco ridicolo (!) sarebbe il pretendere che la personalità giuridica di queste fondazioni avesse un soggetto diverso dal popolo. L'assegnazione di un patrimonio, di un bilancio, di un'amministrazione separata dà sussistenza unitaria e autonoma alla gestione, ma non cambia il soggetto. Moltiplica, agli effetti giuridici e amministrativi, la personalità collettiva di quell'unico soggetto che è il popolo, vero progenitore e padrone di tutte le fondazioni d'origine pubblica; le quali in verità non sono che faccie diverse di quella vasta e multiforme personalità che nel popolo si immedesima» (pag. 93-95).

Ora separare l'amministrazione e il bilancio d'un patrimonio in più rami, e conferire a una parte del patrimonio individualità autonoma separata e distinta (personalità giuridica) sono due cose profondamente diverse. Anche un privato può dividere la sua amministrazione in tante aziende preponendo ad ognuna uno speciale rappresentante e ciascuna provvedendo d'un peculio particolare tratto dall'insieme del suo patrimonio. Nessuno dirà che qui si abbiano altrettante persone giuridiche. Ognuno degli amministratori così istituiti amministra *nomine alieno*, e i rapporti giuridici *ab extra* si pongono in essere coll'intera unità patrimoniale in cui tali aziende sono comprese, non già con ciascuna di esse, né rapporti giuridici veri e propri sono concepibili tra queste aziende tra loro o verso il patrimonio in cui sono compresi; i soli rapporti possibili sono rapporti di contabilità, operazioni di bilancio. La persona giuridica sorge quando la porzione di patrimonio così separata manifesta una *vita propria*, affatto indipendente (giuridicamente) da quella del patrimonio da cui si è separata, per modo che tutti i rapporti giuridici concreti in cui essa entra facciano capo esclusivamente alla sua rappresentanza. *Suo* allora è il diritto, *sua* l'obbligazione, ed essa si presenta colla stessa autonomia così di fronte alle unità estranee, come di fronte alla patrimonialità-

madre, stabilendo eventualmente anche con essa veri rapporti di diritto privato, cioè *sul piede d'una perfetta uguaglianza*. Ora è appunto questa *autonomia*, è appunto questa suscettibilità d'entrare in rapporti giuridici con tutte le altre unità patrimoniali con *uguaglianza* di trattamento, che costituisce l'essenza *dell'unità patrimoniale*, il significato unico ed esclusivo della *personalità giuridica*. Finché il patrimonio destinato a un pubblico servizio continua ad esser patrimonio *dello Stato*, per ciò stesso nessuna *nuova* personalità giuridica entra in campo, e quella destinazione ha un significato esclusivamente amministrativo. Erigere questo patrimonio in *persona giuridica*, in *fondazione*, significa appunto questo, che da quel momento, di fronte al diritto privato, non si ha più patrimonio *dello Stato*, ma patrimonio *della fondazione*. È un vero e proprio cambiamento di *padrone* che s'è avverato, e i nuovi rapporti non avranno più per subbietto l'antico, ma il nuovo padrone. Ritenerne che permanga l'antico subbietto patrimoniale e negare l'esistenza della nuova personalità è tutt'una cosa.

Ma si dice: lo *scopo* di questa nuova persona non è forse uno scopo pubblico, sociale e quindi *dello Stato*? il *profitto* di questa istituzione non si risolve forse in un vantaggio pubblico, cioè *dello Stato*? e non esercita infatti lo Stato su di essa la più attiva ed efficace sorveglianza, ed ingerenza, fino a poterla sopprimere se così richiede il pubblico bene?

Convieni anzitutto far delle riserve sulla intimità del rapporto che in forma troppo assoluta si vorrebbe stabilire fra lo Stato e questi enti. Il Giorgi sembra soprattutto aver di mira gli enti di fondazione pubblica; ma già le fondazioni private hanno collo Stato un rapporto molto meno stretto; eppoi vi sono enti patrimoniali a scopi d'ordine particolare, e financo privato, in cui solo indirettamente può ravvisarsi implicato un interesse sociale. Certo, in un senso generalissimo la società è interessata in ogni formazione patrimoniale; questa anzi è la condizione del suo carattere *giuridico*. Nemmeno i patrimoni *privati* sfuggono a questa condizione. Infatti che altro è in definitiva la *proprietà individuale*, come fenomeno dell'organizzazione economica della società, se non una *funzione sociale*? e non è forse questa l'unica decisiva giustificazione della sua inviolabilità? Ma tutte queste sono considerazioni che trascendono il diritto privato e a cui il diritto privato rimane completamente estraneo.

È forse una conseguenza dell'immenso sviluppo preso dalle scienze sociali oggi, conseguenza già da altri avvertita e stigmatizzata¹⁷⁾, quella di aver fatto bene spesso dimenticare che il diritto privato è una disciplina *formalmente autonoma*, comunque per mille vincoli materialmente collegata ai molteplici rami delle altre scienze sociali. Lo scopo, il motivo, la causa per cui una istituzione di diritto privato nasce e si stabilisce nell'organizzazione economica della società, appartengono alla sociologia, alla economia politica, al diritto pubblico. Il diritto privato non sa e non deve saper nulla di tutto ciò. Esso non vede, non conosce e non tutela se non *rapporti di reciproca limitazione e di obbligazione* fra tante unità patrimoniali autonome, aventi di fronte a lui valore e grado uguali. Quale sia il significato sociale di queste unità patrimoniali, perché e da chi siano così costituite, se dal potere pubblico o dal movimento economico spontaneo (eventualmente anche per via di rapporti che rientrano nella stessa sfera del diritto privato), esso non investiga. – Ogni uomo o solo certi uomini sono persone di diritto? È un problema che il diritto privato non ha da risolvere. Quindi finché è in vigore la schiavitù, sarebbe fiato sprecato dimostrare a un giureconsulto che ciascun uomo ha fine e volontà propri ed ugualmente degni di protezione. Resta sempre che di fronte al diritto privato lo schiavo non è persona. Così pure: è utile alla società, alla pubblica economia, che certe associazioni o certe istituzioni siano trattate come persone giuridiche anziché come dipendenze di altre persone preesistenti? Il diritto privato non ne sa nulla; esso accetta intorno a ciò a chiusi occhi le decisioni del diritto pubblico e della economia sociale. Ma se la decisione è nel senso della creazione di una nuova forma di personalità giuridica, esso considera questa persona come ugualmente indipendente, inviolabile e degna di protezione nei rapporti civili, qualunque sia e a chiunque profitti lo scopo per cui fu costituita in unità. Che in definitiva l'utile di questa personalità si risolva più o meno direttamente in un utile pubblico, che la sua attività giuridica si traduca, in un modo o in un altro, in una delle funzioni essenziali dell'organizzazione sociale, è circostanza che non vale a modificare in alcun modo le esigenze e la vita di questo ente *nella sfera del*

17) V. il discorso del PACHMANN: «Ueber die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft». Berlino, 1882.

diritto privato; o meglio servirà a foggare in un dato modo piuttosto che in un altro, a conferire questa piuttosto che quella determinata struttura e fisionomia all'ente, ma l'ente una volta formato è come una cellula in sé chiusa, i cui rapporti genetici e di subordinazione e coordinazione politica con altri enti e coll'organismo sociale sono affatto fuori di considerazione per quanto riguarda la sua azione e i suoi rapporti con altri enti nell'orbita del diritto privato patrimoniale.

E difatti qual'è il senso, giuridicamente apprezzabile, che il Giorgi assegnerebbe a questo preteso rapporto di pertinenza fra il patrimonio fondazionale e lo Stato? Egli evita visibilmente di qualificare lo Stato come *proprietario* di siffatti patrimoni, perché ciò metterebbe troppo in vista l'equivoco in cui egli versa e le contraddizioni che ne derivano. Preferisce la parola *padrone*, che ha un senso meno tecnico e perciò più vago ed elastico. Ma in che senso lo Stato si direbbe *padrone* di questi patrimoni? Che egli possa disporre da proprietario o esercitare su di essi un diritto proprio personale o reale, non è permesso neppure enunciarlo. Che anzi, se si fa appello al Giorgi stesso *meglio informato*, si trova che «il riconoscimento della personalità giuridica non è che l'attribuzione di un *diritto di padronanza*» (pag. 479). La proprietà degli *enti morali* riconosciuti è una proprietà piena ed assoluta (nei limiti degli statuti e delle tavole di fondazione), come quella dei privati. Lo Stato è tenuto a rispettarla per il primo, e noi sottoscriviamo pienamente all'opinione del Giorgi, quando nega che lo Stato possa dispensarsi dalle forme e cautele ordinarie di procedimento per *appropriarsi* i beni di questi enti. «Lo Stato può concedere o denegare l'erezione; ma eretto che abbia un ente morale, ha riconosciuto una proprietà non meno sacra ed intangibile di quella dei privati, e perciò da non potersi sacrificare senza la guarentigia delle forme legali» (pag. 270, 271).

Questa *alta padronanza* dello Stato gli conferisce forse il diritto di mettere fine alla persona giuridica? di appropriarsene i beni? Certamente il potere sovrano può sopprimere un ente che non risponda più ai fini sociali per cui fu eretto, o un ente i cui fini non rispondano più alle esigenze sociali, e come sopprimerli, così può riformarli e convertirli; ma in virtù del suo *potere politico*, uscendo dalla sfera del diritto privato, e appunto come potrebbe

fare, l'interesse comune esigendolo, colla proprietà privata dei singoli; cioè facendo, come nota il Giorgi stesso, atto *politico* non *giuridico* (pag. 504). Ed ecco perché «le cause della soppressione appartengono più alla politica che alla scienza del diritto» (pag. 468).

Che più? Questa *alta padronanza* non dà allo Stato nemmeno il diritto di far propri i beni dell'ente, una volta per qualsiasi causa estinto. Questa almeno è l'opinione del Giorgi (pag. 495 e seg.) Eppure noi sappiamo dal Giorgi stesso che il diritto che hanno i soci a ripartirsi l'attivo della società liquidata non toglie nulla all'esistenza della personalità giuridica della società, finché questa è in vita (pag. 75). Cosicché se pure questo diritto di reversione si concedesse allo Stato incondizionatamente, esso non basterebbe a conferirgli il titolo giuridico di *padrone* della fondazione. Ma dato questo titolo, non potrebbe mai negarsi come conseguenza logica quel diritto.

Dire adunque che il *subbietto* d'una fondazione è il popolo o lo Stato potrà avere un senso pubblicistico o economico-sociale, ma non ha nessun senso giuridico; poiché i rapporti di diritto privato vengono regolati precisamente come se quel subbietto non esistesse affatto, e come subbietti o termini *finali* di tali rapporti vengono assunti invece precisamente gli enti per sé stessi; tantoché rapporti numerosi e svariati sono possibili anche tra l'uno e l'altro di siffatti enti ed anche tra uno di essi e l'ente più esteso e generale che si pretende assegnare per subbietto di tutti gli altri; eppure il diritto privato continua a vedervi dei *termini subbiettivi ben distinti e perfettamente autonomi l'uno di fronte all'altro*.

Che i reggitori delle vecchie provincie napoletane e sicule non intendessero, coll'istituire i banchi di Napoli e di Sicilia mercé i fondi provenienti da altre opere pie, spogliare il popolo di quelle ricchezze che *a lui solo spettavano* (pag. 62), sarà benissimo; ed essi avranno anche fatto in tal guisa una trasformazione vantaggiosissima al popolo stesso. Ma che perciò? Sarà sempre vero che lo Stato s'è *spogliato*, per scopi d'interesse sociale, della padronanza, dato che l'avesse, di quei beni, per investirne la sua creatura, che da quel momento è divenuta *padrona* in luogo suo. Sarà sempre vero che il Banco di Napoli afferma ora in mille modi e in mille circostanze la *propria* distinta personalità patrimoniale di fronte a quella *dello Stato*; che un negozio, un rapporto giuridico posto in essere dal Banco di Napoli è un negozio, un rapporto proprio di lui Banco di

Napoli, dirimpetto a cui lo Stato è un terzo qualunque, cui l'affare civilmente *nec prodest, nec nocet*; che fra il patrimonio dello Stato e quello del Banco di Napoli possono anzi sorgere rapporti giuridici diretti ed eventuali antagonismi, in conseguenza dei quali l'uno può chiamar l'altro davanti ai tribunali e chiederne la condanna. È forse in questo caso lo Stato che perseguita sé stesso, o si avvera qualcosa d'analogo al mistero della trinità, per cui un ente è nello stesso tempo sé stesso e un altro?

Il diritto privato si propone la pura e semplice disciplina del *mio* e del *tuo*. La fondazione, al pari del privato, può dire di fronte allo Stato: «questa è cosa *mia* e non *tua*»: lo può, perché è persona giuridica. Se lo Stato potesse a sua volta rispondere: è *mia*, la persona giuridica *fondazione* non esisterebbe più.

È il caso dunque di ritorcere la conclusione:

«*Assurdo e per poco ridicolo sarebbe*» il pretendere che la società, il popolo, lo Stato, per questo che le fondazioni non possono proporsi se non scopi che siano in armonia coll'interesse pubblico, dovesse ritenersi il *subbietto giuridico* delle relative patrimonialità. *Assurdo*, perché non possono coesistere due subbietti per un identico rapporto. *Ridicolo* perché si avrebbe lo spettacolo d'un subbietto che sarebbe nel tempo stesso obbligante e obbligato, attore e reo convenuto, vincitore e soccombente; perché si affermerebbe e si negherebbe ad un tempo l'esistenza delle persone giuridiche¹⁸⁾.

V

Visto che nelle *fondazioni* non esiste una collettività specifica a cui possa attribuirsi la subbiettività del rapporto giuridico, visto che la collettività generale (Stato) se dà ragione della loro esistenza sociale, non basta a spiegare in esse l'attuazione dei rapporti di diritto privato, poiché ella non può presentarsi che come subbietto inerte e *latente*, perciò inutilizzabile nella sfera di vita del diritto privato, e dal momento che non si vuole uscire dall'elemento *umano*

18) È singolare che il Giorgi nel segnalare la confusione che avrebbe recato l'assunzione di un unico subbietto – Chiesa pei singoli istituti ecclesiastici (pag. 193, 194), non si addia della confusione di gran lunga maggiore che deriva dall'assorbire tutte quante le fondazioni nell'unico subbietto – Stato.

come termine essenziale di ogni rapporto giuridico patrimoniale, non resta altro spediente possibile, per costruire il subbietto nei rapporti di siffatto ente, all'infuori della *finzione*.

La teorica della *finzione* ha infatti questo di caratteristico: che essa pianta come un presupposto dogmatico fuori di discussione, quasi si direbbe un *truism*, il seguente concetto:

«*Solamente l'uomo* può essere subbietto di diritti (patrimoniali); e tutte le deviazioni da questo concetto che essa incontra nella vita pratica del diritto, vale a dire tutti i casi che le si offrono di rapporti giuridici facienti capo a enti che non sono *uomini*, essa si sforza di spiegarli senza toccare il presupposto dogmatico, cioè riducendoli forzatamente, *artificialmente*, tutti sotto quel concetto. È la legge, secondo questa teorica, che per bisogni sociali d'ordine superiore, *finge* che anche questi rapporti facciano capo ad altrettanti *uomini*. Questi uomini esistono, è vero, soltanto nella mente del legislatore, ma bastano a salvare il postulato, perché di fronte al diritto è *come se* esistessero realmente.

Questa costruzione artificiale è favorita dall'equivoco impiego della parola *persona* come sinonimo di *subbietto di diritti*; poiché fuori della scienza giuridica, e in un senso più volgare e perciò più diffuso, *persona* esprime appunto l'individualità fisiologica umana: in altri termini, l'uomo. Tener distinti questi due significati della parola *persona* non è sempre facile, in specie quando la confusione riesce a conferma del preconetto etico da cui si muove.

Ma la contraddizione tra il presupposto e il fatto pratico è in tal guisa evitata soltanto da un punto di vista meramente *formale*; *materialmente* essa è confermata, in quanto si viene a riconoscere esplicitamente che *nella realtà* il rapporto giuridico ora fa capo a *uomini*, ora a *non uomini*, lo che è appunto la negazione del postulato.

Infatti. O *l'uomo* che si *finge* dal diritto come termine del rapporto giuridico è un mero fantasma che non coincide con nessuna delle manifestazioni *reali* dell'ente, a cui nominalmente il rapporto si riferisce; ed allora né l'esigenza etica del presupposto è salva, né il rapporto giuridico come fenomeno del mondo *reale* è spiegato menomamente. L'esigenza etica non è salva, poiché essa intende attribuire i diritti e i doveri a uomini *veri*, non a uomini *immaginarî*.

E il rapporto giuridico resta campato in aria, perché esso, come rapporto *reale*, non può correre e stabilirsi che fra termini *reali*. Che il rapporto sia reale non è contestabile, dal momento che può esser fatto valere in giudizio e può condurre colla mano forte dell'autorità, alla espropriazione dei beni dell'ente, alla diminuzione come all'aumento *effettivi* del suo patrimonio. Ora se reale è il diritto, bisogna che sia reale il termine che ne è investito; se reale è l'obbligazione, occorre che sia reale il subbietto vincolato. La similitudine incisiva del *Brinz*: «chiodi immaginarî non possono sorreggere cappelli reali» non ammette replica.

Ovvero *l'uomo* che si *finge* dal diritto come termine del rapporto giuridico coincide con una qualche realtà dell'ente cui il rapporto si riferisce; vale a dire, che il diritto si limita a *personificare* quella realtà, nel senso di considerarla *come se* fosse un uomo. E allora non solo l'esigenza etica resta egualmente insoddisfatta, poiché *l'uomo reale* manca pur sempre, ma essa viene addirittura contraddetta e negata, inquantochè diritti vengono in modo reale attribuiti a enti reali non umani. Vale a dire si dimostra perfettamente insussistente *nella realtà* che «*solamente l'uomo* possa esser subbietto di diritti privati».

In tutti e due i casi poi la finzione è, anche come spediante tecnico, d'ordine puramente formale, teorico, necessariamente imperfetta, perché essa è costretta subito a una riserva essenziale nella sua applicazione; nel novero dei rapporti patrimoniali ve ne sono infatti di quelli che presuppongono nel patrimonio un centro individuale umano, e che da note e caratteri esclusivamente umani prendono origine e forma; ora tali rapporti non sono evidentemente più concepibili là dove nella realtà l'individuo umano non esiste. La teorica della finzione è costretta pertanto a soggiungere che l'uomo che essa finge è un uomo incapace a sorreggere tutti quei rapporti che esigono un uomo reale, in altri termini, ciò che essa finge non sostituisce punto l'uomo reale in tutti i rapporti, ma solo in quelli in cui per l'appunto l'elemento umano non è richiesto; non è dunque un *uomo*, nemmeno per finzione.

Ma in compenso la teorica della finzione ha il gran merito storico di aver fermata la considerazione sul carattere proprio, distintivo della *personalità di diritto privato*, e soprattutto di averla tenuta ben distinta dalla personalità pubblicista della *universitas*. Piuttosto

che ammettere che la realtà privatistica si confonda colla realtà pubblicistica, essa ha preferito negare che quella fosse una realtà. Questa teorica, nel periodo classico, ha sempre riconosciuto e tenuto fermo che il *rapporto patrimoniale di diritto privato non fa capo all'unità pubblicista Stato, Comune, corporazione, in quanto tale*; che anzi qualunque sia il *substrato* effettivo su cui si fonda la persona giuridica, esso in ultima analisi è indifferente per la sua nozione.

Il merito di aver ben marcato questa contrapposizione tra la *persona giuridica* e l'*universitas*¹⁹⁾ spetta specialmente ai Canonisti, che il concetto di *corporazione* ravvicinarono più degli altri giuristi a quello di *istituzione* o di *fondazione*, fra i quali, riconosce benissimo anche il Giorgi, la transizione è realmente impercettibile.

Che la *persona giuridica* non si confonda colla *universitas* nelle stesse unità collettive di diritto pubblico si dimostra in mille modi.

Anzitutto se la *totalità* fosse la *persona* cui facesse capo il rapporto patrimoniale, per modo che essa ne fosse investita come il singolo lo è o lo sembra nei patrimoni individuali, essa dovrebbe poter disporre del contenuto patrimoniale a suo grado per mezzo dei suoi organi volitivi; quindi l'assemblea plenaria dovrebbe aver la più ampia facoltà dispositiva. Invece i rapporti contrattuali dell'*universitas* sono limitati a quelli richiesti dall'attuazione del suo *scopo*; cosicché chi domina il patrimonio non è già la volontà dei membri o dell'assemblea, ma piuttosto lo *scopo* proprio dell'*universitas*. E se lo scopo è d'*interesse pubblico*, la totalità non ha nemmeno il potere di deliberare lo *scioglimento* dell'*universitas*²⁰⁾.

Inoltre la *volontà* propria dell'*universitas* non ha né può avere forza vincolativa se non dentro i limiti della stessa *universitas*, tra i membri di essa, non al di fuori. Invece il rapporto di diritto privato è essenzialmente un rapporto con unità esteriori, con terzi estranei, vincolabili giuridicamente da e verso di lei. Vale a dire che per i terzi questa volontà, che non avrebbe esistenza come

19) Confuse invece dai precedenti Glossatori la cui teorica per molti rispetti si avvicina a quella della scuola *pubblicistica germanica* (cfr. GIERKE op. cit. – III §7).

20) V. lo stesso GIORGI a pag. 451 e seg.

organo dell'*universitas*, assume tutto il suo valore come organo della *persona giuridica*.

Di più il concetto d'*universitas* è inscindibile da quello d'una *pluralità* di membri insieme riuniti da qualche vincolo comune. Cosicché quando l'*universitas* si assottigli tanto, che non rimanga più in vita che uno solo dei suoi membri, evidentemente scomparsa la pluralità anche l'*universitas* come tale viene meno, e così dovrebbe venir meno la *persona giuridica* se con essa si confondesse. Invece è certo che il membro superstite continua a rappresentare la persona giuridica appunto come la rappresentava prima la totalità dei membri²¹⁾. Che anzi, spariti anche *tutti* i membri dell'*universitas*, se tuttavia lo scopo resta fermo, in quanto rimanga una *spes refectionis* dell'*universitas* estinta, è teoria accreditata fin dai tempi di Baldo²²⁾ ed è pratica certa e innegabile che la persona giuridica permane, in quanto che permane il patrimonio. Anche il Giorgi ammette che non necessariamente la morte di tutti i membri trae seco la dissoluzione della persona giuridica²³⁾.

Ma se la *persona* sopravvive all'*universitas* dei consociati vuol dire che essa non era l'*universitas* stessa, sibbene qualche cosa che l'*universitas* portava con sé, ma che poteva anche restar ferma al dissolversi di questa.

Così guardando la cosa dal punto di vista *interno* del collegamento. L'*universitas* come ente a sé implica sempre un rapporto innegabile di *superiorità* verso i suoi membri. Esser parte d'un tutto ed esser suo uguale non sono concetti conciliabili. Ora se il diritto privato riguarda in vece come *fondamentalmente uguali* (condizione di ogni unità patrimoniale) la società e il socio che si trovi con essa in rapporto giuridico, quand'anche essi fossero la massima delle collettività (lo Stato) e l'ultimo dei suoi membri, vuol dire che i termini dal rapporto di diritto privato non sono *la società e il socio*,

21) V. 1.7 §2 D. 3.4. – SAVIGNY II, 280 – ARENDTS §45 – WINDSCHEID 61 n. 3.

22) V. in GIERKE III pag. 498.

23) Pag. 460 - 464. È ben vero che il Giorgi afferma anche la possibilità che l'ente giuridico sopravviva al *proprio patrimonio*, (pag. 446). Ma ciò dipende da una *falsa nozione del patrimonio*, il quale non viene meno solo perché i debiti superano l'attivo. Però un attivo ci deve essere: la sua piena mancanza (cioè attuale e potenziale) è inconciliabile con la sussistenza di qualunque ente giuridico di diritto privato.

poiché come tali questi due enti non possono presentarsi che in rapporto di continente a contenuto, di tutto a parte, di superiore o sopraordinato a inferiore o subordinato. Vuol dire dunque che qui sparisce o è fuori di considerazione il rapporto di socio e società²⁴). Di più il socio è sempre un *partecipante* agli interessi della società di cui è membro. Ora se l'esistenza e l'interesse della società nei suoi rapporti *patrimoniali* sono invece un'esistenza e un interesse del tutto distinti da quelli degli individui che ne fanno parte, vuol dire nuovamente che non è la società *come tale*, che possiede, contratta ecc. «Collegium potest contrahere cum uno de collegio, *quia tunc contrahitur tamquam cum privato*» dicea *Giasone* (ad l. l § 15 D. 36, l.). Ma come è ciò possibile se non tenendo fermo che la persona di diritto privato non è la società, il collegio come tale, ma qualche altra cosa che permetta l'equiparazione e nel tempo stesso la contrapposizione di questo subbietto al *privato*, qualche cosa cioè che esso abbia di comune col privato, che sia di natura sempre omogenea così nella società come nel privato, come in qualunque altro ente che si presenti siccome termine di rapporti privatistici, e che in ciascuno di essi abbia una esistenza e un valore economico proprio e distinto?

Questo *qualche cosa* pei Romani, che professavano che il diritto è fatto per i *singoli uomini* e che alle *cose* non attribuivano alcun significato giuridico²⁵), era veramente introvabile; perciò non restava loro che lasciare, come fecero, *la questione ouverte*, senza spiegazione di sorta. Il singolo che non c'era si doveva *fingere* che ci fosse, e tirare innanzi. Non altrimenti la concezione ingenua dei popoli primitivi per ispiegarsi il moto degli esseri inanimati suppone in essi altrettante divinità (antropomorfiche) che imprimono loro il movimento; appunto perché la sola causa di movimento che essi conoscono ed ammettono è la volontà.

24) A marcare tale contrapposto tra l'ente sociale (Stato) e la persona giuridica (Fiscus), tendeva l'arguta osservazione di BARTOLO, riferita anche dal GIORGI (pag. 345): «respublica in universo propter crimina et dissensiones *minuitur*; bursa autem communis, quae est idem quod fiscus, *augetur*» E anche HÖLDER nel suo discorso osserva che la personalità privatistica dello stato «nicht auf dem Wesen der Staatspersönlichkeit, sondern auf einer partiellen *Verleugnung* desselben beruht» (pag. 13). Ma il GIORGI trova una tale questione del tutto *accademica*.

25) Cfr. GIERKE, II, pag. 63, 70.

Finché la *finzione* non è intesa che come rinuncia ad ogni spiegazione del fenomeno giuridico presupposto e accettato nella sua realtà, essa è innocua, e, comunque insufficiente come costruzione teorica, non è per lo meno di alcun inciampo nella pratica. Dovunque il Diritto ravvisa rapporti obbligatori possibili da proteggere in relazione a nuovi subbietti giuridici, esso contempla e classifica senza scrupolo questi nuovi subbietti fra le persone artificiali, senza curarsi di scrutare a fondo il substrato reale che loro serve di base. È così che l'*eredità giacente*, soggetto quant'altro mai impersonale, viene dai Romani classificato senza nessuna difficoltà insieme colle *universitates* fra le persone o fungenti da persone (l. 22 D. 46. 1.). E se il diritto romano puro non offre altri esempi di personalità di enti patrimoniali, il suo linguaggio e il suo spirito aveano l'attitudine che ci voleva ad estendere *tractu temporis* questo concetto ad altri enti molteplici, in cui nessuna traccia di personalità *umana* (individua o collettiva) si rinviene²⁶. Quindi esso non doveva porre nessun ostacolo alla personificazione della *dignitas* nel diritto canonico (al posto del *collegium*), e perfino del *locus* ove la istituzione ha sua sede; così pure quel concetto rimase ugualmente conciliabile colla personalità delle *società di commercio*.

Ma quando la teoria della *finzione* o pretende elevare la finzione a causa della realtà col riportare la genesi della persona giuridica ad un atto creativo del legislatore, o per lo meno, approfondendo l'analisi su certe categorie più frequenti di persone giuridiche, vuol sapere *che cosa* è che si personifica, *a che cosa* si attribuisce la personalità, allora il concetto di personificazione perde necessariamente ogni elasticità, sorge la necessità di determinare in qualche modo la natura di questi enti, il substrato che deve servir di sostegno alla personalità, e quindi di fissare le note essenziali, gli *estremi* di questo substrato personificabile. A questo modo la teoria della finzione comincia a divenir pericolosa, nel senso di dover facilmente lasciar fuori del sistema o falsamente spiegate una quantità di unità patrimoniali che pure si presentano come

26) Questa indifferenza del substrato reale per l'essenza della persona giuridica di diritto romano, per cui essa si presta alla personificazione di *qualunque cosa*, è stata ben rilevata, tra gli altri, da WINDSCHEID (Pand. §57) e da GIERKE (op. cit. III §6 n. 51).

subbietti giuridici e come tali andrebbero logicamente contemplati e disciplinati anche teoricamente dal diritto privato.

Queste note che si pretende fissare come essenziali per la nozione della personalità giuridica sono sempre arbitrarie e senza base nella realtà dei rapporti.

Così coloro che pensano il substrato da personificare dover consistere sempre in una *collettività* di uomini, devono logicamente lasciar fuori dal loro sistema le *fondazioni*. Ed anche ammesso che per via d'una ulteriore finzione si arrivi a ravvisare una collettività dove non è, restano certamente fuori del novero delle persone giuridiche tutte quelle entità patrimoniali in cui è impossibile, anche con tutte le finzioni del mondo, di presupporre una collettività qualsiasi. Così p. es. non è più possibile ammettere in questo sistema la personalità giuridica dell'*eredità giacente*, che è negata in fatti da parecchi dei moderni *finzionisti*, mentre non fu mai negata in passato. Qual'è il significato di questa negazione? Questo, che l'*eredità giacente* avendo un investito *reale* rientra nella categoria generale dei patrimoni *privati*. Questo investito *reale* poi sarebbe (a dire anche del Giorgi) «l'erede se verrà fuori o lo Stato se non comparirà nessuno» (pag. 82). Ma un subbietto *futuro* ed *incerto* è un subbietto che non esiste attualmente e realmente altro che *per finzione*. Ed eccoci così a un caso di *finzione* (comunque scambiata per *realtà*) senza che vi sia una collettività come substrato giustificativo²⁷⁾. E non reco altri esempi, perché non voglio uscire dalle figure di *persone giuridiche* più comunemente ricevute.

Vi sono altri che pongono come nota essenziale del substrato personificabile, che si tratti di uno *scopo permanente e d'utilità pubblica*; dal che sono tratti a negare la personalità delle *società di commercio*, perché aventi scopo di speculazione privata. Negazione anche questa inconcludente a prima vista, e, si potrebbe

27) E dato che si debba ricorrere alla *finzione*, è meno scontata e repugnante sotto tutti i rapporti la finzione della sopravvivenza del *defunto*, che non quella della presenza dell'*erede*, appunto perché almeno l'esistenza del primo è un fatto passato, ma certo. E difatti i Romani che certamente ammisero le personalità dell'*eredità giacente*, come è provato da numerosi testi, dovendo fingere un individuo singolo sotto quel complesso patrimoniale per salvare il preconetto etico di cui abbiamo parlato, e sebbene fosse per loro indifferente il substrato da personificare, si servirono del *defunto* (§2 Inst. 2, 14; pr. Inst. 3, 17; II 33 § e 2 34 D. 41, 1; I. 31 § 1 D. 28, 5; I. 116 § 3 D. leg. 1), piuttosto che dell'*erede* (richiamato in un sol testo: I. 24 D. 46, 2). E così pure BARTOLO e gli altri romanisti di quell'epoca.

credere, quasi accademica, dal momento che pur negando la personalità ammettonsi tutte le conseguenze della medesima, quali scaturiscono dal disposto delle leggi commerciali; ma che intanto è fonte di equivoci ed anche di erronee applicazioni pratiche, come lo è sempre una falsa costruzione d'un istituto giuridico²⁸⁾.

Queste od altre pretese note essenziali del substrato personificabile non sono in fondo che affrettate e incomplete generalizzazioni di fatti isolati, per lo più influenzate da un qualche pregiudizio teorico. I romani se ne astennero, e fecero bene, guidati dal loro abituale buon senso in materia di diritto.

Convien fissare che il potere politico riconosce ma non crea le unità sociali che si presentano come termini di rapporti patrimoniali nell'organizzazione economica della società; quindi le condizioni intrinseche della loro esistenza sono anteriori al riconoscimento politico e da esso indipendenti. E queste condizioni vanno non già dedotte da un qualche principio *a priori* fondato sur un proprio sistema personale di etica o di filosofia sociologica, ma sibbene indotte dall'osservazione dei diversi enti che effettivamente il Diritto riconosce siccome possibili subbietti di concreti e reali rapporti giuridici. Il campo di tale osservazione è fornito dalle leggi costituite; la *costruzione* (sistema teorico) è appunto soltanto la classificazione e sistemazione logica dei diversi istituti di legge²⁹⁾. E una costruzione è tanto più perfetta, quanto meno ha bisogno di servirsi di *finzioni*, poiché finzione vale *eccezione*, ed eccezione in qualunque sistema logico significa immancabilmente che il principio generale è inesatto e frutto di una astrazione superficiale e prematura.

Ora osservando i diversi possibili subbietti di diritti che le nostre legislazioni comportano, con analisi spassionata e senza preconcetti ideologici, noi troviamo che non solo complessi patrimoniali non assoggettati ad una volontà individuale, e quindi non implicanti quella tal libertà o responsabilità morale su cui dovrebbe fondarsi il

28) Io ho tentato appunto di dare un saggio di tali equivoci e di tali erronee e manchevoli applicazioni nei diversi istituti nascenti dal fatto della liquidazione giudiziaria (v. in questa Rivista VI, 193 e VII, 3 e 169), ed altrove per l'*istituzione del nascituro* e per l'*eredità beneficiata*.

29) Con questo non è detto che la *costruzione* non influisca a sua volta sulla legge per perfezionarla, eliminando le incongruenze logiche in cui cade non di rado anche il legislatore.

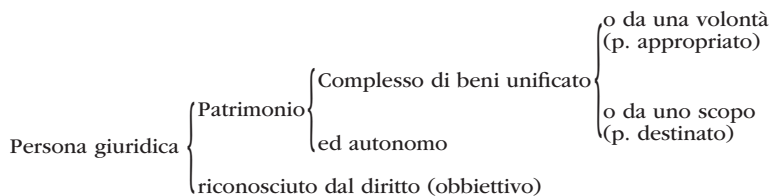
diritto secondo le premesse del nostro autore, ma anche complessi in cui nessuna associazione di uomini è presente s'affacciano frequentemente a sorreggere rapporti giuridici patrimoniali attivi o passivi verso altre unità giuridiche; che siffatti complessi sono allora costituiti ad unità da un qualche *scopo*, che può essere ed è indifferentemente ora d'interesse privato e particolare, ora d'interesse pubblico e generale, ora naturale e necessario, ora volontario e contingente, ora permanente, ora transitorio, in grado maggiore o minore; che fonti o cause genetiche di queste formazioni unitarie sono non solo atti costitutivi pubblici o privati, ma anche libere convenzioni od anche fatti involontari di qualsiasi genere, purché producano perfette separazioni di patrimoni. Una condizione sola noi troviamo essere presupposto immancabile per qualsiasi ente che si ponga come termine di un rapporto di diritto privato patrimoniale, ed è che questo ente costituisca un *patrimonio*, vale a dire che presenti *materialmente* un complesso di *beni* sotto una *forma* unitaria e autonoma, cioè senza rientrare ed essere assorbito in altre unità o in un complesso più esteso. Questa forma unitaria è conferita al complesso da uno di questi due fatti fondamentali: il dominio di una *volontà* unica ed assoluta (sempre s'intende nella sfera e nei limiti del Diritto privato), la assegnazione di uno *scopo* obbiettivo (cioè non coesistente nella stessa mentalità con una volontà disponente) ben determinato e localizzato. L'uno e l'altro fatto appartengono alla dinamica sociale e si devono al giuoco delle forze spontanee o politiche organizzatrici della società umana; per farle entrare dal campo economico sociale in quello giuridico, in altri termini, perché siano tenuti in conto dalla tecnica giuridica privatistica occorre inoltre che il diritto obbiettivo (la legge) li *riconosca* in modo generale e speciale, esplicito o implicito, diretto o indiretto.

In questo senso anche i *patrimoni privati* rientrano fra le persone giuridiche, sostituendosi ai *singoli uomini* nel posto di subbietti dei relativi rapporti patrimoniali. Anche qui insomma il subbietto non è *l'uomo*, ma il *patrimonio* incentrato nell'uomo. Infatti l'uomo sparisce, e i rapporti giuridici permangono insieme col patrimonio (successione): ciò significa che il subbietto vero dei rapporti era non il termine mutabile (uomo), ma il termine permanente (patrimonio). La continuazione della persona del defunto nell'erede non è che una finzione che esprime appunto

questo fatto nel solo modo compatibile col sistema che attacca tutti i diritti e le obbligazioni direttamente all'uomo singolo. La necessità del riconoscimento della legge anche per questi patrimoni è poi dimostrata storicamente dal fatto della schiavitù³⁰.

In conclusione. Abbandoniamo pure i sistemi della *finzione*, perché illogici. Ma a patto di sostituire loro un sistema *reale* che non lasci fuori nessuna delle possibili forme e categorie di subbietti giuridici; altrimenti, invece d'un guadagno, la teorica delle persone di diritto privato non avrà fatto che una perdita.

E questo non è possibile, secondo noi, se per ultima *realtà attiva* del diritto patrimoniale non si assuma, in cambio dell'*uomo* o della *collettività umana*, il *patrimonio*. Tale è il sistema che nelle precedenti linee abbiamo appena abbozzato, e che potrebbe sintetizzarsi nel sottoposto *schema* della *personalità giuridica*.



Roma, 2 gennaio 1890.

³⁰ L'uomo implica necessariamente colla sua personalità fisio-psicologica un complesso di *beni* (almeno in forma di attività potenziali) ; ma finché a questo complesso manca un'autonomia sufficiente e riconosciuta dalla legge in modo generale per tutti gli uomini, non ogni uomo è patrimonio in senso giuridico (*universitas juris*), e quindi non ogni uomo è subbietto di diritti.

La teoria della persona giuridica

Gustavo Bonelli

(estratto da *Rivista di Diritto Civile*, 1910, pp. 445-508; 592-673)

[pp. 487-656]

(...) 3. - Il concetto di persona giuridica.

Fissato adunque bene che «oggetto del nostro studio (diremo coll'A.) è la *situazione giuridica privata* delle persone giuridiche», che perciò, messa da parte la questione se convenga o no estendere questa denominazione anche ai subbietti dei rapporti di diritto pubblico, noi non intendiamo occuparci di questi se non in quanto si presentano appunto come subbietti di rapporti patrimoniali, dichiariamo una volta per sempre che quando noi diremo *persone giuridiche* il lettore deve intendere come se dicessimo *subbietti dei rapporti di diritto privato patrimoniale*. La nostra ricerca è diretta appunto a mettere in luce chi sono questi subbietti.

E siamo anche d'accordo coll'A. in ordine al *metodo* da seguire per questa ricerca là dove dice: «Cominciamo dallo stabilire la posizione di fatto». Vale a dire: prendiamo ad esaminare quei casi in cui indubbiamente il diritto costituito (cioè la legge) e la scienza del diritto, ci dicono che esiste una *persona giuridica*. Analizziamo quindi la composizione degli *enti* cui la personalità giuridica è in tal guisa, diremo, di fatto indubbiamente riconosciuta, e vediamo quale degli elementi che entrano in questa composizione è immancabile, e se troveremo che questo elemento è veramente quello che resta in qualche modo modificato dal succedersi dei rapporti giuridici, potremo dire d'aver trovato in esso il substrato della personalità giuridica.

Cosa s'intende anzitutto per metodo sperimentale?

S'intende ricerca spoglia da qualsiasi concetto aprioristico, indagine spassionata dei fatti.

Ma i fatti giuridici sono un po' meno semplici e meno facili a cogliere dei fatti naturali. E del resto anche il naturalista non si accinge all'indagine dei fatti senza una qualche nozione che delimiti il campo della sua ricerca. Prima di cercare le varie qualità di piante

o d'animali per farne una classificazione, il naturalista deve avere in mente una nozione della pianta o dell'animale, sia pure che egli debba lasciar provvisoriamente da parte, fino a definizione più esatta, alcuni esseri che presentano caratteri dubbî per essere compresi nell'uno o nell'altro campo.

Prima di ricercare *quali* sono le persone giuridiche, bisognerà bene sapere *che cosa* è la persona giuridica.

La teorica dominante da Savigny in giù si dispensa affatto da questa prima indagine; essa si propone bene il quesito: *chi sono* i soggetti di diritto, ma assumendo come presupposto che per soggetto di diritto (persona) si deve intendere *l'uomo*. Essa distingue perciò: *a)* le persone; *b)* quelli che il diritto tratta o considera come persone. (Anche il nostro cod. civ., art. 2, si trova tuttora in quest'ordine d'idee). È giustificata razionalmente questa distinzione? Quando noi prescindiamo dal significato psicologico della parola *persona*, che qui è fuori di considerazione, e teniamo invece presente che persone *in diritto* sono unicamente quelle che il diritto obbiettivo considera tali, e neppure l'uomo è persona se il diritto non la considera come tale, dovremo rispondere negativamente.

Noi non stiamo qui cercando chi è persona nel campo della psicologia o dell'etica. In questo campo può esser benissimo che non troviamo altri soggetti che l'uomo individuo; ma è altresì vero che né la psicologia né l'etica hanno bisogno di fingere o di considerare come persone soggetti diversi dall'uomo. Noi stiamo cercando chi è persona nel campo del *diritto* (persona *giuridica*); vale a dire precisamente quali sono gli enti *che il diritto considera come persone*. Qui dunque *esser persona* ed *esser considerato come persona* sono espressioni equivalenti. In altri termini il diritto non distingue fra *persone* e *persone giuridiche*. Il diritto non conosce che *persone giuridiche*. Ma cosa significa *essere considerato dal diritto come persona*?

C'è chi dà a questa espressione il significato che la legge in un qualche suo testo abbia a battezzare, per dir così, col nome di *persona* quegli enti a cui crede di attribuire tale qualità. Cosicché se questa consacrazione formale nella legge non si rinviene, non siamo autorizzati a ravvisare una persona, anche in presenza dei

caratteri che distinguono le persone cui la legge dà questo nome; e viceversa, il battesimo di *persona* basti a crearne una dove non è.

Questa esigenza è illogica, perché il dare i *nomi* alle cose non è compito della legge, ma della scienza. Il legislatore *dispone*, vale a dire comanda, permette o vieta; ma non *definisce* e non *classifica*. Questo spetta a chi dalle disposizioni della legge razionalmente coordinate trae un sistema, una costruzione logica. Con ciò non diciamo che sia precluso al legislatore di valersi dei *nomi*, che sono simboli riassuntivi di nozioni relative a rapporti, a istituti, a enti che sarebbe troppo lungo ed incomodo ripetere ogni volta in forma analitica. Anzi il legislatore se ne vale in fatto spessissimo. Ma diciamo che in quanto adopera i nomi il legislatore non fa testo, perché non fa opera di legislatore, e quindi né si esige da lui una precisione scientifica nello adattarli alle cose definite, né tanto meno che egli adoperi sempre il nome in vece della cosa definita.

Il concetto di *persona* risponde alla manifestazione effettiva di una relazione di *subbieltività* nel campo di certi rapporti giuridici (dei rapporti patrimoniali, per ciò che abbiamo sopra stabilito). Ora dovunque noi troviamo *in fatto* una tale manifestazione, cioè dovunque riscontriamo rapporti patrimoniali riconosciuti e protetti dalla legge, ai termini subbieltivi di questi rapporti dovremo bene anettere la qualifica di *persone*, anche se manca un testo di legge in cui essa sia per loro espressamente consacrata.

Con ciò noi veniamo a negare qualsiasi importanza a quella ulteriore distinzione che fanno molti dei più recenti scrittori tedeschi fra *persone giuridiche* propriamente dette, cioè riconosciute dalla legge, e persone giuridiche *latenti* (Kohler)¹⁾, o *non riconosciute* (*verkannte*) (Leonhard), o persone *in senso lato* (Hölder), o *quasi persone* (H. Goldschmidt), intendendo per tali quelle che la legge *tratta* o *considera come persone senza riconoscerle espressamente*. Così Stobbe (*Deutsch. Privatrecht*, II, p. 65) parlando delle *Gesamthandverbände* dice che non sono vere persone giuridiche, ma *valgono come tali* (*wie solche gelten*).

1) Egli le chiama anche persone *costruttive*, per denotare che la legge non le qualifica espressamente tali, ma sono il risultato della costruzione giuridica che occorre per spiegare i rapporti in cui effettivamente si trovano. (Tali sono per lui il nascituro, l'eredità giacente, i comitati d'oblazione) (KOHLER, *Lehrb. burg. Rechts*, 151).

Questa espressione è frequentissima, fra gli scrittori tedeschi, per le *società in nome collettivo*. Altri, come Hellwig (*Anspruch u. Klagerecht*, p. 295), ammette l'esistenza di *Sondervermögen* autonomi che non sono persone giuridiche, ma *sono trattati come tali* (*gleich einer solchen behandelt werden*). Similmente Dernburg coi suoi *Sammelvermögen* (*preuss. Privatrecht*, I, p. 279). Una siffatta distinzione rassomiglia perfettamente, ma in peggio, alla precedente tra *persone* e *persone giuridiche*, e non ha altro fondamento che nel disconoscere i limiti fra il compito del legislatore e quello della scienza, dimenticando che il primo dispone e non classifica, e la scienza, che classifica, deve dare il nome di persona precisamente a tutti quegli enti che la legge *considera* o *tratta* come tali, indipendentemente dall'averne o no fatto oggetto di esplicita qualificazione. Il *peggio* poi sta in ciò, che qui non si ha nemmeno un motivo di distinguere, com'è quello che può valere di fronte alle persone *naturali*.

Hans Goldschmidt, che più si è trattenuto su questo argomento nel suo studio sulla *curatela ereditaria* (*Die Nachlasspflegschaft*, 1905), che egli intitola «fondamento per una teoria delle *quasi-persone*», così giustifica la distinzione (§ 53): «altro è che un fenomeno rientri per sua natura in una data classe di fenomeni, e *perciò* sia soggetto al trattamento di questi, altro che esso abbia lo stesso trattamento *benché* non vi rientri». Allora si ha (egli dice) una *finzione legale*, la quale non dice che una cosa *sia* per la legge ciò che non è nella realtà, né che debba pensarsi come reale ciò che non è, ma solo che una cosa ha un eguale trattamento d'un'altra. E cita come esempi di simili *finzioni* alcune disposizioni di leggi: il § 142 cap. 2 e il § 1405 cap. 2 del cod. civ. germ., il primo dei quali equipara la conoscenza della revocabilità d'un atto alla conoscenza della sua nullità, e il secondo riguarda come consenso del marito al commercio esercitato dalla moglie la sua tolleranza. Ma questi due esempi sono così lontani dal caso nostro che non val la pena di trattenerci. Più vicino è il caso, pure da lui citato, delle disposizioni penali con cui si puniscono *come ladri* o *come bancarottieri*, ecc., i colpevoli di reati affini. Ma per applicare lo stesso processo di equiparazione al caso della *persona*, bisogna ammettere che preesista una nozione di *persona* ben precisa in cui quelle figure affini non rientrino. Allora ha un senso la distinzione marcata col contrapposto fra *perciò* e *benché*. Ma la nozione di *persona* (giuridica) è una nozione che la scienza deve

indurre appunto e unicamente dalle disposizioni della *legge*, non *aliunde*. Epperò dovunque noi troviamo nella legge il trattamento di persona dobbiamo concludere all'esistenza della persona e non al trattamento di non-persona *come se fosse persona*.

Questo A. dalla diversa espressione della legge al § 125 cod. com. (società collettiva) e al § 210 (società anonima) crede dedurre che queste ultime sono persone giuridiche e le prime sono *trattate come* persone giuridiche. Il primo di questi articoli dice che la *società collettiva* «può sotto la sua firma acquistare diritti e incontrare obbligazioni»; il secondo dice che la *società anonima* «ha come tale i suoi diritti e le sue obbligazioni». La differenza non è tra il *poter acquistare* e *l'aver*, poiché la società che ha acquistato i diritti li *ha*. Dunque restano le due espressioni, *unter ihrer firma* usata per la collettiva e *als solche* per l'anonima. Ma le due frasi vogliono dire per l'appunto la stessa cosa, e cioè tanto l'una che l'altra società acquistano ed hanno diritti *in quanto* si presentano per legge nella rappresentanza sociale, come *enti distinti* dai soci che la compongono²⁾.

Proseguendo, col metodo sperimentale, nell'osservazione dei fatti, noi troviamo che la personalità *lato sensu* ha due *manifestazioni*: una più elementare, che consiste nella semplice possibilità di entrare *in forma unitaria* in rapporti giuridici patrimoniali con altri subbietti, pur rimanendo distinti gli elementi interni che entrano a comporre quella tale unità, perciò puramente *formale*; l'altra in cui anche questi elementi interni si presentano unificati e saldati insieme così da formare un subbietto solo. E siccome parliamo di rapporti patrimoniali, diremo più precisamente, si ha una personalità *puramente formale*, quando più patrimoni pur rimanendo completamente distinti, hanno per un qualche scopo comune una *rappresentanza* legale unica allo esterno, cosicché gli atteggiamenti attivi o passivi di questa rappresentanza riverberano i loro effetti su loro, come se distintamente avessero agito o patito. Si ha personalità completa e sostanziale, la *personalità vera e propria (stricto sensu)*, quando questi effetti sono risentiti da un patrimonio solo, sia pure derivante da singoli elementi patrimoniali, e con questi collegato, ma considerato dal diritto come distinto (autonomo) dai patrimoni genitori.

2) Sulla perfetta equivalenza delle due espressioni cf. CANSTEIN, *öster. Handelsrecht*, I, p. 443 e seg.; MEURER, *Jurist. Personen*, p. 77.

E ancora: si ha personalità *puramente formale* quando una parte di un patrimonio si presenta con una destinazione e una rappresentanza legale propria, distinta da quella del patrimonio da cui *appare* perciò staccata, mentre in realtà gli effetti degli atteggiamenti di tale rappresentanza sono risentiti in modo immediato dal patrimonio complessivo; e si ha personalità sostanziale e completa, la personalità vera e propria, quando questa separazione è effettiva, cosicché ciascuna parte dell'antico patrimonio risente per sé gli effetti del modo di comportarsi soltanto della rispettiva rappresentanza.

Così un ente di diritto pubblico con propria dotazione si presenta come persona, ma puramente formale, per la rappresentanza che spiega all'esterno, *finché* gli effetti del comportarsi di questa rappresentanza colpiscono o possono colpire il patrimonio dello Stato. Si ha invece la *persona* nel senso vero e proprio, quando è esposta solamente quella dotazione come patrimonio a sé.

E quel che si dice degli enti di diritto pubblico, assunti come unità già organizzate per fini sociali di vario genere, dicasi del singolo individuo umano. La personalità giuridica dell'uomo ha questo significato, della sua attitudine a entrare in rapporti giuridici patrimoniali. Nei periodi storici in cui questa attitudine non è riconosciuta a tutti, non tutti sono *persone*, sebbene fuori dei rapporti patrimoniali possa ammettersi anche nel *filiusfamilias* un certo grado di capacità³⁾, e sebbene una certa personalità *formale* venga attribuita negli stessi rapporti patrimoniali perfino allo schiavo.

Di qui si vede che il carattere fondamentale della personalità è l'*autonomia*; autonomia puramente formale, o formale e sostanziale, secondo i due gradi di personalità⁴⁾.

3) Il *filiusfamilias* romano non aveva personalità privatistica, era *alieni juris*, ma era soggetto di diritto pubblico (l. 9, D. 1, 6).

4) Nella teoria di MEURER (*die iuristische Personen*) il concetto di personalità *formale* è diverso. Egli l'applica alle *società commerciali*, cui nega la vera *personalità giuridica*, perché la ritiene inconciliabile colla *collettività* sociale. Solo all'esterno, egli dice (p. 79), la società *funziona come una persona giuridica*; internamente resta una collettività. Questo modo di ragionare è diffusissimo (come vedremo), e il suo equivoco consiste nel credere che sul concetto di persona possa influire la diversa conformazione interna dell'ente che come persona si comporta. Mentre tutto il significato della personalità si sostanzia appunto nell'atteggiamento *esteriore* dell'ente, cioè nei suoi *rapporti con gli altri enti*.

Fuori del campo patrimoniale, nei rapporti di subordinazione e coordinazione che costituiscono l'oggetto del diritto pubblico, la cosa è diversa. E pur assumendo a base della nozione di subbietto pubblicistico un certo grado di autonomia, si tratterà sempre di autonomia *puramente formale*. Questa infatti è concepibile anche senza patrimonio. Più enti di diritto pubblico che entrano in rapporto fra loro a causa delle rispettive funzioni politico-amministrative non spiegano che una subbiettività rappresentativa d'ordine formale.

Diciamo adunque, lasciando da parte la manifestazione *puramente formale* di personalità, che è fuori del nostro tema, che *personalità giuridica*, nel senso che noi assumiamo, è l'attitudine legale (capacità) di entrare in rapporti giuridici patrimoniali *sostanzialmente autonomi*, cioè tali che in modo immediato non comunicano i loro effetti in altri patrimoni.

Persona giuridica è l'ente che possiede tale attitudine.

Diciamo *in modo immediato*, perché il collegamento economico che rimane fra le unità genitrici e quella generata fa sì che in qualche misura le modificazioni che subisce il patrimonio di questa possano essere mediatamente e per riflesso risentite dai patrimoni da cui geneticamente dipendono: ciò non altera l'*autonomia patrimoniale*, che caratterizza la personalità.

La personalità (personificazione) è opera intieramente della legge: non si è persona senza esser riconosciuto tale dal diritto obbiettivo. Ma la legge deve conferire la personalità a un ente *personificabile*, cioè tale che abbia già in sé gli elementi atti per entrare in rapporti giuridici patrimoniali. Non parlo degli organi che occorrono per mettere in essere i rapporti volontari d'azione, poiché questi possono esser forniti anche dalla stessa legge, mercé disposizioni dirette ad *organizzare* la rappresentanza dell'ente. Ma alludo agli elementi intrinseci indispensabili perché si possa parlare di rapporti patrimoniali dell'ente, cioè agli elementi economici (*beni*) raccolti e unificati da uno *scopo*. Senza di ciò la *personificazione* non crea in realtà una *persona*, almeno nel senso proprio ora spiegato.

Invece non entra fra gli estremi necessari al concetto di *persona giuridica*, cioè necessari a ravvisare in un ente l'attitudine legale ad entrare in rapporti giuridici patrimoniali autonomi, la *perpetuità*

o *permanenza* anche relativa dell'ente stesso o dello scopo a cui deve la sua autonomia, e tanto meno il carattere di *pubblica utilità* dello scopo. Su questi punti troviamo concorde il nostro A. (p. 447 e seg., 451 e seg.). «Manca ogni fondamento positivo (egli dice) per limitare gli scopi delle persone giuridiche a quelli che presentano una natura permanente, perché la forma della personalità può essere impiegata anche per scopi transitori... Il soggetto non può farsi dipendere dalla vita lunga o breve per cui è chiamato a funzionare» (p. 448). E a chi, premesso che la persona giuridica *deve* avere uno scopo di *pubblico interesse*, scende alla *malinconica constatazione* che nel fatto *disgraziatamente non è così*, l'A. osserva molto giustamente che «ciò è la miglior prova che questo requisito non esiste» (p. 454).

Ma la provvisorietà dello scopo porta indubbiamente nelle persone giuridiche dei caratteri speciali che autorizzano a distinguerle nettamente dalle altre. Esse servono in sostanza di ponte di passaggio tra forme definitive di personalità, sono stadi di transizione resi necessari dallo svolgimento di un qualche processo economico speciale a cui vien sottoposto un complesso di beni nell'interesse delle persone da cui provengono o di quelle a cui sono destinati. Di ciò meglio in seguito.

Dalla distinta genesi suddescritta della persona giuridica si vede anzitutto subito quanto sia fallace la teorica che connette indissolubilmente il concetto di persona giuridica col concetto di *aggruppamento*.

È un pregiudizio diffusissimo, al quale partecipa, come vedemmo, anche l'autore, e che si collega coll'altro pregiudizio più fondamentale, di cui or ora parleremo, per cui la personalità è una nota inscindibile dalla *umanità*.

Invece l'esperienza più elementare ci mostra persone giuridiche, indubbiamente tali, perché tali da tutti riconosciute, che nascono senza nessun aggruppamento; persone che nascono *per separazione*, anziché *per coesione*. Tizio destina una parte del suo patrimonio a un'opera di beneficenza, e fonda un ospedale. Questa fondazione, se riconosciuta, è persona giuridica. Qui non esiste nessun gruppo: ma siccome il postulato aprioristico porta che debba esistere, poiché le persone che non sono uomini devono essere gruppi

d'uomini, così si va a pescare il gruppo degli interessati (i malati), affatto estranei al subbietto, o il gruppo degli amministratori (anche quando è un amministratore solo), e si elevano a soggetti giuridici in un patrimonio che nessuno direbbe esser *loro* in nessun senso.

Così pure la *personalità giuridica* (cioè la qualità di persona giuridica) nel senso privatistico da noi assunto viene talora data dalla legge a soggetti già disposti a riceverla, perché già funzionanti formalmente come *unità autonome* in altro campo, e precisamente nel campo del diritto pubblico. Quando i *municipii* e altri enti pubblicistici vennero *riconosciuti capaci patrimonialmente nel diritto privato* (vedi l'A. a p. 31), non si può dire che codesta nuova persona fosse nata per aggregazione. «Il riconoscimento della personalità in questi gruppi (territoriali) – così il Michoud (I, p. 301) – è fatto dalla legge implicitamente; esso risulta dalle disposizioni diverse che permettono loro di amministrare direttamente i loro propri interessi collettivi e di possedere un patrimonio».

Ora qui si ha un subbietto che preesisteva, sia pure come subbietto d'altro ordine e con autonomia puramente formale; ma in quanto s'affaccia alla vita giuridica patrimoniale, deve dirsi nato *per separazione*, da che comincia a provvedere in modo autonomo, cioè con fondi propri, a servizi e bisogni cui provvedeva prima il patrimonio dello Stato.

Il caso è analogo a quello dello *schiaivo*, nel cui peculio esisteva già il germe della personalità, che il diritto obbiettivo non ha dovuto che proclamare.

In altri termini: vi sono persone giuridiche la cui nascita avviene *per aggruppamento* di porzioni di patrimonio che si fondono e si unificano, altre che nascono invece *per separazione* di una parte di patrimonio che si rende autonoma, sia inerendo a una personalità d'altro ordine che ne viene investita, sia all'infuori di ogni preesistente subbietto formale.

4. Il substrato della persona giuridica e i suoi requisiti essenziali.

Questa è pertanto la triplice *genesì* degli enti dotati di personalità giuridica: per *aggruppamento* (tipo: società, associazione), per *separazione* pura e semplice (tipo: fondazioni), per *separazione*

con attribuzione a preesistente personalità d'altro ordine (fisica, politico-sociale).

A questa distinzione, istituita dal punto di vista *genetico*, e che non manca d'analogia colla triplice distinzione dei subbietti giuridici generalmente seguita, si accosta, come or ora vedremo, quella che può istituirsi dal punto di vista *strutturale*, cioè dell'interna composizione di ciascuna categoria di enti.

L'analisi di questa composizione deve portarci alla soluzione del problema della personalità, a stabilire, cioè, qual'è il *substrato* comune a tutte le persone giuridiche, immancabile in mezzo alla varietà delle loro manifestazioni, l'elemento che possa assumersi come caratteristico e in cui risieda il fondamento della loro comune qualifica, l'elemento infine a cui fanno veramente capo come a loro *termine* subbiettivo i *rapporti* giuridici della persona.

Quali sono le esigenze *logiche* a cui deve rispondere un tale elemento? Cioè quali sono i suoi *requisiti essenziali*?

1° Anzitutto esso deve essere un *quid* reale, come è reale il subbietto, come sono reali i rapporti giuridici che vi fanno capo. E non solo reale nel senso che non sia *una finzione*, ma anche nel senso che non sia *un'astrazione*. Non può vedersi che un abuso di linguaggio nel ridurre il subbietto giuridico ad una *relazione*, come fa p.e. il Binder (*Das Problem der juristischen Persönlichkeit*, 1907 p. 48, 49). Una relazione (osserva in proposito giustamente Hölder in *Jhering's Jahrb.*, 1908, p. 47 e seg.) non si concepisce senza *qualcosa che si trovi* in relazione, e la relazione non esprime che un lato dell'esistenza di questo *qualcosa*. Credito e debito sono relazioni, ma non ne viene che siano relazioni il creditore e il debitore. Così non si può fissare il substrato del subbietto nello *scopo*.

E dev'essere reale anche nel senso di essere una realtà *attuale*, non già *passata* o *futura*, poiché attribuire la subbiettività di rapporti presenti a una entità la cui esistenza si è compiuta o non si è ancora iniziata significa attribuirle ad una *finzione*.

2° In secondo luogo il substrato deve essere *interno* all'ente. Ciò è ovvio: substrato significando appunto, come dicemmo, l'elemento fondamentale, immancabile, essenziale fra quelli che compongono l'ente, e non può andarsi perciò a cercare *fuori* di esso.

3° Un terzo requisito che dobbiamo necessariamente riscontrare nel substrato della persona giuridica è *l'unità*. Una pluralità non può essere assunta come termine di un rapporto giuridico se non a patto di essere in qualche modo unificata. Né l'A. si sottrae a questa esigenza, come lo provano i tentativi sopra esaminati di dare unità alle sue collettività, ai suoi gruppi umani, in cui pone egli il substrato della personalità. «Contitolarità e coobbligazione di molti (dice egli a p. 292) è la negazione del concetto di persona giuridica».

4.° Ma la persona non è il subbietto di *un* dato rapporto. La vita della persona si svolge in una *serie* di rapporti, di fronte all'avvicinarsi dei quali essa permane la stessa. Il substrato deve essere perciò *immanente* al subbietto. Un elemento che può mutare o sparire senza che il subbietto cambi o venga meno non può essere assunto a substrato del subbietto.

5.° Inoltre il substrato deve essere *individualmente distinto* per ciascun subbietto, pur restando *nella sua natura* comune a tutti i subbietti, cioè *omogeneo*. Due *persone* non possono avere un medesimo substrato, altrimenti formerebbero una persona sola. Non è impossibile che una persona entri come elemento costitutivo d'un'altra persona, ma senza confondersi con questa; se la confusione avviene, vuol dire che non si hanno più due persone, ma l'una ha assorbito l'altra o entrambe ne hanno generato una terza. Finché continuano ad esser due persone, devono anche avere un distinto substrato. Un elemento non può presentarsi nello stesso tempo come substrato di due distinti subbietti. Senza questo requisito non può parlarsi di *autonomia patrimoniale*, che è il carattere fondamentale della personalità, perché l'autonomia consiste appunto nell'affermarsi di un subbietto di fronte agli altri come distinto e avente vita propria e indipendente.

6.° Finalmente, pur avendo una individualità distinta, il substrato deve essere *omogeneo*, cioè di uguale natura in tutte le categorie di subbietti. Questa non è che la parafrasi del postulato: noi cerchiamo infatti, e tutte le teoriche della personalità si propongono di ricercare, qual'è il substrato *della* persona giuridica, non *di una* data persona o categoria di persone. E secondo la diversa concezione del rapporto giuridico, o secondo l'importanza data a un elemento piuttosto che a un altro, si fa capo dove al portatore della *volontà*,

dove al portatore *dell'interesse*, dove alla combinazione di entrambi, ovvero a qualche astrazione dedotta dalle qualità più generali del subbietto, per farne il fulcro, il punto centrale, il vero tabernacolo della personalità, ma sempre *per tutte* indistintamente le persone. Naturalmente non sempre è facile alle varie teoriche mantenere nelle applicazioni questo punto di vista, ma indubbiamente il postulato logico di tutti i sistemi è questo: fissare, per via dell'analisi dei vari subbietti, qual'è il *concetto di persona* nel diritto.

Anche l'A. si propone di dare una *concezione unitaria* della persona, ed enuncia solennemente che «il concetto di persona giuridica è unico in tutte le sue manifestazioni» (p. 18, 19). Ma questo suo proposito tende alla inclusione, nel novero delle persone, dei soggetti di diritto pubblico. Con che la determinazione d'un sostrato unico per tutte viene per l'appunto resa impossibile per la diversa natura dei rapporti cui i subbietti si riferiscono.

I rapporti patrimoniali sono d'uguale natura in qualunque categoria o varietà di subbietti. Ciò conferma che della stessa natura dev'essere in tutti il substrato della personalità.

Il substrato è necessario alla *persona*, effettiva, allo svolgersi effettivo dei suoi rapporti, alla sua vita; e dovrebbe esserlo perciò egualmente al conferimento della *personalità*, cioè della *capacità giuridica* di entrare in rapporti patrimoniali autonomi, di esser subbietto giuridico, persona. Ma questa capacità giuridica è una qualità prestata *dalla legge*. Certo la legge non procede a capriccio in questa sua funzione di creatrice delle personalità. Ma il fissare quando e con quali condizioni il legislatore debba riconoscere in un ente la personalità giuridica non è tema che rientri nella tecnica del diritto. Questa prende i fatti come sono, i prodotti legislativi come li trova. Ora non è affatto impossibile che in qualche caso il legislatore si affretti, prima di constatare l'esistenza del substrato personificando, a dotare di personalità un ente che non ne ha bisogno, o a cui è sufficiente una personalità puramente formale, alla quale il nome di *persona giuridica* non dovrebbe essere applicato. Si hanno allora delle persone *puramente nominali*; che è il fenomeno opposto a quello già sopra accennato di enti che funzionano, nell'ambito della legge, come persone, senza che la legge dia loro questo nome. Se non che a questi la personalità è conferita dalla legge in modo implicito, per via, diremo quasi,

di tolleranza, ma non meno realmente ed efficacemente che colla espressa attribuzione del nome. Quindi in essi dovremo riscontrare il substrato della personalità, che manca invece là dove la persona esiste soltanto di nome.

5. Analisi dell'ente persona. Le connessioni tra l'uomo e il patrimonio.

Bisogna dunque stabilire anzitutto quali sono gli *elementi* che entrano a *costituire* l'ente che noi chiamiamo persona, cioè il subbietto dei rapporti di diritto patrimoniale, poiché è necessariamente fra essi che deve rinvenirsi il substrato della persona.

L'A. che, almeno per una delle tre categorie (fondazioni), aveva trovato esistere combinati i seguenti elementi: *uomini che agiscono, beni, destinatari* (similmente nei *Preliminari* a pag. 7: gruppo *d'uomini, scopo, patrimonio*), quand'è all'ultimo capitolo, che egli intitola *requisiti delle persone giuridiche*, enuncia che «da una analisi rigorosa del substrato delle persone giuridiche risultano come *elementi costitutivi*: 1.° una *associazione od organizzazione di uomini*; 2.° uno *scopo*; 3.° il *riconoscimento* del diritto obbiettivo». Il patrimonio resta confinato fra i *falsi-requisiti*.

Lascio andare l'improprietà di definire come *requisiti* gli *elementi costitutivi*. Lascio andare altresì che qui si tengono d'occhio le persone giuridiche in senso tecnico, ad esclusione dunque dell'uomo singolo, che pure come subbietto giuridico dovrebbe presentare gli stessi elementi costitutivi degli altri subbietti giuridici. Lascio andare infine l'osservazione già fatta dell'assumere come elemento costitutivo un *gruppo* di uomini, mentre, nel sistema stesso dell'A., tanto il substrato della categoria *associazioni*, quanto, e più spesso e in modo permanente, quello delle *amministrazioni* si possono ridurre a un individuo solo.

Veniamo al sostanziale. Dei tre *requisiti* (?) qui enumerati, due non possono certo qualificarsi come *elementi costitutivi* cioè componenti la personalità. Non lo *scopo* che formerà il vincolo unificativo, la *ragione di esistere*, come dice lo stesso A. (p. 404), lo stimolo della cooperazione, ciò che si vuole, ma insomma è una astrazione, che non può davvero assumersi come una delle

parti componenti nella struttura interna dell'ente. Molto meno il *riconoscimento* della legge, elemento estrinseco, di fondamentale importanza senza dubbio, perché è la vera fonte della personalità, ma non può in nessun modo chiamarsi un *elemento costitutivo* della personalità stessa, risultante dall'analisi della sua composizione interna.

Resta dunque, come risultato di questa analisi, solo substrato reale della personalità l'*associazione* od *organizzazione di uomini*, vale a dire insomma *degli uomini* in qualche modo uniti insieme. Lo *scopo* e il *riconoscimento* sono modalità che valgono a *qualificare* questa unione di uomini, ma nulla le aggiungono di reale.

Ma come conciliare questo risultato colla nozione (a cui in sostanza aderisce anche l'A.) di *subbietto di rapporti patrimoniali* adottata per la persona giuridica? Sono concepibili rapporti patrimoniali senza patrimonio?

Se si può comprendere un sistema che rilutti a fare del patrimonio il substrato vero della personalità giuridica, non si comprende un sistema che lo elimini addirittura dai suoi elementi essenziali. O meglio, lo si comprende solo quando la nozione della personalità giuridica si estenda fuori del campo patrimoniale e vi si includa la personalità *formale*. La personalità pubblicistica non ha certo assoluto bisogno del patrimonio, come non ne ha bisogno la personalità fisica, finché l'una e l'altra si considerano fuori dei rapporti privati patrimoniali. Ma l'A. non si contenta di bandire il patrimonio da questi campi, ad esso infatti concettualmente estranei, come estranei al concetto della personalità giuridica nel senso da noi adottato: egli pretende bandirlo dallo stesso campo del diritto patrimoniale, sostenendo l'esistenza di soggetti di rapporti giuridici patrimoniali senza patrimonio, farne perciò un elemento affatto accidentale, o, come egli dice, un *falso requisito*.

Noi invece assumiamo come dato di fatto che tutte le diverse categorie di *persone* conosciute dal diritto privato si riducono ad atteggiamenti varî dell'elemento umano coll'elemento patrimoniale immancabile e indispensabile.

Nella costruzione della personalità giuridica ha sempre dominato fin qui il preconconcetto antropocentrico: ogni rapporto di diritto deve far capo all'uomo. Né il nostro A. ha saputo staccarsene. L'analisi

del subbietto s'arresta a questo elemento irriducibile: associazioni umane; uomini.

Cominciando dal sistema della *finzione*, che conosce due grandi categorie di subbietti: uomini veri e uomini finti, tutti i sistemi che per varie direzioni reagirono contro questo sistema dominante, compresi quelli di Brinz e di Bekker, insisterono nel postulato: l'uomo e l'uomo soltanto è il soggetto dei diritti, giungendo immancabilmente a uno di questi risultati: di lasciar fuori di considerazione intiere categorie di subbietti giuridici o di ricadere inconsapevolmente nel sistema che intendevano combattere.

Quali le ragioni di questo lungo persistere del pregiudizio antropocentrico? Soprattutto:

1.º una ragione *psicologica*: alla nozione del diritto subbiettivo si suole anettere l'idea d'una facoltà d'ordine spirituale, quale non si rinviene che nell'uomo; il punto di vista teleologico tende a prendere il sopravvento sugli altri nella tecnica del diritto.

2.º e una ragione *storica*: gli enti patrimoniali che non fanno capo a un investito umano fanno molto tardi la loro apparizione nella genesi dei subbietti giuridici, e la costruzione tradizionale del diritto privato ha la sua base primitiva nella subbiettività dell'individuo, il suo punto di partenza nell'idea di *proprietà*.

L'uomo dunque è il substrato del subbietto giuridico. Subbietto giuridico esso stesso, riempie tutta la personalità nella prima categoria di subbietti. Nelle altre due categorie, dove ciò non accade, questo substrato deve rinvenirsi ugualmente in lui; e si tratta soltanto di stabilire in quale sua connessione coll'ente personificato egli va assunto come substrato della personalità. E qui la risposta varia secondo la varie teorie.

Tale il concetto dominante da secoli.

Il pregiudizio antropocentrico si manifesta: 1.º nel confondere col rapporto *giuridico* il collegamento d'*investitura*, o, più genericamente, di utilizzazione fra l'uomo e il patrimonio, il quale collegamento costituisce, se mai, il *fine* della personalità giuridica, ma sta fuori della sfera d'attività di questa; 2.º e nel subordinare il rapporto patrimoniale al *rapporto d'azione* che normalmente lo precede e che di fronte a quello ha semplice ragione di *mezzo* a

fine. Nel primo caso si confonde il soggetto del rapporto giuridico col soggetto dell'interesse o del godimento; nel secondo caso lo si confonde col soggetto della volontà o dell'azione. La elasticità della parola *diritto* colla molteplicità di sensi a cui si adatta perpetua l'equivoco.

Senza dubbio l'uomo (individuo) è sempre il subbietto del rapporto d'azione. Ma l'uomo può agire *non per sé* o *non per sé solo*: ciò significa che egli non è il subbietto del rapporto giuridico a fondare il quale quell'azione è diretta; il subbietto è un altro, a cui egli può essere estraneo affatto, oppure può appartenere come semplice elemento costitutivo. E anche quando agisce *per sé*, se la sua azione intende a porre in essere un rapporto *patrimoniale*, non è lui individuo, la sua personalità fisica o psicologica che quel rapporto modifica, ma per l'appunto il suo patrimonio. Agire, disporre, volere, sono, è verissimo, attributi essenzialmente umani. Ma essi, cioè i rapporti in cui si esplicano per un movente economico, sono diretti ad un fine, e precisamente alla creazione di un rapporto i cui punti terminali sono esterni ai subbietti che lo pongono in essere, anche se il rapporto così creato riguarda un loro *interesse*.

«La volontà (lo diremo coll'A.), è elemento necessario per l'*attuazione* del diritto, non per la *titolarità* del diritto ... le persone chiamate a formare la volontà dell'ente collettivo non sono i soggetti dei diritti dell'ente» (p. 144). O come dice Ihering (*Geist des röm. Rechts*, III, p. 332): «Das Recht ist nicht des Willens, sondern der Will ist des Rechts wegen da». E quello che l'A. dice dell'ente collettivo è vero per tutte le categorie di subbietti giuridici patrimoniali.

Se il subbietto della personalità dovesse riporsi nel subbietto dell'azione, noi dovremmo dire che il vero titolare del diritto è quegli che ha la gestione nell'interno del subbietto, cioè l'*amministratore* del patrimonio.

Ma ciò contraddirebbe a parecchi dei caratteri che logicamente abbiamo visto doversi attribuire al substrato del subbietto.

Non sarebbe un substrato *immanente*. Infatti il subbietto dei rapporti d'azione cambia facilmente; cambiano le persone (fisiche) cui è affidata l'amministrazione d'una fondazione o d'una corporazione, ma la fondazione o la corporazione rimane la stessa persona giuridica. E lo stesso avviene nei subbietti individuali, se, p.e., divengono incapaci:

l'amministrazione dell'incapace passa ad un'altra persona fisica; ma il subbietto giuridico dei rapporti che riguardano il suo patrimonio resta invariato. Ma v'è di più. Si danno casi in cui una persona (giuridica) esiste, ed esistono rapporti giuridici che esigono logicamente un subbietto presente, eppure manca un possibile subbietto di rapporti d'azione. Poiché non necessariamente il rapporto giuridico presuppone un rapporto d'azione per nascere, e molto meno per continuare a sussistere una volta nato. Rapporti d'obbligazione che vincolano la persona possono sorgere per legge o per fatti di varia natura, senza che v'abbia contribuito una volontà a ciò diretta. E così pure rapporti contrattuali, una volta fondati, seguitano ad esistere e a vincolare la persona, pur essendo venuto meno il subbietto dell'azione contrattuale, e pur mancando, sia pure temporaneamente, alla persona stessa, la persona fisica, l'uomo, che possa mettere in essere nuovi rapporti d'azione, pur mancando, insomma, un amministratore.

Inoltre il subbietto cui fanno capo i rapporti d'azione d'una data persona, p.e. di una certa fondazione, può trovarsi, anzi, si troverà certamente subbietto di altri rapporti d'azione che si riferiscono ad altra persona, non fosse altro a quelli che riguardano la propria persona individuale. Sicché quando queste due persone vengono a trovarsi in rapporto fra loro, avendo un identico substrato, si avrebbe un rapporto che farebbe capo a sé stesso. Manca insomma all'amministratore, assunto come substrato del subbietto giuridico quel carattere di *distinzione* che la logica reclama, e senza il quale il rapporto fra i rispettivi subbietti non è concepibile.

Manca il carattere dell'*unità* quando gli amministratori sono più.

Infine l'assunzione di un tale substrato rende assai difficile al sistema che la adotti di serbare il carattere di *omogeneità* tra le varie categorie di subbietti, perché vi sono subbietti a cui è estremamente arduo assegnare come substrato l'amministratore, anche se questo non manchi. Non conosco che un sistema che abbia spinto la sua logica fino al punto di mantenere questo substrato in tutti i subbietti: è quello recente di Hölder, il quale deve perciò chiamare subbietto del patrimonio del pupillo il tutore che lo amministra, contraddicendo alle esigenze più elementari del buon senso⁵⁾. Ma il Leonhard che assume

5) Ha trovato però un aderente in BINDER, *Das Problem des jurist. Persönlichkeit*, 1907.

l'amministrazione a substrato di tutte le persone giuridiche in senso tecnico, cioè di tutti i subbietti all'infuori del subbietto individuale, si pone già in contrasto col canone dell'omogeneità dei substrati. E più vi si pone il nostro A. quando limita alla sola categoria delle fondazioni un tale substrato, come se fosse possibile che il concetto di personalità cambiasse da una categoria all'altra di persone.

Oltre che come subbietto del rapporto d'azione con altri subbietti, l'uomo individuo può esser considerato come trovantesi in qualche connessione *coi beni* dell'ente *persona* giuridica. Connessione di *fatto* o di *diritto*. Vediamo se in alcuna di queste connessioni ci è dato di scorgere in lui il substrato della personalità.

L'uomo si trova anzitutto spesso in connessione *genetica* col subbietto, in quanto questo viene a nascere per un atto volontario di lui, o per un suo fatto anche involontario, implicante separazione di tutto o di parte del suo patrimonio, che va così a costituire un subbietto distinto (rapporto *costitutivo*).

Questa è una connessione di fatto; essa è stata talora sfruttata per collocarvi il substrato della personalità nei subbietti nati *per separazione*, cioè in specie nella terza categoria di subbietti. Ma che ciò non sia ammissibile, risulta dalla impossibilità logica di assegnare a un subbietto di rapporti *attuali* un substrato *passato*. Sicché o l'uomo che fu generatore del subbietto si mantiene tuttora in qualche connessione con questo, e allora sarà in questa nuova connessione, non nel rapporto genetico, che si dovrà vedere la giustificazione della sua assunzione a substrato del subbietto; o questo non è, e allora una tale costruzione deve necessariamente fondarsi su di una *finzione*. E niente altro che ad una finzione fa capo, per esempio, la teorica che dà come substrato del subbietto fondazione *la volontà del fondatore* (che separata dal cervello in cui risiedeva non è più che un'astrazione), o quella che dà come substrato del subbietto eredità giacente *il defunto*. Inutile perciò insistere sugli altri difetti d'una simile costruzione, fra cui la sua inapplicabilità ad altri subbietti, e quindi la mancanza di *omogeneità* di un siffatto substrato.

Anche se l'individuo da cui procede la nuova personalità continua ad esistere, non può mai ravvisarsi in lui il titolare di questa, dal momento che esso resta con una personalità propria e *distinta*,

che può anche entrare in rapporto colla nuova, la quale appunto al fatto della *separazione* da quella deve la sua esistenza di persona.

Connessioni *attuali* fra l'uomo e il patrimonio sono :

1.º il rapporto d'*amministrazione*, considerato non più nella sua estrinsecazione in rapporti d'*azione* con altri subbietti, ma come complesso di facoltà dispositive più o meno late dell'uomo *sulle cose* che compongono il patrimonio;

2.º il rapporto d'*utilizzazione* (sfruttamento, godimento) dei beni, suscettibile anche questo di molteplici gradazioni, secondo l'estensione e il genere di utilità che l'uomo può trarre dal patrimonio;

3.º può darsi infine un'ultima connessione tra l'uomo e il patrimonio, che può chiamarsi rapporto d'*aspettativa*, considerato dal lato dell'uomo dal quale il patrimonio dovrà a suo tempo essere utilizzato, e rapporto di *destinazione* dal punto di vista del patrimonio, amministrato provvisoriamente in vista d'un subbietto di utilizzazione futura.

Tutte queste connessioni fra l'uomo e le cose che costituiscono il patrimonio sono, per sé stesse, connessioni *di fatto*; di fatto presente le prime due, di fatto avvenire la terza. Come tali, affatto contingenti e incapaci di darci il substrato della subbiettività giuridica. Possono però acquistare carattere di *diritto*, e ciò accade quando la legge assicura la sua protezione diretta all'uomo che si trova e vuol mantenersi in una di siffatte connessioni. Ma anche in questo caso noi non possiamo senz'altro, cioè per la sola ragione del trovarsi l'individuo umano in tale connessione munito di diritto, riporre in esso il substrato della personalità .

Che una connessione meramente di *fatto* non basti a dare il substrato d'una subbiettività giuridica è chiaro, poiché gli elementi che compongono il subbietto giuridico devono trovarsi tra loro *giuridicamente* collegati. Come può assumersi a substrato di un subbietto un uomo che non ha entro di esso alcun diritto?

Nel rapporto d'*amministrazione* una certa connessione giuridica sembra veramente ravvisarsi anche là dove manca all'amministrativo il *diritto all'amministrazione*, in quanto all'amministrazione è inerente, in grado più o meno esteso, una facoltà *dispositiva* sulle cose amministrate. Ma se questa facoltà che fa dell'amministratore

il subbietto dei *rapporti d'azione*, sopra esaminati, è esercitata non *per sé*, ma *per altri*, non è possibile far di lui il substrato dell'ente amministrato; e siccome questo accade in una quantità di enti che indubbiamente sono riconosciuti come persone giuridiche, così ciò basta per escludere che a substrato della personalità, cioè subbietto vero e ultimo dei *rapporti giuridici*, possa assumersi l'amministratore, solo per il fatto che è tale.

Quanto al subbietto dei rapporti di *utilizzazione* e di *destinazione*, l'insufficienza di una connessione *di fatto* in questo senso tra l'uomo e il patrimonio a porgerci in quello il substrato della personalità è anche più chiara. Come ravvisare il centro della personalità di quegli enti patrimoniali, che appunto perciò si dicono a *scopo esterno*, nell'uomo o negli uomini che si trovano con essi in connessione d'interesse o di destinazione, quando ciò non conferisce loro alcun legame giuridico coll'ente, sia pure questo creato appositamente per il loro vantaggio? per esempio, nei poveri d'un ospizio, nei malati d'un ospedale?

I sistemi che han preteso far capo all'*interesse* - inteso nel senso psicologico che occorre per attribuirlo all'uomo - per rintracciare il centro della personalità, vale a dire che hanno additato come substrato, soggetto vero ed ultimo dei rapporti giuridici, l'*interessato*, non si trovano a miglior partito di quelli che fanno capo all'*amministratore*. Essi o finiscono col metter vicino, o meglio, *dietro* l'interessato, qualificato come soggetto *vero*, un altro soggetto artificiale, che è quello a cui fanno poi capo i rapporti (l'*Aftersubjekt* di Ihering), e con ciò nulla aggiungono di sostanziale al sistema della *finzione*⁶⁾, ovvero son costretti a riconoscere che nella

6) Il sistema di IHERING, nel problema della personalità, che è un problema di tecnica giuridica, non si scosta in sostanza da quello della *finzione*. Egli ha voluto, sì, fermare l'attenzione sui *destinatari* dell'utilità del diritto, per giustificare con ciò l'ordine giuridico obbiettivo dello avere attribuito la subbiettività giuridica a enti apparentemente non umani. Ma nel tempo stesso ammette che esigenze pratiche (il riguardo alla *praticabilità delle azioni*) portano che gl'interessi comuni siano proseguiti da una unità artificiale, da un soggetto *apparente*, che è come l'inviluppo protettore dei soggetti *veri*, che *li rappresenta esternamente*, che è lo *strumento tecnico necessario* destinato a correggere la loro mancanza di determinazione. E la personificazione non è che la *forma d'appropriazione di un patrimonio agli interessi e ai fini di persone indeterminate* (*Geist des röm. Rechts*, III, p. 356 e seg.) (cfr. anche il nostro A. a p. 250). Se non che l'indagine dei *fini* è indifferente per la nozione della personalità, che si ferma appunto a questo *strumento tecnico* o *soggetto apparente*, *Aftersubjekt*, dal momento che è ad esso e non ai soggetti *veri* (?), che fanno capo i rapporti giuridici. Con ciò sparisce tutto il significato speciale della teorica, l'*interesse* presentandosi come fondamento non tanto del diritto subbiettivo, quanto del diritto obbiettivo.

nozione del diritto subbietivo l'elemento *materiale* (*interesse*) non può scompagnarsi dall'elemento *formale* (*volontà*), e che entrambi devono concorrere nella costituzione del subbietto giuridico. Anche Michoud, pel quale «titolare del diritto è l'essere collettivo o individuale *nel cui interesse* il diritto è riconosciuto» (I, p. 102), ammette che vi sono interessi cui non è data la potestà di realizzare il diritto e che sono garantiti solo per riflesso d'un diritto appartenente allo Stato o ad altra persona (p. 104). Chiameremo noi soggetti o titolari dei diritti d'un ente i portatori dell'interesse per cui l'ente fu istituito, allorché si trovano in tale condizione? si avrebbero così dei titolari di diritti appartenenti ad altra persona? La contraddizione è stridente.

E ciò dispensa dal verificare l'inesistenza di altri requisiti del substrato: si tratta insomma di elementi *esterni* all'ente.

Ma la cosa non cambia, se anche supponiamo queste connessioni non più soltanto di fatto, ma *giuridiche*, come divengono se ai rispettivi subbietti il diritto assicura e garantisce la connessione stessa. Poiché non necessariamente il diritto dell'individuo umano alla amministrazione, alla utilizzazione presente o avvenire di un dato patrimonio, si riferisce al patrimonio *proprio*. Ora quando si riferisce al patrimonio *altrui*, noi siamo sempre nella necessità di trovare il substrato di *questo* patrimonio, di fronte al quale l'investito di quel diritto è estraneo, senza di che non potrebbe entrare in *rapporto giuridico* con esso.

E che i rapporti di *utilizzazione* e di *destinazione* per sé stessi non si prestino alla determinazione del substrato, si dimostra anche qui coll'osservare che il portatore di essi non avrebbe i caratteri che logicamente devono riscontrarsi nel substrato della personalità.

Vi sono infatti enti dotati di personalità ed entro cui manca ogni rapporto d'utilizzazione attuale persino *di fatto*; l'utilizzazione è riservata a un subbietto *futuro* (nascituro, assente, erede ignoto o incerto, ecc.), patrimoni che esistono per capitalizzarsi a pro di un futuro investito o per liquidarsi a pro dei creditori, ma che intanto sono tutt'altro che cosa morta, perché hanno bisogno ed occasione di entrare in numerosi rapporti giuridici con altre persone. Questi rapporti hanno un subbietto, e noi non possiamo, altro che per

finzione, riporlo nel *destinatario* che ancora non esiste o non è presente in quel patrimonio.

Questo dovrebbe bastare ad escludere che substrato della personalità giuridica possa ritenersi l'*interessato*, poiché il substrato deve esser reale e presente *in tutte* le persone, per l'esigenza dell'*omogeneità*.

Ma fanno difetto anche gli altri caratteri.

I soggetti dell'utilizzazione di un dato patrimonio possono essere *più* e *mutevoli*. Né sotto questo rapporto è possibile ridurre la pluralità ad unità, perché l'utilizzazione è un fatto essenzialmente individuale. I diritti di utilizzazione dei membri di una corporazione o d'una associazione sono diritti individuali dei singoli, non della collettività. Molto meno un processo d'unificazione della pluralità degli interessati è possibile nei patrimoni *a scopo esterno*, ove gli interessati non hanno quasi mai fra loro vincolo alcuno. E quasi sempre questi interessati, così all'interno come all'esterno, si avvicendano, sia perché lo scopo dell'ente ha un carattere di perpetuità che necessariamente involge una successione tra gli individui che vi partecipano, sia perché la natura dello scopo è tale che l'individualità dei partecipanti resta fuori di considerazione. Ma i rapporti giuridici dell'*ente* fanno capo invece a un subbietto solo e invariato, che bisogna perciò cercare altrove che nell'uomo o negli uomini che ne fruiscono.

Infine i subbietti dell'utilizzazione sono individui che hanno ciascuno un patrimonio proprio. Anche quando perciò uno solo è l'interessato di un patrimonio che non è il proprio, egli non può esser nel tempo stesso il subbietto di questo patrimonio e del proprio, poiché si avrebbe un substrato solo per una duplice personalità.

La conclusione di questi ragionamenti la facciamo tirare anche qui dall'A.

«L'elemento dell'interesse è inservibile per la questione della titolarità» (p. 253).

«La persona giuridica è forma di pertinenza del diritto, non di pertinenza dell'interesse, poiché può avvenire che il godimento

che dai diritti si ricava appartenga a persone diverse da quelle a cui questi competono» (p. 254).

«*Godere* non è esser *titolare* del patrimonio, *proprietario* dei beni» (p. 313).

Dunque se l'uomo non ha col subbietto dei rapporti giuridici altra connessione che di *amministratore* dei beni del subbietto, o di *sfruttatore* della loro utilità, o di *destinatario* di essi, noi non possiamo riporre in lui il centro della subbiettività. Né colla riunione di questi requisiti si giunge a miglior risultato (v. anche l'A. a p. 345), restando fermi i difetti logici che impediscono una tale presunzione per ciascuno di essi: senza dire che si fa allora più visibile il difetto d'omogeneità d'un siffatto substrato, essendo più rari i casi di subbietti in cui l'uomo appaja nello stesso tempo con tutte queste qualità.

In sostanza, o queste connessioni sono tali soltanto *di fatto*, e l'uomo che vi si trova non può assumersi neppure come elemento costitutivo del subbietto, nonché come substrato; sarà *strumento* della persona, se amministratore, sarà *causa finale* dell'esistenza della persona, se interessato o destinatario, ma nulla più. La persona agisce *per mezzo di* esso, esiste magari *per* esso, ma non lo comprende in sé come sua parte integrale.

Ovvero la connessione non è soltanto di fatto, ma l'uomo *ha diritto* all'amministrazione, al godimento, all'aspettativa di quel patrimonio; e allora se il patrimonio *non è suo*, tutti questi rapporti implicano l'esistenza di *due subbietti*: l'uomo dotato di quel diritto da una parte, e il patrimonio (*altrui*) da lui amministrato o goduto, o a lui destinato dall'altra. Quello non può esser substrato di questo secondo subbietto, una volta che forma l'altro termine del rapporto; il secondo subbietto deve avere necessariamente un substrato a sé, per affermarsi come distinto da chi ha un diritto verso di lui.

Il padre ha l'amministrazione e il godimento del patrimonio del figlio, e l'ha non soltanto di fatto, ma di diritto (art. 224, 228 c.c.); eppure non egli è il subbietto dei relativi rapporti patrimoniali: egli non è che *rappresentante*; il subbietto è altrove, poi che il patrimonio non è *suo*.

Insomma non bisogna confondere il subbietto *dei rapporti giuridici* né col subbietto *del godimento* o della *destinazione* né col

subbietto della *disposizione*, che sono altrettanti rapporti distinti. Certo, il subbietto giuridico preso nel suo complesso implica, come vogliono Bernatzik, Michoud e i loro seguaci, un interesse difeso e una volontà organizzata per difenderlo. Ma questo non ci dice ancora dove sia il substrato della subbiattività. E questo substrato non è né nell'interesse, né nella volontà. Non nell'interesse, sebbene questo rappresenti il fine ultimo del rapporto giuridico, poiché esso può trovarsi *al di fuori* del subbietto; non nella volontà; questa è un *mezzo* e anzi il mezzo più ordinario per costituire e mettere in essere i rapporti, ma non necessariamente il subbietto volente e disponente è il subbietto del rapporto giuridico cui la disposizione è diretta.

È vero peraltro che tanto l'interesse quanto la volontà che si trovano in connessione col patrimonio *altrui* si presentano necessariamente *limitati*, a differenza del diritto di utilizzazione e di disposizione relativo alle cose *proprie*, che è di sua natura illimitato. Un vero diritto di disposizione e di utilizzazione generale non si ha che sulle cose *proprie*.

E d'altro canto non si può dire che quel diritto sia tutt'una cosa col diritto di proprietà, poiché questo può persistere anche separato in parte o in tutto così dall'amministrazione come dal godimento.

Potremo dunque ravvisare nel *proprietario* quel substrato del subbietto che non potremmo riconoscere né nell'*amministratore*, né nell'*interessato*? Diremo dunque che substrato della personalità è l'uomo in quanto si trova in connessione di *proprietà* col patrimonio?

6. Il collegamento di proprietà.

Qui anzitutto è da notare che non si tratta più di un collegamento *naturale* come i precedenti, che fanno capo alla volontà o all'interesse, ma d'un collegamento schiettamente *giuridico*. Il concetto di *proprietà* partecipa pertanto a quel carattere d'indeterminatezza, di elasticità, e perciò d'equivocità, che riscontravamo fin da principio nel concetto di *diritto*.

In un senso stretto *proprietà* allude a un collegamento fra un uomo individuo e una cosa. Viceversa poi questo concetto subisce nel linguaggio giuridico un'amplificazione così dal lato del subbietto come dal lato dell'obbietto.

Dal lato dell'*obbietto*, mentre, in uno stretto senso, obbietto del collegamento di proprietà è la cosa per sé stessa, nella sua corporalità, cosicché ogni altro collegamento giuridico di utilizzazione o di aspettativa, che si riferisca cioè solo al godimento di qualche vantaggio sulla cosa o al suo acquisto futuro, dà luogo a diritti che si contrappongono a quel collegamento (proprietà), come categorie distinte da esso (usufrutto, diritto reale, credito), in un senso più largo anche questi diritti vengono a loro volta considerati come *propri*, cioè oggetto possibile d'un collegamento analogo alla proprietà (*cose incorporali*). La distinzione del *mio* e del *tuo*, che è l'espressione volgare del concetto di proprietà, si applica insomma ai crediti e a tutti gli altri diritti, al pari che alle cose.

Dal lato del *subbietto*, mentre in stretto senso noi non possiamo scindere il concetto di proprietà dal concetto di un collegamento con un investito individuale, che possa qualificarsi *proprietario*, in quanto quell'idea di dominio pieno ed esclusivo, che caratterizza un tale collegamento dal lato del subbietto, non è concepibile fuorché in presenza d'un individuo a cui attribuirlo, viceversa d'altra parte noi continuiamo a parlare di *proprietà* anche se l'elemento umano del collegamento si concreta, anziché in un individuo, in una collettività d'individui dove l'unità caratteristica del dominio non può sopravvivere; più ancora, continuiamo a parlare di proprietà là dove manca ogni vestigio di dominio umano, dove, in altri termini, non è possibile riscontrare il *proprietario*.

Ora se il substrato della personalità dovesse riporsi nell'uomo *proprietario*, noi dovremmo rinunciare ad ogni altra categoria di persone, fuori della prima. Ci troveremmo, cioè, ricacciati all'inizio della nostra ricerca. Appunto dall'assunzione dell'uomo proprietario come primo subbietto giuridico è partita istintivamente la ricerca sulla natura degli altri subbietti; e se noi trovassimo l'uomo nella stessa figura di *proprietario* anche in questi, la ricerca sarebbe bella e esaurita. Bisogna dunque che in queste altre categorie di subbietti il substrato sia un altro. E se sta l'esigenza logica che il substrato sia omogeneo, cioè di una stessa natura per tutti i subbietti, dovremo inferirne che altrove sia il substrato della personalità, *anche nei patrimoni individuali*.

Tuttavia prima di fare quest'ultimo passo, si è tentato un accomodamento: abbandonare l'*individuo* umano, e, pur tenendo

ferma nel substrato la nota dell'*umanità*, trovare in ogni caso un elemento umano *unificato* e che conservi tutti i requisiti logici del substrato, il quale possa assumersi in connessione di *proprietà* col patrimonio.

Si può dire che tutto il significato della teoria organica svoltasi in Germania nella seconda metà del secolo scorso e dei varî sistemi che ad essa fanno capo stia appunto in questa ricerca e nella illusione di avere per questa via risolto il problema della personalità.

Lo sforzo di questo sistema consiste, infatti, nel ridurre ad unità organica l'elemento umano che entra nella costituzione interna delle persone giuridiche non individuali e farne un substrato analogo all'individuo singolo.

Riesce esso nel suo intento?

Anzitutto bisognerebbe dimostrare l'esattezza della tesi: è ammissibile questa unità raggiunta mercé il concetto biologico d'organismo?

Noi siamo meno ostili dell'A. all'analogia tra gli organismi biologici e gli organismi sociali. Abbiamo anzi dichiarato di accettare gli organismi come subbietti dei rapporti di diritto pubblico. Innegabilmente vi sono persone giuridiche di diritto privato che fanno capo a collettività già fuse e solidificate per scopi che trascendono il diritto privato. Queste collettività, che già funzionano come *unità reali* nel campo loro proprio, che è quello del diritto pubblico, possono sembrarci adatte a presentarsi nella medesima forma unitaria nel campo del diritto patrimoniale. Con ciò la connessione loro col patrimonio risulta apparentemente analoga a quella che ha col suo patrimonio il singolo individuo, e può, sia pure con qualche limitazione, applicarsi anche ad essa il concetto di proprietà. (Ciò dipende, come vedemmo, dalla nozione più o meno lata di questa).

Ma intanto vi sono altre collettività formate a scopi puramente economici e che non hanno altra vita che patrimoniale. A queste non possiamo attribuire una reale unità extrapatrimoniale, che ci permetta di assumerle come elemento a sé in connessione col patrimonio. (Difatti la logica del sistema porta a far ricusare da molti la comprensione di esse fra le persone giuridiche).

Tuttavia, se una unità reale non *preesiste*, non si può negare anche qui, nella persona già costituita e funzionante, una certa unità formale della collettività, come risultante appunto dalla unità patrimoniale; epperò una certa apparente analogia fra la connessione che presenta anche qui l'elemento umano col patrimoniale e quella che si ha nei patrimoni individuali.

Ma dove una tale analogia anche lontana non è più possibile, perché manca persino una qualsiasi collettività umana in connessione col patrimonio è nella terza categoria di persone giuridiche. Tanto che organicisti, come lo Schäffle, il Förster, ecc. rinunziano qui espressamente a trovare un subbietto reale e tornano alla teoria della *finzione*; e la *volontà organizzata*, che Gierke dà come subbietto delle sue *Anstalten* (*Genoss.*, II, p. 12; IV, p. 12, ecc.), non ha più nulla di *collettivo*, come osserva anche l'A. (p. 221). Cosicché, almeno di fronte a questa categoria di persone, bisogna rinunziare a trovare un *proprietario*, sia individuale, sia individualizzato.

Inoltre, anche accettata la teoria organica nei limiti in cui è accettabile, cioè applicata alle collettività organizzate del diritto pubblico, e ridotte per ipotesi le categorie dei subbietti giuridici a queste due: individui ed enti pubblicistici (in quanto entrano in rapporti patrimoniali), non sarebbe mai raggiunta l'omogeneità del substrato, quale occorre nei subbietti di diritto privato, collocandolo nell'individuo e nell'ente, astrattamente dal patrimonio di cui sono investiti. Poiché essi sono fra loro, così considerati, tutt'altro che omogenei, e soprattutto tutt'altro che equivalenti.

Gli enti pubblicistici sono, come tali, già in rapporto fra loro e cogli individui umani (che sono anche subbietti di diritto pubblico), e la natura di questi rapporti è tale da stabilire fra coloro fra cui corrono una molteplice disuguaglianza di condizione giuridica, oltreché di natura. L'individuo di fronte allo Stato è in un rapporto di *subordinazione*, tale da non potersi conciliare coll'uguaglianza reclamata dal diritto privato. Se essi contrattano fra loro, non si può supporre che sia lo Stato, come ente sovrano, che resti vincolato per effetto del contratto, né che abbia avuto bisogno del contratto per vincolare l'individuo, ed infatti non è la sovranità dello Stato che subisca una modificazione (come avviene invece quando con un processo di autolimitazione esso riconosce nell'individuo un

diritto di natura politica). La modificazione portata dal rapporto contrattuale riguarda qualche cosa cui entrambi sono collegati e che in entrambi ha e conserva eguale natura. E questo qualche cosa è il rispettivo *patrimonio*. Essi sono entrambi in rapporto fra loro, non già come Stato e individuo, ma come portatori e rappresentanti di due patrimoni.

In altre parole, il rapporto da essi messo in essere è in sostanza un rapporto *fra due patrimoni*.

Certo, lo Stato *come Stato* può anche esercitare la sua autorità sul mio patrimonio; ma allora non entra con me in rapporto di diritto privato. E l'effetto di un tale rapporto (che è di diritto pubblico) si limita a vincolare la mia volontà in ordine al patrimonio, assoggettandolo a una *legge* (o a un ordine della autorità amministrativa basato sulla legge). Ma ciò che si pone in essere sotto l'impero e in esecuzione di questa legge torna ad essere un rapporto fra patrimoni. Qui dunque un rapporto di diritto patrimoniale è derivato da un rapporto di diritto pubblico, senza o contro la mia volontà individuale, ma in ossequio alla volontà della legge, la quale è superiore a tutti i rapporti e può benissimo esser fonte costitutiva di rapporti di diritto privato.

A questo modo, e solo a questo modo, l'esigenza della *omogeneità* ed *equivalenza* dei subbietti è salva anche per tutte le altre specie di subbietti del diritto privato, poiché in tutti si tratta di rapporti che si stabiliscono *fra i patrimoni*, per mezzo dei loro rappresentanti o per volontà della legge.

Ma allora dovremo rinunciare a porre il subbietto dei rapporti di diritto privato nel *proprietario* perfino dei *patrimoni individuali*?

Proprio così; per quanto ciò ripugni al concetto tradizionale, è proprio ciò che la logica reclama. Il rapporto di *proprietà* riguarda la *struttura interna* del subbietto: la cui analisi rientra bensì nel tema della personalità giuridica, ma che non ci dà la nozione di questa. Infatti la struttura interna diversifica in più modi da una categoria all'altra e da una specie all'altra di persone giuridiche, senza che ciò influisca essenzialmente sulla natura dei rapporti in cui esse entrano. Ciò che noi chiamiamo *persona*, subbietto dei *rapporti giuridici* patrimoniali, è sempre una stessa entità, qualunque sia la forma sotto cui ci si presenta.

Rapporto giuridico è solamente quello che corre fra due *persone* (giuridiche). Il rapporto fra l'*uomo* e la *cosa* in una esatta classificazione scientifica non rientra fra i *rapporti* giuridici. Per lo meno ha bisogno d'una denominazione diversa che lo distingua: noi abbiamo usato perciò a preferenza la parola *connessione*, applicandola alle diverse relazioni che possono riscontrarsi fra l'uomo singolo e le cose o beni patrimoniali, e che possono essere così giuridiche come semplicemente di fatto. La *proprietà* rientra in questa categoria di relazioni.

7. L'elemento umano nella struttura interna della persona.

Analizzando la *struttura* degli enti capaci di *rapporti* di diritto patrimoniale (*persone*), noi troviamo nel loro interno normalmente un elemento strettamente personale (umano) e un elemento patrimoniale, variamente combinati secondo le diverse categorie di siffatti enti. E soprattutto, l'elemento *umano* ha nei diversi casi un'importanza molto diversa.

Chiamando *collegamento* la connessione che esiste fra il complessivo elemento umano (non però fra l'uomo individualmente preso) e il complessivo elemento patrimoniale, noi troviamo una estrema diversità nel grado d'intensità di questo vincolo. Nell'interno d'un subbietto associazionale il collegamento fra la collettività umana e i beni è molto più debole che non sia quello fra l'individuo e il *suo* patrimonio. E l'intensità di esso va degradando mano mano che la cerchia degli associati si estende, che il vincolo tra loro si rallenta, che lo scopo dell'associazione si allontana dall'interesse personale degli associati e si perpetua oltre la durata della vita umana. Le varietà sono infinite. Finché troviamo la funzione dell'elemento umano nell'interno dell'ente ridotta alla semplice *amministrazione*, cosicché il suo collegamento col patrimonio non ha più nessun carattere *giuridico*, ma solamente *di fatto* e accidentale. Il *collegamento giuridico* fra gli elementi che compongono il subbietto non comprende più qui nessun elemento umano. Anche più rapidamente si rallenta il collegamento fra l'individuo e il patrimonio, dal momento che questo serve a uno scopo che trascende l'individualità.

Volendo tentare una classificazione dei subbietti di rapporti giuridici patrimoniali fondata sul rapporto che corre tra l'elemento

umano e l'elemento *patrimoniale*, noi dovremmo pertanto distinguere anzitutto fra patrimoni che hanno un *investito* e patrimoni che non ne hanno. In questi ultimi l'uomo o gli uomini non si presentano in altra connessione che di *destinatari*, esterni al patrimonio, cioè senza collegamento giuridico con esso, e in quanto interni al patrimonio in altra connessione che di *amministratori*. La funzione *unificativa* in questi patrimoni *acefali* è compiuta unicamente dallo *scopo*. Il quale può essere pubblico o privato, permanente o temporaneo, e di svariata natura, dando così luogo ad altrettante configurazioni di enti. Ma sempre *esterno* al patrimonio, cioè diretto ad interessati che o non entrano nella struttura dell'ente o vi entrano in modo limitato. Queste persone giuridiche (mal comprese sotto la denominazione di *fondazioni*) sono le ultime arrivate, ed attendono ancora una sistemazione completa dal diritto.

Prescindiamo per ora da quest'ultima categoria di persone giuridiche senza investito umano. Solo ricordando a proposito di esse la distinzione che si appunta sul carattere *definitivo* o *provvisorio* dello scopo. Il carattere *provvisorio* dello scopo, per cui l'autonomia conferita al patrimonio non serve che di sussidio onde costituire un ponte di passaggio fra due personalità definitive che il diritto ricongiunge poi fra loro in modo immediato, fa perder di vista facilmente la personalità intermedia. Così quando un patrimonio proveniente da un investito è destinato a un investito futuro, ma senza altra destinazione propria fuorché quella di conservarsi per costui siccome al sopravvenire del nuovo investito il diritto lo considera come successore immediato del primo, la tendenza naturale è di cancellare effettivamente dal novero dei subbietti giuridici quel patrimonio, attribuendolo tuttora al vecchio investito, o, anticipatamente, al nuovo. Eppure durante la vacanza dell'investito (o d'uno scopo definitivo che lo sostituisca) i rapporti giuridici fanno capo egualmente a quel patrimonio e devono avere un subbietto attuale. Così dicasi dei patrimoni resi autonomi a scopo di *liquidazione*, cioè onde trasformarsi in danaro e sciogliersi ripartendosi tra più interessati. Se questa trasformazione ha bisogno di tempo per compiersi, nuovi rapporti giuridici saranno inevitabili, le cui conseguenze saranno risentite in definitiva dagli interessati, ma senza che ciò tolga nulla alla loro realtà attuale e quindi alla necessità d'un subbietto presente.

Quanto ai patrimoni in cui l'elemento umano è in collegamento giuridico, che con termine generale diremo d'*investitura*, coll'elemento reale, e dei quali soltanto dobbiamo ora occuparci, la suddistinzione più essenziale è fondata sul grado d'intensità e sulla natura del collegamento stesso. Quando l'elemento umano signoreggia in modo completo ed esclusivo quello patrimoniale, il collegamento si qualifica *proprietà*, l'investito *proprietario*. Qui la *volontà* dell'uomo domina il patrimonio.

Per aversi il collegamento di *proprietà*, occorre anzitutto che la *volontà* domini *in modo esclusivo*: un concorso di volontà sullo stesso patrimonio non è compatibile col concetto di proprietà. E lo stesso dicasi dell'*interesse*. Ma il collegamento di proprietà non solo riunisce in sé i collegamenti d'*amministrazione* (*disposizione*) e di *utilizzazione* sulle cose, ma li contiene *senza limitazioni*, perché l'interesse non ha altra misura che la volontà dell'interessato. Di qui il famigerato *ius abutendi*, caratteristico della sola proprietà.

Se non che codesti non sono che caratteri *esteriori* e in un certo senso *contingenti* della proprietà. La sua nota *essenziale* è un'altra. Sono caratteri contingenti, perché possono mancare senza che il collegamento di proprietà venga meno. Ogni utilità può essere separata dal patrimonio; questo può trovarsi anche soggetto alla volontà d'un altro; e tuttavia il proprietario rimane tale. Certo, questa separazione o emancipazione delle cose dall'interesse o dalla volontà del proprietario non può esser *perpetua*; un'*aspettativa* del loro ritorno sotto la sfera di dominio effettivo di questo è immancabile o supposta tale dal diritto. Ma tuttavia l'*aspettativa* può esser lunga e superare anche la vita dell'individuo, e tutte le apparenze possono star contro di essa. Se ciò non ostante la proprietà permane, è perché permane la *nota essenziale* della proprietà.

Questa nota essenziale si riferisce al collegamento non più colle *cose singole* ma col *complesso patrimoniale*; ed è l'*inerenza giuridica* del patrimonio alla persona fisica dell'individuo finché vive e alla sua *eredità* dopo morto.

C'è anzitutto una *inerenza giuridica* delle *cose* al *patrimonio*, che è la caratteristica generale della *proprietà in senso lato*, cioè che si verifica in ogni categoria di subbietti (in ogni patrimonio) e anche pei diritti (cose incorporali). E consiste nella comprensione

delle cose tutte nei vincoli obbligatori del patrimonio in cui si trovano.

Ma ciò che è speciale della *proprietà individuale*, della proprietà in senso stretto, è l'inerenza del patrimonio alla persona fisica del suo investito.

Ogni uomo nello stadio odierno di civiltà (ogni uomo meno certe categorie in uno stadio anteriore, ogni *paterfamilias* ai primordi della proprietà individuale) ha, solo perché tale, un patrimonio che *ossibus inhaeret* della sua persona fisica. Questo patrimonio può non avere alcuna materiale estrinsecazione, alcun effettivo contenuto, ma ha un contenuto *giuridico* immancabile, che è la *capacità d'acquistare e d'obbligarsi*, capacità di cui, pei suoi bisogni economici, non potrà a meno di valersi nei rapporti cogli altri.

Perciò stesso un individuo non può esser *proprietario di più patrimoni*. Se un individuo pretende colla destinazione d'un fondo speciale ad un dato commercio, separare la propria personalità commerciale dalla civile, fa cosa che la legge non può riconoscere. Un certo grado di separazione si osserva soltanto nel *peculio*, profittandosi della personalità meramente formale dello schiavo.

La presenza della nota essenziale della proprietà individuale ci spiega l'applicazione; generalmente ammessa, del concetto e della qualità di *proprietario* nell'individuo *incapace*, non ostante la mancanza di quel collegamento colle cose che si basa sull'elemento *volitivo*, e che costituisce il carattere esteriore più spiccato della proprietà. L'*incapace* non solo non può disporre amministrativamente delle cose proprie colla sua volontà, e ha bisogno per ciò del sussidio della *rappresentanza legale*, ma neppure con questo sussidio può disporre in senso non conforme ai propri interessi; manca cioè in questa proprietà intieramente il *ius abutendi*, simile in ciò alla proprietà dei patrimoni *senza proprietario individuale*. Né la nota dell'*interesse* sarebbe sufficiente di per sé sola a darci il concetto di proprietà. Questo vien dato invece da ciò, che anche il patrimonio dell'*incapace* è *inerente* alla sua persona fisica finché vive, e continua nei suoi eredi dopo morto (È però vero che anche la separazione dal collegamento amministrativo è, o si suppone dal diritto, sempre temporaneo non permanente, per l'*incapace*).

Viceversa, non tutti i patrimoni con *investiti individuali* si trovano con questo in collegamento di *proprietà*. Ciò che può mancare anche in presenza di late (ma mai illimitate) facoltà dispositive, è la nota essenziale della proprietà. Se il patrimonio non è inerente all'individuo, ma ha una destinazione speciale che sopravvive al succedersi dei diversi individui che ne sono investiti, per modo che da una parte l'individuo stesso ha un patrimonio proprio e che gli rimane anche se cessa in lui il rapporto di destinazione che non si confonde con quello, e dall'altra parte il patrimonio di cui è distintamente investito non passa, lui morto, agli eredi, ma continua nei successori alla destinazione, in tal caso, diciamo non si può parlare di collegamento di proprietà. Solo, siccome il patrimonio sta pur sempre nell'interesse di chi ne è investito, noi non potremo nemmeno qualificarlo come *acefalo* o a *scopo esterno*.

Tale è il caso di quelle *fondazioni* in cui esiste un *beneficatio*, una persona cioè avente dati requisiti presupposti dal fondatore, e che lascerà poi il suo posto a un'altra coi requisiti stessi, e poi questa a un'altra, e così di seguito. Questa successione d'investiti individuali che profittano di un dato patrimonio può avere una funzione politica da compiere, e ciò darà al soggetto una propria fisionomia, come proveniente dal diritto pubblico (*istituzione politica*).

Che in questi casi noi non abbiamo dinanzi a noi un *proprietario*, è messo in chiaro da ciò, che l'individuo in questione è, nello stesso tempo, proprietario del *suo* patrimonio, e in tale qualità può trovarsi in rapporto, e perfino in opposizione, col patrimonio di cui è in quest'altro modo investito. Di più, i rapporti giuridici di questo patrimonio lasciano indifferente il suo, mentre i rapporti giuridici del suo patrimonio sono estranei al patrimonio di cui ha questa specie di investitura. Infine, per quanto larghe siano le sue facoltà dispositive su questo ultimo, sempre esse trovano un limite nella *destinazione* che incombe su di esso e nell'esigenza della sua trasmissione ai successori (che non sono i suoi *eredi*).

Il patrimonio non serve tanto agli scopi propri di quell'individuo, quanto di un *ufficio* del quale quell'individuo si trova temporaneamente investito, o di una *linea* successoria della quale si trova temporaneamente rappresentante. Ma né l'*ufficio*: né la *linea* sono *enti* capaci di proprietà, e se noi l'attribuiamo

loro, è solamente per comodità di linguaggio. La verità è che un *proprietario non esiste*.

Il diritto del beneficiario fu sempre considerato come un *ius in re aliena*: «clericus in beneficio usufructuario comparatur».

Abbiamo già accennato allo sforzo della teoria *organica* di ricondurre sotto una sola categoria le collettività unificate insieme cogli individui, per poter attribuir loro ugualmente il collegamento di *proprietà* col patrimonio. E abbiamo veduto come una perfetta equiparazione sia pur sempre impossibile.

Anche meno riuscito è lo sforzo ulteriore di ridurre a collettività organizzate le *serie* d'individui successivamente investiti d'un ufficio o della rappresentanza d'una linea, a cui il patrimonio è destinato.

Il motivo di questa tendenza è il medesimo: riporre il substrato della subbiettività giuridica, quando non si può nell'uomo individuo, in una unità collettiva di uomini che simuli le apparenze dell'individualità. Chi, come Hölder, si contenta di elevare a substrato della personalità l'*amministratore* non ha bisogno di una tale concezione⁷⁾.

Ma questa pretesa *collettività seriale* è assai più difficile a ridurre ad *unità* che non la collettività di singoli coesistenti. Poiché qui è il concetto stesso di collettività che fa difetto. La coesistenza nello spazio sembra infatti la condizione prima ed elementare per l'unificazione d'una pluralità. L'unità seriale è inscindibile dal concetto di *continuità*. Ora per applicar questo concetto al succedersi di un uomo a un altro uomo, noi siamo nella assoluta necessità di riscontrare un elemento agglutinatore, per cui quel concetto si realizzi. In una collettività già unificata questo elemento si ha nello stesso avvicinarsi dei suoi membri: infatti il contingente che sopravvive a quello che vien meno si unisce a quello che sopraggiunge, senza che il substrato umano venga mai a mancare nell'unità che persiste. (Così infatti è spiegato dall'A. a p. 385 e seg.

7) Ma per giustificare la *continuità* del substrato nella vicenda e nella vacanza degli amministratori egli è costretto a ricorrere alla finzione: «se noi diciamo che i diritti e le obbligazioni sono dell'*ufficio* anziché del *portatore dell'ufficio* è solo per marcare che appartengono a questo per via dell'*ufficio* e finché dura l'*ufficio*, che passano al successore dell'*ufficio* e in caso di temporanea vacanza sono considerati *come se* continuassero» (op. cit. pag. 277 e seg.). Invece la continuazione è *reale*, non finta.

il rapporto fra l'unità giuridica e la pluralità mutevole e successiva degli individui d'una associazione). Ma dove una collettività spaziale manca, questa risorsa non è possibile. Allora se i rapporti giuridici *continuano* invariati allo spegnersi di quel singolo individuo a cui li collegavamo, vuol dire che non era esso il soggetto, e se continuano nel successore, bisogna che vi sia un ponte che unisca il primo al secondo investito, e che sia fuori di loro.

Storicamente l'A. ci ricorda che «nei giuristi medievali inglesi il singolo investito si considerava come *proprietario* dei beni in tale sua qualità, a cui subentrava il *successore*; ma questa concezione fu vinta dalla subsunzione teorica di questo fenomeno al concetto di *corporazione*, e si creò la figura singolare della *corporation sole*, là dove il diritto canonico aveva la personificazione ideale dell'*ufficio*» (p. 115). In verità l'una concezione non può che ridursi all'altra, perché una *corporazione* composta d'individui che si succedono e non coesistono non può trovare l'elemento *continuo* che le occorre per presentarsi come unità, se non appunto nel concetto dell'*ufficio*. Ma siccome coll'*ufficio* siamo già lontani dallo elemento *umano* verso cui ci spinge il pregiudizio antropomorfo, ecco la necessità logica di cercare un *titolare* umano anche all'*ufficio*: questo è la *corporation*. Con che siamo in pieno campo della *finzione*. Ecco infatti come uno scrittore inglese ci spiega il fenomeno di una persona che è nello stesso tempo individuo e *corporation sole* (riportato dall'A. *ivi*): «Sotto la stessa denominazione stanno nascoste due diverse persone. L'una è un ente umano, il quale è fornito per un certo tempo dei doveri d'un *ufficio*. L'altra persona è un ente mistico, il quale può esser visto solo dall'occhio del diritto. Questo ente mistico è il *vero titolare dell'ufficio*; esso non muore mai. L'altro ente all'incontro, cioè la persona di carne e sangue è semplicemente un *rappresentante* per cui l'ente mistico adempie le sue funzioni. Il portatore dell'*ufficio* in forma umana viene e va, quello figlio del diritto resta invariato in eterno».

Se i rapporti giuridici consistessero unicamente in esplicazioni di *funzioni*, com'è normalmente fuori del diritto privato, per i rapporti di diritto pubblico, il paragone della *sentinella*, cui vedemmo ricorrere l'A., sarebbe abbastanza calzante. Il compito della sentinella si esaurisce nel far la guardia: una funzione di tutela, di vigilanza, che si compie mercé esplicamento di attività personale

in una data direzione, a un dato fine. I rapporti di diritto pubblico si riconducono generalmente a posizioni simili: essi hanno cioè per contenuto qualche forma di attività umana, sicché i loro termini non escono dall'elemento umano. La continuità della funzione è sufficiente a spiegare l'unità del subbietto, anche quando questo elemento si concreta in una collettività o in una successione d'individui. Così il Re, in quanto si considera come istituzione politica, può benissimo identificarsi coll'*ufficio*, o meglio astrarre questo da quello e farne un subbietto a parte, qualificandolo ente mistico, unità sintetica ideale, *corporation sole*, come si vuole. E questa spiegazione si troverà sufficiente, perché non c'è sotto alla funzione un substrato su cui la funzione stessa si esercita. I rapporti pubblicistici sono rapporti meramente personali, non si svolgono sulle *cose*, come quelli di diritto privato. Le persone giuridiche *istituzioni*, invece, sono in sostanza, come riconosce anche l'A., «amministrazioni di uomini *investite d'un patrimonio* che impiegano statutariamente pel conseguimento d'uno scopo» (p. 383). Ora i rapporti di diritto privato si svolgono appunto sul *patrimonio*. Ed è lo stesso A. a dirci che l'eventuale interruzione della soggettività giuridica (da lui riposta nella collettività) è evitata «dalla possibilità di *tener fermo il patrimonio* nell'aspettativa del soggetto futuro» (p. 382). Anche nelle istituzioni di diritto pubblico può aversi l'esigenza della continuità (*il Re è morto, viva il Re*); ma essa si esplica colla immediata successione dell'investito di diritto o colla nomina immediata d'un investito interinale (Reggente).

Nell'analisi dei subbietti di *diritto pubblico* noi non usciamo insomma da questi due elementi: l'*uomo* (o una *collettività* di uomini) e la *funzione*. I rapporti di diritto pubblico sono rapporti *funzionali* che fanno capo a *uomini* singoli o aggruppati. Un terzo elemento, il *territorio*, può avere importanza essenziale (più forse che l'A. non gliene attribuisca); ma qui possiamo prescindere, perché non è un elemento immancabile. Esso serve come substrato personificabile nei rapporti di diritto internazionale fra Stato e Stato, e anche da elemento unificatore di certe collettività. I portatori dei diritti pubblici sono dunque *uomini* ovvero *collettività umane*. Non c'è una terza categoria di subbietti, come nei rapporti di diritto privato. E di vero l'elemento *umano* non può presentarci che una *volontà individuale* o una *volontà collettiva*. Di una *volontà immediata dell'istituto*, sebbene l'A. sembri ammetterla (p. 389),

io non riesco a farmi nessuna idea, e probabilmente non se la fa neppur lui. Certo, la volontà dell'uomo essendo determinato dagli *scopi* che si propone può assumere direzioni diverse, e così lo stesso uomo può anche avere sullo stesso argomento due volontà diverse secondo che agisce come persona pubblica o come persona privata (p. es. Bruto che condanna a morte i figli). Ma è sempre la sua volontà che si esplica, non quella di un ente diverso. Perciò il subbietto dei diritti pubblici nelle istituzioni politiche facienti capo a un uomo (il Re, il Vescovo, ecc.) è sempre l'uomo. E la *continuità* all'istituzione è data dalla *funzione* non dal *subbietto*. L'idea di una *collettività seriale* è inafferrabile, e non c'è sforzo psicologico che possa attribuire *una volontà* a una serie di uomini che si succedono. La volontà collettiva è il risultato d'una combinazione fra più volontà; qualunque sia la portata *reale* che noi vogliamo dare a questa combinazione, certo è che essa presuppone logicamente che le volontà che si combinano coesistano.

Si dirà: ma come spiegare allora la distinta esistenza di due sfere patrimoniali diverse, una delle quali fa capo all'uomo privato, l'altra allo stesso uomo in quanto ricopre una data carica (per es. il patrimonio privato del Re o del Vescovo, e quello della Corona o della Mensa); non dimostra ciò l'esistenza di due subbietti diversi? Certamente; ma essi non fanno capo allo stesso centro. Il primo è un patrimonio individuale, e ne è investito il privato come proprietario; il secondo non ha che un investito apparente, provvisorio; in realtà, non fa capo a un *uomo*, ma a uno *scopo*, sebbene l'uomo si trovi con esso in qualche collegamento diretto, che non è la proprietà, ma non può neppur confondersi con un rapporto di destinazione *esterno* al patrimonio. Il privato si trova in questo caso nello stesso rapporto col patrimonio, in cui si trovano i membri della corporazione col patrimonio corporativo. Per questa sola analogia ha ragione di esistere il concetto inglese di *corporation sole*.

Ciò conferma quale distanza separi i subbietti di diritto pubblico da quelli di diritto patrimoniale, e come sia impossibile farne due classi d'una stessa categoria di enti.

Fuori dei rapporti patrimoniali intatti questi distinti centri di subbiettività giuridica non occorrono affatto. Il subbietto è sempre l'uomo, ora considerato come singolo individuo, ora come *portatore* dell'ufficio, per adottare l'espressione di Hölder. E quando il

portatore cambia, il soggetto è realmente *un altro* che ha *gli stessi* diritti del primo. E quando l'*ufficio* vaca, manca il subbietto, perché mancano anche i rapporti; non c'è nulla da tener fermo, nella vacanza del portatore dell'ufficio, quando si prescindia dai rapporti patrimoniali, perché i rapporti d'altro genere non hanno altro punto di riferimento che l'individuo, in una o in altra *qualità*. Qui è giusto dire con Hölder: se noi attribuiamo i diritti o gli obblighi all'ufficio, anziché al suo *portatore*, è solo per marcare che appartengono a questo per via (*durch*) dell'ufficio, finché dura l'ufficio e a causa dell'*ufficio*. La connessione tra l'ufficio e il suo portatore nel diritto pubblico ha il suo analogo nella connessione tra il patrimonio e il suo amministratore.

È una connessione d'ordine interno.

E come dietro all'amministrazione c'è la personalità del subbietto giuridico del patrimonio da lui amministrato, del quale subbietto egli è il rappresentante all'esterno, così dietro all'ufficio e al suo portatore c'è il subbietto (collettivo) di diritto pubblico (Stato, Chiesa, Comune, ecc.), che ha in quello la sua rappresentanza (organo) pei rapporti pubblicistici.

Ma l'elemento umano che si trova in collegamento giuridico col patrimonio può essere, anziché un individuo, una *collettività* (pluralità di uomini). Allora la natura del collegamento è necessariamente diversa. Allora la volontà non domina mai in modo esclusivo il patrimonio, limitata com'è necessariamente, non tanto dalla concorrenza di più enti volitivi sullo stesso oggetto, quanto dallo scopo che generò e tiene unita la collettività.

Ora, finché manca un rilevante scopo unificativo, il diritto non sente il bisogno di conferire la personalità alla collettività che si trovi eventualmente investita d'un patrimonio; o meglio, i beni di cui sono investiti più individui insieme, senza uno scopo unificativo (*communio incidens*) o con uno scopo unificativo che il diritto non crede ancora abbastanza rilevante (*società civile*), non costituiscono un *patrimonio* nel vero senso della parola, perché mancante d'*autonomia*. Quei beni si considerano divisi intellettualmente fra i partecipanti, e i relativi rapporti giuridici fanno capo ai rispettivi patrimoni. Solamente, siccome la divisione è puramente intellettuale, il dominio delle singole volontà sulle cose

è intrinsecamente limitato, sicché non può parlarsi di *proprietà* per nessuno.

Al collegamento di proprietà succede il collegamento di *comunione*, il quale consiste in una partecipazione al godimento o a un grado più o meno esteso di *utilizzazione* delle cose e ad una *aspettativa* più o meno remota di proprietà su una parte delle cose o del loro valore, per quando la comunione si scioglierà. Questo stato persiste, come rapporto fra ogni singolo partecipante alla collettività e gli elementi patrimoniali, anche quando il patrimonio è reso autonomo e si fa luogo alla persona giuridica, non essendovi incompatibilità alcuna tra i due fenomeni.

Se non che il concetto di *comunione* è anche più elastico di quello di *proprietà*. E il suo contenuto positivo va attenuandosi mano mano che si estende nei gradi della collettività. Nei primi gradi la partecipazione al fondo sociale è pei membri della collettività ben determinato quantitativamente, e i diritti di ciascuno sulla *quota* fanno parte del patrimonio individuale, per modo che si può parlare di una *proprietà* individuale *della quota*. Poi questi diritti si fanno sempre più indeterminati e meno inerenti alla persona fisica dell'associato. Spettano a lui, ma non più come individuo, ma come appartenente a una data classe, casta, categoria. Sicché alla sua morte non passano più ai suoi eredi, ma restano agli appartenenti a quella classe, casta, categoria, ecc. Cessa a poco a poco ogni *aspettativa* di proprietà futura, e resta fra l'associato e il patrimonio un semplice rapporto di *utilizzazione*, cui il concetto di *comunione* male si adatta.

Reciprocamente, mano mano che l'impero delle volontà individuali si allontana si fa più viva l'influenza dello scopo unificativo.

La presenza d'uno scopo unificativo sufficientemente rilevante pone il bisogno di unificare anche le volontà, senza di che sarebbe impossibile per la collettività operare nel mondo esterno ed entrare in rapporti giuridici con altri enti.

Ora da questo punto di vista occorre distinguere fra collettività e collettività.

Ogni collettività è il risultato a sua volta di un *rapporto giuridico* o d'un *collegamento*. E il rapporto giuridico, come il collegamento, possono essere di diritto *privato* (patrimoniale) o *pubblico*.

Si ha semplice *collegamento* quando i componenti la collettività si trovano insieme in forza di una condizione di fatto normalmente indipendente dalla loro volontà, come gli abitanti d'un comune, i cittadini dello Stato (enti *territoriali*), i consortisti d'un consorzio coattivo.

Rapporto, quando l'unione è dipesa dalla volontà dei componenti il gruppo. Se l'unione è avvenuta per scopi d'interesse pubblico, ed è diretta a formare una unità extrapatrimoniale, che adempie una qualche funzione pubblicistica, cui il patrimonio non serve che di mezzo, il rapporto è *di diritto pubblico*. Se invece è sorta mercé rapporto contrattuale diretto appunto alla formazione d'un patrimonio nell'interesse dei componenti, ai quali questo dovrà normalmente riversarsi, il rapporto è *di diritto privato*.

Il fatto della formazione di collettività come *forme di convivenza* trascende naturalmente la sfera del diritto privato, costituendo anzi il fatto fondamentale del diritto pubblico. Nel diritto privato entrano (geneticamente) solo quelle forme di associazione *volontaria* che si propongono il conseguimento di fini economici.

Qui fa capo la gran questione, cui ha dato importanza preponderante la scuola tedesca, sulla *realtà* o *non realtà* di siffatte collettività. La questione assume infatti importanza decisiva, finché si collega la subbiettività dei rapporti giuridici a una entità psicologica, come fa la teorica che trova il subbietto giuridico nell'uomo come dotato di volontà, o anche (direbbe l'A., p. 355) come *unità organica-psichica-teleologica*. Poiché allora è supremamente importante vedere se questa unità organica-psichica-teleologica possa attribuirsi anche a quella collettività. La questione diventa invece d'ordine secondario, quando si riconduca la subbiettività giuridica al suo vero fattore.

Ora in proposito noi crediamo si debba distinguere fra la collettività che si trova già unificata, all'infuori del patrimonio, per uno scopo che trascende il diritto privato, in quanto cioè essa compie una funzione pubblicistica, e quindi rappresenta già per sé stessa una unità *reale*, dalla collettività che viene ad essere unificata

soltanto in conseguenza dell'unificazione del patrimonio, la quale perciò non ha altra realtà che di unità patrimoniale.

L'*unità reale* della collettività suppone l'esistenza d'una *volontà collettiva*, poiché non si può immaginare un subbietto agente che non sia capace di volere.

Ora la *volontà collettiva* è un fenomeno elementare di ogni collettività; non presuppone in questa neppure una organizzazione, nonché una personificazione. Persino la *folla*, cioè la collettività umana più disgregata, ha manifestazioni psichiche proprie.

Ma non è la volontà *naturale*, diremo così, della collettività che possa esser sufficiente a guidare i rapporti giuridici pubblicistici della collettività stessa o quelli privatistici del suo patrimonio. Questa volontà collettiva, nascente puramente dalla fusione delle volontà singole, e dovuta (secondo Hauriou) alla *solidarietà rappresentativa*, è una volontà diffusa, oscura e difficile a cogliere così nelle sue manifestazioni che nel suo contenuto. E inoltre l'attuazione di essa in rapporti d'*azione* non può essere il prodotto spontaneo della collettività. Di qui la necessità dell'*organizzazione*, cioè d'un sistema artificiale per cui la legge, plasmando la collettività sul modello degli organismi individuali, provveda in modo autorevole, anzitutto a concentrare e render visibile, concreta, attuabile la volontà della collettività, indi a renderne materialmente possibile l'attuazione; e ciò sempre per via di individui umani, che sono i soli provvisti delle attitudini naturali *ad hoc*. La volontà del gruppo sarebbe di per sé impotente così a partecipare alle funzioni della vita sociale, come a contrattare, se il diritto non fissasse ai suoi componenti delle norme, all'osservanza delle quali sia inerente la presunzione assoluta che la determinazione presa da alcuni individui (o perfino da un solo) riproduca quella volontà. E naturalmente questa organizzazione artificiale della volontà sarà tanto più perfetta, quanto meglio i suoi prodotti risponderanno alla volontà reale, cioè, in ultima analisi, alla realizzazione degli scopi della collettività (cf. Jellinek, *System*, ecc., p. 28 seg.). Né l'attuazione di codesta volontà, così determinata, sarebbe possibile, se l'incarico di attuarla non fosse dalla legge attribuito a individui specificamente designati come soli investiti della rappresentanza

collettiva⁸⁾. Né v'ha alcun serio motivo di rifiutare (come sostiene l'A., p. 216 e seg.) a codesti rappresentanti la qualificazione di *organi* della collettività, come non rifiutiamo (e l'A. stesso adopera senza scrupolo) l'espressione *organizzazione* per significare la disposizione intesa alla loro creazione. La nostra lingua scientifica non è così ricca di vocaboli da poterne gettar via generosamente alcuni e dei più espressivi. Né *organo* è perfettamente sinonimo di *rappresentante*, poiché quello si riferisce alla struttura interna, questo alla funzionalità esterna del subbietto: non tutti gli organi perciò hanno funzione di rappresentanza, né tutti i rappresentanti potrebbero dirsi organi.

Ma l'esser dotata di volontà, anche organizzata e riconosciuta dalla legge, cioè di organi di volontà e d'azione, non basta a far della collettività una *persona giuridica*, senza la presenza d'un patrimonio unificato. Noi siamo sempre in presenza di possibili subbietti di *rappporti d'azione*, semplici persone giuridiche, tutt'al più, nel senso puramente *formale*.

Per la conquista della *personalità*, la collettività ha (come già vedemmo) due passi da fare; donde (se si vuole) due *gradi* di personalità: *formale* e *sostanziale*. Il primo passo consiste nell'acquisto della *rappresentanza legale*. Quando una collettività è contrattualmente e proceduralmente *rappresentata* per virtù di legge in modo che il fatto del rappresentante (organo) investe o impegna in qualche modo tutti i membri della collettività, vuol dire che questa ha già una *personalità formale*. Ma non è ancora una completa e perfetta persona giuridica. Occorre un passo ulteriore, che è il decisivo: la formazione d'un patrimonio dotato di unità e autonomia giuridica; lo che vuol dire capace di rapporti giuridici proprii, di crediti e debiti distinti da quelli che fanno capo ai patrimoni dei singoli membri. Occorre cioè che la collettività si presenti come *l'investito umano d'un patrimonio*.

8) Questa organizzazione artificiale non può estendere i suoi effetti là dove, anche di fronte al diritto, si richiede il concorso della volontà *reale* perché si possa parlare di responsabilità; com'è nel campo *penale*. Quindi se anche può sostenersi l'imputabilità penale d'una collettività (lo che crediamo non del tutto impossibile), non può certo ritenersi che questa, comunque organizzata, delinqua pel delitto dell'organo relativo.

Ora anzitutto vi sono collettività organizzate che non hanno punto bisogno d'un patrimonio, perché si propongono scopi per i quali i rapporti economici non esistono o non hanno importanza alcuna. Tali una gran parte della collettività del diritto pubblico. Ma anche collettività con scopi puramente economici di diritto patrimoniale, e in cui il diritto riconosce dei subbietti giuridici formali per rapporti d'azione contrattuali o procedurali, non riescono ad entrare nella categoria delle vere persone giuridiche, perché i risultati di codesti loro rapporti si risentono direttamente dai patrimoni dei singoli componenti, mentre un patrimonio comune o non esiste o non è sufficientemente unificato. Non esiste per es. in taluni *Consortii*, che pure agiscono unitariamente; non esiste nella *massa dei creditori* del fallimento, la quale pure si pone come subbietto distinto nella formazione del concordato; e così pure non esiste nella unione dei *soci* dopo che la società disciolta del fallimento stipula egualmente un concordato per ricostituirsi. Riescono invece alla formazione d'un patrimonio *di fatto*, ma senza sufficiente unificazione di fronte al diritto, le *società civili* del diritto romano e nostro, e, secondo noi, anche le *società di commercio* prima che abbiano adempiuto le formalità di pubblicità poste dalla legge come condizione per la loro costituzione perfetta (società irregolari); sebbene le une e le altre abbiano un *fondo sociale*, e sebbene nelle seconde il diritto non manchi di riconoscere implicitamente una subbiettività giuridica formale che permette di considerare per qualche rispetto la collettività come unificata.

Come la formazione d'un fondo per via di parti patrimoniali che si aggregano non basta di per sé a darci un nuovo subbietto giuridico, se il diritto non riconosce a quel fondo l'*autonomia*, così la stessa condizione occorre per riconoscere come subbietto giuridico un fondo formatosi *per separazione*. Anche qui un primo stadio puramente *formale* di personalità può presentarsi, senza che si abbiano gli estremi di una vera e sostanziale autonomia. I *servizi pubblici* dello Stato ci offrono un esempio rimarchevole di siffatte personalità formale, o, come la chiama il Michoud, *apparenza di personalità* allorché lo Stato attribuisce loro speciale dotazione, bilancio e rappresentanza separata, ma risponde in ultima analisi dei loro debiti e non può trovarsi in giudizio contro di loro (v. Michoud, I, p. 298).

Quando il patrimonio è reso veramente autonomo, la collettività dal cui patrimonio si è distaccato non può più dirsi *investita*, anche se gli scopi a cui esso serve sono tali che rientrano fra gl'interessi della stessa collettività. Né è esatto dire col Michoud (*ivi*, p. 299) che esso passi allora a un gruppo speciale e più ristretto (egli distingue in ciò gli *stabilimenti pubblici* dai *pubblici servizi*); si deve dire invece che la personalità è conferita *per uno scopo esterno* a quella parte di patrimonio, sostanzialmente separata e sottratta alla collettività che ne era investita, e resa così *senza investito*. Infatti il patrimonio *a scopo esterno* è quello appunto di cui nessun uomo, né individualmente né in concorso con altri, può dirsi giuridicamente investito, cioè che si trovi in qualche collegamento *giuridico* (non soltanto di fatto) con esso. Quando lo Stato o il Comun fonda un asilo pei poveri o un ospedale pei malati, dotandolo di un patrimonio autonomo, non si può dire che ciò faccia nell'interesse di una *collettività più ristretta*, perché i poveri o i malati non formano punto collettività (quando mai sarebbero collettività *più estese*, se dall'asilo o dall'ospedale non sono esclusi coloro che non appartengono allo Stato o al Comune). L'interesse del patrimonio seguita ad essere di tutta la collettività; la sola differenza è che questa se ne è spogliata per dare a quel patrimonio una vita indipendente dal patrimonio suo proprio.

Il collegamento *d'investitura* delle collettività col patrimonio è un collegamento che ha una certa somiglianza esteriore con quello di *proprietà*, in quanto dispositori del patrimonio, sia pure colle limitazioni portate dallo *scopo*, sono in qualche grado quegli stessi componenti la collettività, alla cui utilità esso è destinato. Manca bensì quella che vedemmo essere la nota fondamentale della proprietà (individuale), l'*inerenza* del patrimonio al centro unificativo; ma l'*esclusività*, che è il carattere più appariscente della proprietà, viene data al collegamento dall'organizzazione unitaria della volontà; e questo carattere emerge sempre più, a misura che col salire dai più bassi ai più alti gradi di collettività si affievolisce nelle parti, a vantaggio del tutto, l'intensità dei diritti di partecipazione.

Enumerare anche per sommi capi le diverse configurazioni di enti con investito collettivo sarebbe entrare nello sviluppo

speciale dello studio delle persone giuridiche; lo che esorbita dal nostro tema. Basti insistere sull'osservazione già fatta del graduale rallentarsi del collegamento mano mano che lo *scopo* dell'ente pur rimanendo *interno* alla collettività si fa esterno alle persone fisiche dei componenti, specie passando dal campo del diritto privato a quello del diritto pubblico. Finché si arriva a quella tal *zona grigia* di figure di subbietti (come in prima linea lo Stato), nei quali non è più tanto facile dire se lo scopo del patrimonio sia *interno* o *esterno*, se vi sia o non una collettività *investita*, se per conseguenza esse siano da classificare nella seconda o nella terza categoria di *persone*.

Nei gradini più bassi della collettività la personalità giuridica può in certo senso dirsi *provvisoria*, al pari di quella di certi enti a scopo provvisorio esterno (sopra accennati), in quanto lo scopo dell'autonomia conferita al patrimonio dalla legge, in armonia colla volontà dei membri della collettività, non è che di rendere più agevole il processo economico inteso a conseguire vantaggi alla comunione dei membri stessi, ma in sostanza questo patrimonio autonomo si risolve in un patrimonio *comune* dei soci. La personalità non fa che conferirgli quell'unità *esteriore* che la comunione non avrebbe e senza di cui lo svolgimento dei rapporti economici riuscirebbe difficoltoso e imbarazzante giuridicamente. Quando questo scopo transitorio è raggiunto (o messo nell'impossibilità di raggiungersi o rinunziato dai soci stessi), cessa la ragione della personalità, e il patrimonio riprende anche all'esterno tutti i caratteri della comunione, seguita immediatamente dalla divisione cioè dallo scioglimento della collettività formatasi appunto per quello scopo. Ma ciò che ognuno riprende non può dire d'averlo acquistato *dalla* società, come ciò che il socio aveva conferito non l'aveva dato *alla* società. Egli aveva immesso in società, e ciò che guadagna nella ripresa è un acquisto fatto *mediante* la società. Questa persona svanisce allora come se non fosse esistita. Ciò non vuoi dire che sia stata una finzione: essa ha effettivamente vissuto e operato come persona del diritto. Ma il suo compito provvisorio fa sì che, questo esaurito, non si tenga più alcun conto della funzione da essa esercitata.

Quando invece lo scopo della collettività, sebbene *interno* ad essa, non riguarda tanto le persone di coloro che la costituiscono, ma gl'interessi di tutta una classe, una casta, un ordine di persone, a cui i costituenti appartengono, sicché la collettività è destinata a continuare coi successivi appartenenti a quella categoria di persone, anche il concetto di *comunione* si affievolisce e la personalità giuridica prende maggior risalto perché assume un carattere *permanente*, che trascende l'interesse dei temporanei componenti e sopravvive loro. Si affievolisce, ma non sparisce, perché anche qui se lo scopo vien meno per una causa qualsiasi, e la collettività si scioglie, il patrimonio si divide fra coloro che la compongono in quel momento. Finché in ultimo anche ogni traccia di *aspettativa* sulla *quota* sparisce, e della comunione non resta che un debole filo (collegamento *d'utilizzazione*).

Figura intermedia fra le due è la *società anonima* che partecipa dei caratteri della collettività a scopo transitorio e di quella a scopo permanente. Essa è bensì costituita nell'interesse personale dei componenti, ma implica quasi sempre un interesse più generale e duraturo, e in ogni modo l'avvicinarsi abituale di quelli nell'interno della collettività rende evanescente il concetto di comunione, quasi quanto nelle collettività a scopo permanente. Dalle quali tuttavia si distanzia, perché più diretto ed esteso è l'impero della volontà dei componenti sul patrimonio della collettività, e perché permane in tutta la sua vigoria la *proprietà della quota*, che è l'elemento positivo più visibile della *comunione*.

Dunque dal punto di vista del rapporto interno tra lo elemento *umano* e l'elemento *reale*, si ha la distinzione fondamentale dei subbietti giuridici nella triplice categoria di patrimoni *appropriati*, – patrimoni *con investito* individuale o collettivo simile a proprietario, ma vincolati a uno scopo proprio di esso investito (patrimoni *a scopo interno*) – e patrimoni *senza investito umano* (patrimoni *a scopo esterno*). La quale dovrebbe sostituire quella volgare di *persone fisiche, associazioni e fondazioni*. Questa infatti non è rigorosamente logica, perché non promana da un criterio comune; le prime due categorie tengono di mira l'elemento umano, che viene abbandonato nella terza, per far luogo ad una astrazione, tutt'altro che adatta a comprendere tutte le figure di subbietti che

rientrano in quest'ultima categoria. Oltrediché si hanno persone fisiche investite d'un patrimonio, che non possono però entrare nella prima categoria di subbietti, e associazioni, o meglio, collettività umane, che solo apparentemente si mostrano investite del patrimonio, con cui non hanno in realtà che un vincolo di amministrazione. Infine quella classificazione chiude l'adito a quasi tutte le forme di personalità temporanea o provvisoria, che pure vedemmo doversi ammettere.

Ma se esistono subbietti patrimoniali *senza investito umano*, se non sempre l'investito individuale è proprietario, e se dovunque l'investito non è individuale non esiste vero collegamento di *proprietà*, com'è che noi parliamo di *diritto di proprietà* per tutte le categorie di subbietti?

Per la solita molteplicità di sensi attribuiti a una parola.

Nel concetto di *proprietà* inteso nel senso più generale si racchiudono tre diverse manifestazioni, che marcano in sostanza tre gradi di collegamento nell'interno del patrimonio: la *signoria*, l'*investitura*, l'*appartenenza*.

Quest'ultimo è il collegamento più semplice ed elementare, e si ha *in qualunque unità patrimoniale*, senza bisogno di intervento umano. L'unificazione data dallo scopo e consacrata dal diritto obbiettivo opera già l'*appartenenza* delle singole cose al complesso in cui sono unificate.

La seconda forma di collegamento che noi chiamiamo *investitura* si ha dovunque l'elemento umano (individualmente o collettivamente) si costituisce come centro o nucleo del patrimonio, cosicché questo risulta giuridicamente in un certo rapporto di dipendenza da quello.

Vera *proprietà*, in senso stretto (e solo adottabile come desiderato scientifico), si ha quando gli elementi obbiettivi del patrimonio si trovano sotto la esclusiva *signoria* (dominio) o per gli scopi d'un sol uomo e con destinazione esclusiva a lui e ai suoi eredi. Ma l'unità data alla collettività, specie quando ha una realtà extrapatrimoniale, simula con grande approssimazione la figura della proprietà anche nella semplice investitura. E per l'affinità degli effetti giuridici il vocabolo si applica anche nei patrimoni senza investito, considerando fittiziamente come tale quell'astrazione con

cui designiamo l'intero complesso patrimoniale unificato dal suo capo. Ma questo non ha altra portata che metaforica. La realtà è che esistono patrimoni *senza* investito umano, cui il diritto riconosce tuttavia la subbiettività di diritto privato. Qui alla *proprietà* non resta altro significato reale che di *appartenenza*.

L'imperfezione del nostro linguaggio giuridico in questa materia si spiega da che storicamente tutto il sistema dei diritto patrimoniale si è costituito sul concetto di dominio, di signoria e libera disponibilità dell'uomo sulle cose; cosicché il rapporto di pertinenza non si sciolse per lungo tempo dal rapporto di signoria, dal concetto di *potere* dell'uomo sulla cosa. Torneremo su questo punto più oltre.

Intanto tiriamo i risultati di questa analisi.

Nessuna delle connessioni che esistono fra l'uomo e le cose può darci il substrato della *personalità*. Nemmeno il collegamento di proprietà si presta all'uopo. La *proprietà* non è della *persona*, ma dell'*individuo umano*. Se noi l'attribuiamo alla persona, è perché colla parola proprietà comprendiamo tanto la *signoria* quanto l'*appartenenza*, che sono due concetti ben differenti. La signoria è una forma specialissima di appartenenza. Essa è dell'uomo, o al più (in senso meno proprio) della collettività unificata (più propriamente *investitura*). L'appartenenza è dell'intero *subbietto*, in quanto consideriamo in esso il rapporto fra le parti e il tutto.

8. Il patrimonio come substrato della personalità.

Ora se noi abbiamo trovato che per una intiera categoria di subbietti l'elemento umano non fa parte del substrato della persona né in forma individuale né in forma collettiva, vuol dire che in essa la personalità fa capo al solo patrimonio; e per ulteriore illazione il *patrimonio*, come solo elemento comune a tutte le categorie di subbietti, dovrà assumersi a substrato della personalità giuridica di diritto privato

I rapporti giuridici di diritto privato corrono difatti *fra unità patrimoniali*, nell'interno delle quali non sempre l'individuo umano, solo o associato con altri individui, è parte integrante mentre talora non vi rappresenta che l'*istrumento* pei rapporti d'azione, ovvero un temporaneo investito che mette a profitto le

utilità del patrimonio, il quale esiste per uno scopo che trascende la sua individualità.

Prima di affrontare le obiezioni che si elevano contro la sussunzione del patrimonio a substrato della personalità, sarà bene ricordare ancora una volta la distinzione da noi già fatta tra personalità giuridica vera e propria o *sostanziale* e personalità giuridica puramente *formale*. Non è di questa seconda, ma della prima che noi ci occupiamo, ed è ad essa che alludiamo quando diciamo che i suoi rapporti giuridici fanno capo al patrimonio. La personalità *formale* riguarda i rapporti d'*azione*; essa è conferita dal diritto (nel campo privatistico) per facilitare codesti rapporti, dando una distinta *rappresentanza* a parti di patrimoni diversi dedicate a scopi comuni o alle frazioni di un patrimonio cui è impresso uno scopo speciale, con *tendenza* nel primo caso alla fusione in unico patrimonio e nel secondo caso alla separazione dal patrimonio genitore. Ma senza che questa unità o questa autonomia sia sostanzialmente raggiunta; inquantochè gli effetti dei loro rapporti d'azione si realizzano direttamente, nel primo caso, nei singoli patrimoni partecipanti, e nel secondo caso, nel patrimonio genitore. Che anzi, tanto manca che la personalità puramente formale faccia capo al patrimonio, che essa può benissimo riscontrarsi anche senza patrimonio, cioè senza che esista un fondo speciale dedicato ad uno scopo separato, né in atto né in potenza. Più persone che si propongono uno scopo comune di non lunga durata possono sentire il bisogno di una rappresentanza unica che agisca per loro nei rapporti diretti a questo scopo, senza che al conseguimento di esso occorra la formazione di un fondo speciale, sia pure non perfettamente separato ed autonomo. In tal caso l'unica personalità che la legge può conferire è appunto quella formale. E il caso non ne sarà frequente, poiché per lo più basterà la volontà dei partecipanti allo scopo per costituirsi spontaneamente, in via convenzionale, unità di rappresentanza. Bisogna che ci sia di mezzo un qualche interesse pubblico che renda necessario o utile coartare delle volontà ribelli, perché intervenga a questo scopo la legge (consorzî coattivi, massa dei creditori nel fallimento).

La personalità giuridica vera e propria suppone nell'ente personificato un patrimonio autonomo ben distinto e separato dai patrimoni dai quali ha avuto derivazione. Ed è questo patrimonio il termine dei rapporti giuridici dell'ente; è in lui che si producono

le modificazioni a cui il rapporto è diretto; è lui che bisogna riconoscere come substrato della personalità.

A questo sistema, che dà il *patrimonio* come *substrato* della personalità giuridica, muove l'A. parecchie obiezioni. Ma quella su cui più spesso insiste è che esistono, secondo egli afferma, enti giuridici dotati di personalità, ove il patrimonio può mancare senza che la personalità venga meno. Il patrimonio (egli dice a p. 376) è soltanto *un mezzo* d'attuazione dello scopo e «può anche transitoriamente mancare, senza che perciò l'istituto debba considerarsi necessariamente estinto», né «è escluso che un istituto sorga giuridicamente anche senza avere un fondo patrimoniale, quando per altre circostanze o per il meccanismo dell'opera può esser certo che i beni affluiranno per altra via (oblazioni)». E a p. 438 e seg.: «niuna esigenza concettuale impone che per l'esistenza d'un soggetto sia già reale un patrimonio. Noi certo non diciamo che per l'esistenza dell'uomo come soggetto di diritti è necessario che abbia un patrimonio, o neghiamo la qualità di persona a chiunque non abbia o finché manchi di diritti aventi un valore pecuniario: a noi basta ch'egli sia capace di acquistare tali diritti, non che ne sia attualmente ed effettivamente investito. Lo stesso è per le persone giuridiche. Noi non possiamo ricusare la qualità di soggetti a delle collettività ed organizzazioni riconosciute, sol perché esse non hanno ancora dei diritti patrimoniali, quando hanno tuttavia l'attitudine ad acquistarli». Quindi domanda ironicamente: «A quanto dovrà ascendere il patrimonio per acquistare il carattere di persona giuridica? Una corporazione riconosciuta non è soggetto, ma appena uno dei membri si muove a compassione di darle dieci lire, questa oblazione lo fa diventar persona giuridica?». E via di questo tono.

È chiaro anzitutto da questi brani, che l'A. si fa del *patrimonio* un concetto affatto materialistico.

Nel patrimonio, come noi qui l'intendiamo, entra tutto ciò che ha un valore economico apprezzabile. Non solo le cose; non solo i *crediti* (diritti), che sono aspettative di beni giuridicamente fondate e munite d'azione, e che già non sono più cose materiali o corporali, *presenti*; ma anche le aspettative semplici, le mere speranze di beni futuri, le attitudini a procurarli entrano a costituire il patrimonio come termine possibile di rapporti economici, e perciò giuridici. Poiché esse fondano il *credito*, che è un elemento di patrimonio

apprezzabile. Ora queste *speranze* (della cui presenza sembra che anche l'A. senta la necessità) sono quanto occorre per l'esistenza di quel patrimonio embrionale che basta a sorreggere la personalità. Noi accettiamo perfettamente il paragone colla persona fisica umana, poiché sosteniamo che anch'essa in tanto entra fra le persone giuridiche (del diritto privato patrimoniale) in quanto è una unità patrimoniale. Il più sicuro sintomo di patrimonio si ha nella possibilità di *obbligarsi*. Contrarre obbligazione vuoi dire *vincolare il patrimonio*: questo importa che il patrimonio c'è. Anche l'uomo che non ha, nonché *dieci lire*, nemmeno una camicia per coprirsi, può obbligarsi, cioè vincolare il proprio patrimonio. Per l'ente che non ha personalità indefettibile come l'uomo, il patrimonio economico non diventa giuridico senza il riconoscimento specifico dello Stato; tocca quindi allo Stato di tutelare il credito negando la personalità dove non vede traccia di beni presenti o di prossima sicura formazione. Ma se il riconoscimento (in modo esplicito o implicito) è dato, e con esso la possibilità d'obbligarsi, e se questa possibilità si traduce in realtà, vuol dire che un patrimonio esiste, altrimenti su che verserebbero i rapporti giuridici dell'ente? Essi mancherebbero di *obbietto*, anche volendo assumere come *subbietti* gli uomini che li pongono in essere.

L'obbiezione del resto è comunissima.

Similmente Hölder, p. 243, per dimostrare che la *fondazione* può esistere *senza patrimonio*, domanda; che forse sono soltanto i mezzi pecuniari che contano? e non conta nulla il credito degli amministratori? Certo che conta, e ai momentanei imbarazzi finanziari dell'ente può esser benissimo che il pubblico, i creditori, non perdano in esso la loro fiducia per la stima riposta nella valentia e onestà degli amministratori. Ma questo cosa prova? che anche quel credito, che è credito dell'ente, fa parte del suo patrimonio, e tanto ne fa parte, che se esso potesse tradursi in titoli negoziabili (per es., in *obbligazioni*), queste conserverebbero un valore anche durante la crisi pecuniaria, e il pubblico continuerebbe ad acquistarne, appunto per la sicurezza che questa sarà superata⁹⁾.

9) Hölder arriva a trovar mancante di patrimonio una fondazione in cui il fondatore si obbliga irrevocabilmente di versare certa rendita per un determinato scopo; ma quella promessa non suppone forse un patrimonio in cui va a collocarsi sia pure in forma di credito prima che sia realizzata?

Siamo dunque d'accordo coll'A., che non occorre punto che l'ente sia fin da bel principio *sufficientemente dotato*; anzi può essere per qualche tempo non dotato affatto, ed esistere soltanto l'*aspettativa* d'una dotazione futura, che il riconoscimento dato dallo Stato ha valso ad accreditare; ma questa aspettativa è già un principio di patrimonio, poiché permette all'ente di entrare in rapporti patrimoniali.

Il patrimonio comprende insomma anche i *beni futuri* (cf. art. 1948 cod. civ.). Quindi nulla osta che esso possa constare temporaneamente di *solis beni futuri*. Si dirà: con ciò il patrimonio non è più una *realtà*. Non è una realtà tangibile, materiale; d'accordo. È una realtà *sui generis*, e precisamente dello stesso genere del rapporto giuridico che a lui fa capo. Nulla di più concreto e reale (non mica soltanto di realtà *concettuale*!) del rapporto d'obbligazione, ma nulla di meno tangibile. Quando diciamo che un individuo si è obbligato (in senso patrimoniale) pensiamo subito a un vincolo, ma che non ha nulla di materiale perché non lega lui uomo e nemmeno le sue cose singolarmente prese; pensiamo a un vincolo *ideale* che ha un termine egualmente *ideale*: il suo patrimonio, la sua sfera di potenzialità economica. Non è punto necessario che l'oggetto d'una trasmissione o d'un acquisto *giuridico* sia una cosa presente, come è necessario che lo sia per la trasmissione o l'acquisto *di fatto*. Insomma il rapporto *giuridico* è essenzialmente un rapporto *ideale*; è naturale perciò che anche i suoi termini siano termini ideali.

Su questo punto, del resto, cioè sulla natura reale-ideale del subbietto giuridico ci troviamo in sostanza d'accordo coll'A., sebbene egli riponga altrove il substrato della personalità. Ci piace riportare in proposito il seguente brano, ispiratogli dal Rümelin, cui sottoscriviamo volentieri:

«Il concetto di realtà è relativo e variabile nei diversi campi della conoscenza. Quando per reale s'intende tutto ciò che è percepibile ai sensi, certo le persone giuridiche non sono reali, ma non sono reali neanche i concetti delle scienze astratte ed in particolare non è reale il nostro mondo giuridico. Ma ove il concetto di reale si allarghi a tutto ciò che per il nostro pensiero esiste, in antitesi a ciò che è immaginario o finto, allora nessun dubbio che le persone giuridiche sono una realtà. Esse sono reali nello stesso senso e

modo, come sono reali le altre forme giuridiche, come è reale un'obbligazione, l'eredità, un contratto. Realtà ideale giuridica non realtà corporale sensibile» (p. 390).

Non occorra avvertire che questa *realtà ideale* non ha nulla che fare con quella *realtà esistente solo nel nostro pensiero* con cui si tenta altrove dall'A. di giustificare l'esistenza unitaria della collettività, come, per es., del gregge, di fronte a quella dei suoi componenti (e di cui ci occupammo a suo tempo), sebbene ad essa l'A. si illuda di applicare anche il ragionamento su riportato.

Prendiamo dunque il *patrimonio* nel senso economico giuridico, non nel senso volgare, e la difficoltà sollevata dall'A. in massima parte sparisce.

Economicamente e giuridicamente entra insomma nel concetto di patrimonio anche la *potenzialità patrimoniale*.

Volendo dare una designazione tangibile al *patrimonio* inteso in questo senso, bisogna fermarsi all'idea della *cassa*, d'un contenente, cioè, che può esser tuttora senza un contenuto. Questo era infatti il *fiscus* (canestro, cesto, destinato a tener denaro; similmente *aerarium*). Non è il contenuto, ma il recipiente ideale di esso che il diritto prende in considerazione nel conferimento della capacità patrimoniale. Che il *fisco* sia pieno o vuoto ha importanza per gli effetti pratici del rapporto, non per gli effetti giuridici. E chi contratta impegna il proprio *fisco*; tocca all'altra parte di preoccuparsi del contenuto. Gli enti giuridici che per il loro nome meglio rispondono a questo concetto sono appunto le *Casse* (casse di risparmio, casse per gl'invalidi, casse di depositi e prestiti, ecc.). Le persone giuridiche sono *casse* che entrano in rapporto fra loro, per opera dei loro amministratori.

Allora sparisce quella *pericolosa metafora* che l'A. ravvisa nel dare come subbietto il patrimonio; pericolosa, perché «*i beni* possono mancare accrescere, diminuire, ma questa fluttuazione economica non attacca la personalità: il soggetto resta costante» (p. 441). Certo, perché resta costante il patrimonio, come *ens iuris*, resta ferma la cassa nelle variazioni del suo contenuto, anche quando non c'è nulla, anche quando il patrimonio è costituito da *debiti*.

«Lo stato *passivo* d'una fondazione, dice Meurer e ripete l'A. a pag. 446, è per la sua esistenza indifferente, come il carattere della personalità fisica non può esser messo in dubbio per l'insolvenza».

Il ravvicinamento è esatto: ripetiamo. Ma perché anche l'insolvente ha un patrimonio; anzi è proprio questo che vincola i rapporti di debito.

L'A. parla di persone giuridiche «in cui il patrimonio è solo eventuale, potenziale, sperato, come quando sia riconosciuto come persona giuridica un Comitato per raccogliere oblazioni, senza aver ancora raccolto niente» (p. 171). Ma la stessa speranza di future oblazioni, *se trova credito*, è già un valore economico sufficiente a costituire substrato patrimoniale. Se il Comitato intende raccogliere fondi, vuoi dire che ha già una *cassa* ove riporli. La personalità conferita allora fin dall'inizio, ma col bisogno e colla aspettativa (che lo Stato, nell'atto del conferimento, avrà riconosciuta fondata) di una sollecita realizzazione di mezzi, serve appunto ad agevolare questa realizzazione sfruttando il valore economico dell'aspettativa. Ciò che il Comitato può fare, per es., contraendo un debito. Con che la persona giuridica incomincia a funzionare e si fa viva. A parte quei rapporti, per cui basta al Comitato il possesso di una semplice personalità formale, ogni suo rapporto patrimoniale implica di necessità l'esistenza d'un patrimonio autonomo, per embrionale che sia.

Appunto la previsione che una dotazione patrimoniale sia per occorrere pei suoi fini ad una collettività o ad una istituzione può spingere il legislatore, che questi fini vuoi secondare, ad una disposizione d'ordine generale che collochi *ab origine* questi enti tra le *unità patrimoniali*, cioè a riconoscerle come persone giuridiche, anche se meramente potenziali per qualche tempo. Di qui la personalità attribuita alle *Camere di commercio*, alle *Congregazioni di carità*, ai *Comuni* mancanti *transitoriamente* di patrimonio (p. 443). E anche più razionalmente quella attribuita a enti che appunto nascono coll'esclusivo intento di mettersi in rapporti patrimoniali, come il *Consorzio nazionale*, come i *Comitati d'esposizione* e i *Comitati d'oblazione* e simili, i quali si propongono di adempiere i loro scopi mediante *fondi raccolti per pubbliche sottoscrizioni* o *contraendo delle obbligazioni mediante emissione di azioni*. L'A. (p. 444) trova qui «un caso tipico di persona giuridica

che nascendo si costituisce un patrimonio ... passivo!». Lasciamo andare che se l'*emissione di azioni* crea una passività, quelli che comprano le azioni devono ben versarne il corrispettivo, e quindi insieme col patrimonio passivo sarà nato anche un patrimonio attivo, e anche tangibile e sonante (Similmente quando si dice che «le Camere di commercio che non hanno rendite possono provvedere alle somme occorrenti *mediante l'imposizione di tasse*» o che «i Comuni possono transitoriamente mancare di patrimonio ed aiutarsi colla *imposizione di tributi*» (p. 443), non si prova che possa farsi a meno del patrimonio, ma si prova precisamente il contrario, le tasse e i tributi essendo appunto diretti alla formazione di un patrimonio; al che provvede l'ente come soggetto *pubblicistico*). Ma supposto pure il caso estremo, di un comitato o ente, che in previsione di futuri fondi, profittando intanto della personalità giuridica ottenuta, contragga un impegno senza corrispettivo. Che cosa intendono vincolare in tal caso gli amministratori, o promotori che siano, dell'ente? forse sé stessi o i patrimoni propri? No di certo, se l'impegno non è preso in nome proprio ma dell'ente. E se tuttavia quel vincolo affetta necessariamente un patrimonio, altrimenti non avrebbe contenuto, vuol dire che, per quanto costituito di attività future, un patrimonio esiste del quale quei signori sono semplici rappresentanti. Materialmente lo diremo un patrimonio *in potenza*, i cui creditori potranno anche rimanere a mani vuote (lo che accade non raramente anche in presenza di un patrimonio materialmente *attutale*, poiché il vincolo non affetta le singole cose, ma *l'ens iuris*), ma in ogni caso esso è un patrimonio sufficiente a sorreggere un rapporto obbligatorio; poiché se un tale rapporto esiste, bisogna bene che ne esistano i termini attivo e passivo, e questi termini sono due patrimoni, uno vincolante e uno vincolato.

La nostra prima risposta pertanto all'obiezione che vi sono persone giuridiche senza patrimonio consiste nel ristabilire la nozione del *patrimonio*, che non è un aggregato di cose materiali, ma un'entità giuridica che comprende in unità ideale ogni valore economicamente apprezzabile che può essere utilizzato per un dato scopo, pur esistendo solamente *in spe*.

Dopo ciò non si nega la possibilità che lo Stato attribuisca talora la personalità giuridica prima di accertarsi che un patrimonio

occorre ai fini d'una collettività, riconosca cioè per caso una *cassa* là dove manca persino qualsiasi aspettativa di beni futuri.

Ma questa sarà una personalità *puramente nominale*, una personalità, se così posso esprimermi, *senza la persona giuridica*.

Che cos'è infatti il conferimento della *personalità*? Con questa è data la *capacità* patrimoniale, l'attitudine legale a entrare in rapporti patrimoniali, non ancora, se già non esistano, gli elementi economici, il *patrimonio*. La personalità giuridica è una diretta emanazione della legge, non così il patrimonio. Creando la personalità giuridica lo Stato non fa che predisporre la *casella* per un nuovo subbietto di rapporti patrimoniali, *nella supposizione* che esista un patrimonio da rendere autonomo, sia pure in forma di semplice cassa destinata a contenerne gli elementi; vale a dire, che esistano in sostanza dei bisogni economici che spingano la collettività a entrare in rapporti giuridici. (Diciamo la collettività; questo caso infatti non è possibile che nella seconda categoria di subbietti: non per l'individuo umano che ha, come persona fisica, bisogni indefettibili; non per i subbietti senza investito umano, poiché la loro esistenza implica già l'esistenza d'un fondo patrimoniale).

Se dunque, e finché, il patrimonio assolutamente manca, la casella rimarrà vuota, la personificazione lettera morta, e la persona giuridica non esisterà che sulla carta. Poiché persona giuridica è nozione relativa, non assoluta, significa termine di dati rapporti, e non esiste il termine, se non esistono rapporti, o come reali o come possibili.

Così si spiega la possibilità di una *personalità giuridica senza patrimonio*: esisterà come categoria, non come realtà funzionante. E lo Stato può correre effettivamente questo rischio: di assegnare una personalità che rimarrà sempre casella vuota, personificando un ente che non sarà mai persona, ovvero di lasciar persistere una personalità che non ha più possibilità di funzionare come tale (collettività cui viene soppressa ogni dotazione, senza sopprimerne la personalità).

Tutto l'effetto che può avere il conferimento della personalità ad associazioni formate per scopi non economici e che non hanno bisogno di mezzi economici per raggiungere il fine loro proprio, è

una facilitazione dei *rapporti d'azione*, per l'unità di rappresentanza che ciò procura loro, dato che il possesso d'una personalità *formale* sia per esse desiderabile nelle loro relazioni extrapatrimoniali.

Si ammetta pure, perciò, che esistono corporazioni le quali *non hanno bisogno d'un patrimonio*, perché, come dice l'A., «la loro attività si esaurisce coll'opera personale degli associati» (p. 441). Solamente si aggiunga che codeste corporazioni in tal caso non hanno bisogno affatto neppure della *personalità*. Finché la *beneficenza* si esercita dagli associati con opere individuali di carità, disponendo dei rispettivi patrimoni, e riunendosi per concertarsi sul modo migliore di esercitarle, e magari mettendo anche insieme un fondo a cui attingere singolarmente alle occasioni, o incaricando una data persona di provvedere alle distribuzioni ai bisognosi, per tutto ciò non occorre all'associazione la personalità giuridica. Se anche l'ha, in forza d'una disposizione di legge generale che comprende eventualmente anche lei (come assicura l'A. che accade in Italia per *diecimila confraternite prive di patrimonio*), essa è una parola senza significato pratico, lettera morta, *casella vuota*.

Sa dirci l'A. a cosa serve e come si esplica la personalità giuridica d'una associazione, i cui componenti «stabiliscono (com'egli dice) di raccogliersi in chiesa in certe solennità religiose, di assistere e servire i confratelli infermi, trasportarli al cimitero e recitar preci in suffragio delle loro anime»? – o a quel *gruppo di dotti* «che è riconosciuto come persona giuridica *per tenere delle riunioni ora in casa dell'uno ora in casa dell'altro, scambiare delle idee, fare delle discussioni, costituendo un'alta scuola di mutuo insegnamento*? A meno che la persona giuridica non prenda parte a quei pii esercizi ispirandoli, o a queste dotte discussioni portando i suoi lumi!...

Certo, se quei pii confratelli sentiranno il bisogno di dare uno sviluppo alle loro istituzioni, dedicando essi stessi o ricercando una dotazione pei loro scopi, onde assicurare l'adempimento di questi anche per un lontano avvenire; e quel gruppo di dotti sentirà il bisogno d'avere prima un locale proprio ove riunirsi e quindi un fondo permanente onde tenersi al corrente del progresso scientifico e provvedersi di libri, di strumenti, di quanto occorre per accrescere e promuovere la cultura propria e degli altri dotti che mano mano si aggregeranno loro e loro succederanno, se insomma queste associazioni cominceranno a sentire il bisogno di mezzi economici

propri, ecco che si troveranno in grado di apprezzare il vantaggio d'una capacità giuridica di entrare in distinti rapporti patrimoniali. Patrimonio e persona giuridica faranno così insieme il loro ingresso. E un governo saggio attenderà quel momento per conferire la personalità, se troverà socialmente vantaggiosi gli scopi.

Giudice dell'opportunità del riconoscimento è, e deve essere, lo Stato. L'A. accenna all'esistenza di istituti pii non riconosciuti, come certi ospizii mantenuti dalle piccole suore dei poveri, che provvedono alla loro esistenza coll'elemosina di benefattori giorno per giorno; e domanda: «quale ostacolo giuridico che a tali Istituti sia prestato il riconoscimento?» (p. 446). Nessun ostacolo *giuridico*. Solo è da vedere se l'importanza dei rapporti che loro occorrono è tale da spingere essi a chiederlo e lo Stato a concederlo. Finché questo bisogno non esiste, la personalità non sarà loro di alcun vantaggio.

Del resto, la questione: quand'è che lo Stato deve conferire la personalità giuridica è una questione di legislazione, cioè di etica sociale, non di diritto. La scienza del diritto presuppone la legge già fatta, non ha nulla da insegnare al legislatore. Deve perciò dirsi fuori del nostro tema la pretesa, sulla cui infondatezza possiamo convenire pienamente coll'A., d'imporre limiti alla facoltà del legislatore, con incastrare nella definizione della persona giuridica dei caratteri arbitrarii, come quello che debba esistere già una *dotazione attuale*, che sia in giuoco un *interesse perpetuo* o un *fine d'utilità pubblica*, e via dicendo. È la definizione che deve indursi dalle norme di legge, non queste dalla definizione.

Una volta costituita la personalità, e non sopravvenuta una causa d'estinzione, possono venir meno i fondi, ma non il patrimonio. Se un creditore della società munito di titolo esecutivo non trova nulla da afferrare, ciò significa che il patrimonio sociale è insolvente, non che non esiste. Appunto come dovrebbe dirsi del patrimonio d'un individuo. La cassa sarà vuota, ma non perciò meno suscettibile di riempirsi nuovamente. A meno che le circostanze di fatto importino che una simile aspettativa sia del tutto per sempre svanita. Nel qual caso, se per legge non determina l'estinzione della personalità, e se lo Stato la lascia sopravvivere, questa sopravvivrà, ma senza nessun effetto, come semplice titolo decorativo.

– Ad ogni modo, prosegue l'A., non si può mai elevare il patrimonio a *requisito costitutivo*.

«Il patrimonio è *oggetto* del diritto, ma non parte del *soggetto*. Le persone giuridiche *hanno* un patrimonio, non *sono* un patrimonio: il patrimonio riguarda l'*avere*, non l'*essere*. Qui ha influito una confusione tra *pertinenza* del diritto e *capacità* del diritto. Le persone giuridiche sono *capaci* d'avere un patrimonio, poiché ciò non è che un lato della generale capacità giuridica di cui godono, ma non sono *titolari* d'un patrimonio. Altro è l'attitudine ad acquistare, altro è avere acquistato» (p. 442).

La seconda parte di questo ragionamento torna sull'argomento già trattato. Certo, la sola *capacità* d'avere un patrimonio non è ancora il patrimonio. L'attitudine ad acquistare, se s'intende nel puro senso di capacità giuridica non è che la condizione negativa per la personalità; è la remozione d'un ostacolo; lo Stato può conferirla anche dove non occorre. Ma se s'intende nel senso economico di disposizione a procurarsi dei beni onde far fronte al fine, si ha la condizione *positiva*, il substrato della personalità, perché si ha già il patrimonio, quell'attitudine essendo di per sé economicamente un valore.

Ma si dice: il patrimonio non può essere *oggetto* e *soggetto* nel tempo stesso; la persona non può nel tempo stesso *avere* ed *essere* un patrimonio. L'incompatibilità dei due concetti è evidente. Ma si confondono così due relazioni ben diverse.

Chi *ha* non è la *persona*, ma *l'uomo* o un *gruppo di uomini*. Ma vi sono patrimoni che nessuno *ha*. Nel primo caso la persona è il patrimonio insieme coll'uomo o il gruppo che *lo ha*; nel secondo caso è il patrimonio da solo; il patrimonio, che l'uomo amministra, ma non *ha*. L'*avere* riguardo l'*investitura umana* del patrimonio. Ma con investito o senza, il patrimonio è la persona giuridica. Il patrimonio è *oggetto del diritto*, se per diritto s'intende il *collegamento* giuridico fra l'uomo e le cose, la *proprietà*. Ma è *soggetto del diritto*, se per diritto s'intende il *rapporto* giuridico fra persona e persona, cioè (nel campo patrimoniale) fra patrimonio e patrimonio.

Ma non è *patrimonio* un'accozzaglia di beni: occorre un vincolo unificativo, per la nozione del patrimonio. E questo vincolo unificativo, che ora è un investito umano, ora una semplice

astrazione come lo *scopo*, non può essere assunto lui a substrato della personalità separatamente dai beni che unifica, per le ragioni sopra esposte.

Infatti, data anche la presenza d'un investito umano, o questo lo si considera in rapporto con altri subbietti, e non può presentarsi che appunto come *investito*, cioè insieme col patrimonio, non concependosi rapporti patrimoniali senza patrimonio, o lo si considera di fronte al proprio patrimonio, e non siamo più in presenza d'un *rapporto giuridico*, ma d'un semplice *collegamento*. Quando poi un investito manca, o anche quando la collettività investita del patrimonio non ha per sé stessa una reale individualità (all'infuori di quella conferitale dallo stesso patrimonio), dov'è o qual'è la *persona giuridica* che *ha* il patrimonio? Non c'è via di mezzo: o assumere come tale una mera astrazione (per es. lo scopo, la volontà cristallizzata, ecc.), o assegnare questa parte all'amministratore o al collegio amministrativo, come appunto fa l'A., incorrendo così nella duplice contraddizione d'una persona giuridica che *ha* un patrimonio ... *altrui*, e d'un *amministratore* eventualmente *senza patrimonio* da amministrare.

Capacità giuridica, nel senso che qui ci occorre di capacità *patrimoniale*, coincide appunto nel suo significato con *personalità giuridica*. E ciò che il diritto obbiettivo conferisce col suo *riconoscimento* è appunto la *capacità patrimoniale*: con che s'intende che il collegamento naturale prodotto dal processo economico viene rafforzato, e a quel complesso di beni (in senso latissimo) che o l'elemento umano o lo scopo tiene già debolmente unificato viene conferita una unità di grado superiore, in forza della quale esso può esser messo in rapporto da pari a pari colle altre unità patrimoniali.

Né perché l'ordine giuridico senta la spinta a conferire tale capacità occorre la effettiva attuale presenza di beni già reali, quando l'elemento unificativo, naturale o economico, esiste già colla aspirazione legittima ad una dotazione necessaria al conseguimento dei suoi fini. Giustamente perciò e l'uomo singolo e talune collettività d'ordine superiore, in cui tale aspirazione è connaturale, vengono dalla legge dotate di personalità in via generale e presuntiva, senza bisogno di speciali condizioni; e giustamente il codice germanico e la legge francese del 1901,

dall'A. ricordati (p. 443), fanno acquistare a certe associazioni la personalità o colla semplice iscrizione in apposito registro o colla semplice dichiarazione o deposito degli statuti presso la prefettura, senza che nei due casi si esiga la prova dell'esistenza d'un nucleo patrimoniale. O meglio il *nucleo* esiste nella *cassa* (nel *fisco*) della collettività. Se poi una cassa non esiste, cioè se non esistono bisogni collettivi da richiedere mezzi economici comuni, allora la personalità così conferita senza necessità è un nome e nulla più.

Nel chiudere la parte critica del suo lavoro, e passando in rivista ciò che i diversi sistemi hanno di buono e di difettoso, l'A. dice, a proposito del sistema di Brinz: «Nessuno può contestare che specialmente in materia di *fondazione*, esistano dei *patrimoni* destinati ad uno scopo; ma questa teoria si ferma al lato materialistico delle persone giuridiche senza badare che questa massa di beni non si muove da sé verso lo scopo, ma sono sempre degli uomini che si servono del patrimonio come mezzo per il raggiungimento di esso» (p. 329). Ed eccoci alla confusione dei rapporti giuridici coi rapporti d'*azione*. Senza dubbio i patrimoni non si muovono da sé. Ma nelle relazioni di diritto privato gli uomini mettono *in rapporto* non sé stessi, ma i patrimoni da essi guidati, e coi quali ora sì ora no si trovano personalmente in collegamento di signoria e precisamente non ci si trovano affatto *in materia di fondazioni*, dove gli uomini che *muovono il patrimonio* non sono che semplici *rappresentanti*, cioè *strumenti* (organi). Questo collegamento in ogni modo riguarda la costituzione interna propria di ciascun patrimonio, e rientra sotto tipi differenti, ma è estraneo al concetto di persona giuridica. Quanto poi al modo con cui gli uomini si servono o si debbono servire dei patrimoni al conseguimento dei loro scopi, è compito dell'economia, della morale, delle scienze sociali il dirlo, non della scienza del diritto costituito.

Accenniamo di volo altri rilievi dell'A. contro la teorica che assume come substrato il patrimonio: «non s'intende come nel patrimonio possano esser compresi dei diritti di natura diversa, come un diritto *al nome*, una *prerogativa onorifica*, una *nazionalità*, i *diritti corporativi*» (p. 171). Eppure in tanto degli attributi come il nome l'onore, ecc. sono tutelati dal diritto privato e provvisti di azione giudiziaria in quanto si ritengono *beni*, cioè attributi economicamente utili, tanto vero che il diritto li risolve in ragioni

d'indennità pecuniaria quando sono violati, non altrimenti di quello che fa se si menomano le utilità e i comodi d'un fondo. E quanto alla *nazionalità*, come pure ai *diritti corporativi*, essi entrano in un campo diverso dal diritto privato, sebbene il diritto privato non manchi di contemplarli e di tutelarli (come fa dei rapporti *di famiglia*) come presupposti per gli eventuali rapporti economici che vi si collegano.

E qui passiamo appunto all'ultima obiezione: *l'inapplicabilità della nostra concezione al terreno del diritto pubblico* (p. 171). Su ciò siamo perfettamente d'accordo. Ma resta a vedere se questa applicazione sarebbe legittima. I diritti politici (lo ripetiamo) non fanno capo alla personalità giuridica (com'è da noi intesa), perché non ne hanno bisogno. Già anche se la personalità giuridica potesse ridursi a una qualità dell'investito, anziché ad un modo d'essere del patrimonio, un attributo dell'uomo o dell'unità collettiva umana, anziché l'affermarsi dell'unità patrimoniale, non sarebbe affatto illogica la coesistenza di essa con altre specie di personalità, cioè in sostanza con altre qualità dello stesso ente. L'uomo, come lo Stato, potrebbe concepirsi benissimo persona giuridica e persona politica nel tempo stesso. Ma se in ciò si vedesse un'impossibilità logica, come sembra vedercela l'A. allorché combatte il sistema della persona collettiva reale, questa accusa non potrebbe mai rivolgersi al nostro sistema, pel quale il subbietto nei due ordini di rapporti è ben distinto: qui il patrimonio, là l'individuo o la collettività umana. Chi è che afferma che «lo Stato è *solo* una massa di beni (ivi)»? Anzi, appunto il nostro sistema separa così nettamente lo Stato dalla massa dei suoi beni, che ne fa due subbietti distinti. Noi non abbiamo nessun bisogno di attribuire *al patrimonio* dello Stato *i diritti di sovranità*, perché non siamo, come voi, legati a un preteso accentramento nella *personalità giuridica* propriamente detta di tutti i rapporti di diritto, di qualunque ordine essi siano. L'imbarazzo di spiegare come i diritti di sovranità si concilino coi vincoli contrattuali *dello Stato* riguarda voi, non noi. Né col negare che i diritti politici facciano capo a una personalità giuridica s'intende negare che possono fare a meno d'un *subbietto*; e a torto l'A. esclama: «come se il concetto di diritto fosse essenzialmente privato, o dei diritti pubblici si potesse fare a meno del soggetto!» (p. 172). Si nega solo (almeno da noi) che sia scientificamente utile aggruppare anche questi soggetti sotto

la denominazione di persone giuridiche. Lo Stato nei rapporti di sovranità e d'amministrazione è persona politica: il suo fisco è persona giuridica.

La nostra teorica non nega infine, o almeno non ha bisogno di negare, la realtà della collettività nelle *universitates*, né l'*attività signorile* dei suoi membri (p. 172), poi che ne fa anzi il *centro attivo* della unità patrimoniale. Noi non diciamo punto che «nella persona giuridica non c'è altro che un aggruppamento di beni» (p. 172). *Può esserci*, e farne parte sostanziale anche un aggruppamento di persone che domina anzi quello, tutt'altro che esserne un *servo umilissimo*. Ma diciamo che, in questo caso, e tanto più quando in cambio dell'*attività signorile* l'elemento umano non svolge in quello che una *attività amministrativa*, non è all'aggruppamento di persone, ma al patrimonio che direttamente i rapporti privatistici fanno capo.

Ma l'A. trova che «spezzare l'unica sfera giuridica che nell'uomo si accentra in due diversi subbietti, la persona fisica per i diritti extrapatrimoniali e la persona giuridica per il suo patrimonio» è un *trattamento artificioso* (p. 168). Io nego anzitutto che sia sempre la *persona fisica* il subbietto di codesti diritti extrapatrimoniali perché essi convengono in parte anche a delle collettività; però è verissimo che nei rapporti relativi a questi diritti il substrato del subbietto è sempre l'elemento *umano*; non c'è un'altra cosa, come il patrimonio, che gli uomini *mettono* in rapporto (solo in alcuni rapporti politici e internazionali si può assumere come subbietto il *territorio*); sono perciò essi stessi che individualmente o collettivamente si pongono come subbietti. Ma questo si deve alla differenza che passa tra i rapporti strettamente *sociali*, cioè quelli che si riferiscono alla formazione di unità sociali, come la famiglia e lo Stato, e i rapporti *economici* che operano invece su di un *altro* elemento esterno all'uomo e a lui necessario pei suoi fini naturali e sociali, e che riescono alla formazione di *unità economiche* o *patrimoni*. Mentre i rapporti che si svolgono *nelle* e *tra* le unità sociali non modificano, non limitano, non aumentano che attributi umani d'ordine psicologico, i rapporti economici modificano, aumentano, diminuiscono (mercé la produzione e redistribuzione delle ricchezze) il contenuto materiale delle unità patrimoniali, sicché è su queste in ultima analisi che il risultato di questi rapporti

si produce e si manifesta. Se l'organizzazione economica si fosse fermata alla formazione di soli patrimoni individuali, di patrimoni cioè in collegamento di subiezione col singolo individuo, l'idea della personificazione del patrimonio non si sarebbe nemmeno affacciata alla tecnica giuridica (di ciò si ha la conferma infatti nella *storia* del diritto privato), l'elemento patrimoniale potendosi allora ritenere come un accessorio della persona umana. Sempre però avrebbe dovuto marcarsi bene la distinzione tra la subbiettività giuridica dell'uomo *come investito del patrimonio*, la personalità di diritto privato, da quella relativa agli altri rapporti extrapatrimoniali. E così avvenne. E si poteva aver l'una e non l'altra. Così il *filiusfamilias* romano, che non era persona *sui juris* in diritto privato, lo era perfettamente nel diritto pubblico (l. 9 D. l. 6). E in genere i rapporti di diritto privato patrimoniale sono nettamente separati e distinti da quelli pubblicistici. Sicché non è niente affatto metaforico il dire che il cittadino romano aveva due personalità; come deve logicamente continuarsi a dire da chi continua ad assumere l'uomo come subbietto dei rapporti di diritto patrimoniale. Ma è l'apparire di unità patrimoniali non più dominate dall'uomo singolo e in cui questi si riduce veramente poco più d'un accessorio, e specialmente poi di unità patrimoniali affatto impersonali, in cui perciò gli elementi patrimoniali dovevano presentarsi, alla logica del diritto appuntato sulla base della proprietà, come *res nullius*¹⁰⁾, che il bisogno di personificare il patrimonio, in altre parole, di riconoscere in esso il vero e solo termine (subbietto) dei rapporti privatistici, dovè farsi irresistibile. E per sottrarsi a questa esigenza non ebbe e non può avere la tecnica giuridica altra risorsa, fuorché la costruzione di questi subbietti per via di *finzioni giuridiche*, che bene spesso sono tali in sostanza anche quando si crede di dar loro parvenza di realtà.

9. Il pregiudizio antropocentrico attraverso le varie teorie.

Qual è l'origine della concezione antropocentrica? Essa ha una spiegazione storica.

10) *Nullius in bonis* dice Gaio (principio del 2.º libro) delle *res hereditariae antequam heres existat*, nonché di quelle *universitatis*.

Nei primi stadi del Diritto i rapporti giuridici non sono che rapporti tra uomo e uomo. La prima tutela sociale fu rivolta all'individuo umano, ed anzi, non propriamente come tale, ma come membro d'una data convivenza. E sebbene le prime forme di proprietà fossero collettive, la collettività non si presentava, che come ente di diritto pubblico, e come tale soltanto si affermava di fronte all'individuo. Nel riconoscimento delle *proprietà individuali* si ebbero i primi sentori del diritto privato (patrimoniale), e tutto il sistema del diritto privato fu organizzato su questo schema, come una tutela dell'*individuo* e *per esso* del suo patrimonio, anziché del patrimonio direttamente.

Che veramente nell'*uomo* e non nel patrimonio si ravvisi originariamente il subbietto dei rapporti patrimoniali è confermato dalla difficoltà che ha trovato a farsi innanzi il concetto di *rappresentanza* in diritto romano.

Così nel concetto romano l'*obligatio* vincolava veramente la persona fisica prima che i beni; il patrimonio ne risentiva gli effetti solo come *accessione* della persona; i debiti si estinguevano colla morte della persona che li aveva contratti. La sopravvivenza ereditaria di essi è già il segno che, più o meno inconsciamente, la subbiettività è riconosciuta al patrimonio. Ma in origine l'*eredità* è più istituzione di diritto pubblico che privato; si riferisce alla collettività agnaticia, ed è una conseguenza della successione nella sovranità su di essa. (Non ho bisogno di richiamare alla memoria di chi mi legge i suggestivi studi dello Scialoja e del Bonfante in proposito).

Di qui la difficoltà dell'applicazione di questo concetto d'*obligatio* ai patrimoni impersonali, e la necessità di elevare i rappresentanti (amministratori) di essi alla figura di quasi fiduciari, *adstipulatores*, subietti diretti dei rapporti obbligatori¹¹⁾. Anche la *tutela* degli incapaci in origine ha attributi di sovranità, e

11) Al BRINZ, il quale tratteggia questa esigenza *propria del diritto romano*, qualificando perciò il rappresentante dello scopo (io direi *del patrimonio*) come un *selbstberechtigter*, l'A. contesta di sovvertire così la base del suo sistema, perchè «se sotto la veste di una rappresentanza dello scopo si cela in realtà una titolarità fiduciaria, non si tratta più di un patrimonio senza subbietto». (p. 170). E deplora che il BRINZ si sia lasciato sfuggire un così fecondo concetto che, coltivato, lo avrebbe condotto a scoprire prima dell'A. la vera costruzione della persona giuridica. Egli dimostra così, senza volerlo, come la sua costruzione ci riporta di parecchi secoli addietro.

nell'epoca classica è ancora definita *vis ac potestas in capite libero* (l. 1 pr. D. 26. 1).

Se non che il doppio processo di differenziazione e d'integrazione (per adottare il linguaggio Spenceriano) che caratterizza l'evoluzione, si manifesta, nell'evoluzione economica, colla formazione di unità nuove, quali per *fusione*, quali per *separazione*, dalle prime unità patrimoniali (individuali), e coll'ingresso delle collettività e istituzioni politiche (pubblicistiche) nella sfera dei rapporti patrimoniali (questa è la triplice genesi delle così dette persone giuridiche).

Il diritto segue l'evoluzione economica, e a poco a poco riconosce in queste unità altrettanti subbietti di tali rapporti. Ma ciò non poteva accadere senza rovesciare le idee fondamentali radicate nello spirito umano, che ponevano nell'uomo il centro del diritto. Epperò queste nuove unità non entrano fra i subbietti giuridici se non per via di una finzione che le equipara agli uomini singoli («*civitates privatorum loro habentur*» l. 16 D. 50-16; «*collegium in causa universitatis fingatur una persona*», Innocenzo IV).

Questa finzione appartiene pertanto alla teorica del diritto, cioè alla tecnica, che deve accordare logicamente i risultati dell'elaborazione legislativa con un postulato cui non vuol rinunciare. Non è esatto che anche nel sistema di Savigny la finzione sia qualcosa di diverso, e vada attribuita alla legge anziché alla scienza, come sembra pensare l'A. (p. 138).

Finzioni della legge si hanno quando la legge supplisce con una presunzione *juris et de jure* alla prova difficile o inopportuna delle condizioni di fatto che porterebbero a quella conseguenza. L'acquisto della capacità fissato a una data età è una finzione della legge. Così nel campo stesso delle persone giuridiche è per una finzione di legge che la deliberazione presa con date forme da taluni individui costituisce la volontà di una collettività. Anche la *prescrizione*, e così pure tutte le disposizioni di diritto *formale* si basano su finzioni di legge.

Ovvero le finzioni della legge hanno il compito di giustificare l'attribuzione di effetti a un rapporto che non potrebbe produrli in quelle condizioni o in quel tempo o modo. Così la *retroattività* è una finzione, in quanto considera in un dato momento come

già attribuiti in passato ad un rapporto effetti che allora non produceva. Per lo più è *l'incertezza* che genera un periodo di sospensione in un rapporto capace di produrre due diversi effetti a seconda dei casi che si verificheranno. Quando uno dei casi si verifica, allora si chiarisce che quegli effetti doveano verificarsi *ab initio*, e la legge *finge* appunto che siansi verificati. Così pure, la *rappresentanza* è una *finzione*, per cui a un rapporto messo in essere da una persona la legge attribuisce gli effetti che avrebbe se fosse messo in essere da una altra che non ne avrebbe di per sé la capacità. La *solidarietà* è una finzione, per cui ciascun debitore è tenuto *come se* dovesse l'intera somma, mentre in realtà il debito è uno solo. E reciprocamente per la solidarietà nel credito. Ciò dal lato dell'oggetto. Dal lato del soggetto la finzione agisce in senso contrario, sostituendo l'unità alla pluralità, in quanto nel momento della esecuzione, il debito pagato o riscosso da uno si ha *come se* tutti avessero pagato o riscosso (lo che ci riporta a una specie di *rappresentanza*).

Ma la finzione *della teorica* (*finzione vera e propria*) è un'altra cosa. È un'esigenza di sistemazione logica. Proclamato un principio, si tratta di mettere in armonia con esso quelle divergenze che offre il diritto costituito; è uno spedito provvisorio, che si usa per non rovesciare tutto un sistema, ma che in sostanza significa che quel principio proclamato dalla teoria è inesatto e va rettificato: inesatto, sia perché il diritto ha progredito (p. e. il principio che la servitù si acquista mercé *traditio* viene in seguito derogato dal diritto pretorio che ammette altri modi di acquisto; prima di abbandonare il principio, si qualifica il diverso modo come *finta traditio* o *quasi traditio*), sia perché fu una generalizzazione affrettata fin dappprincipio. Il principio che solo l'uomo è soggetto giuridico, che è lui il soggetto dei rapporti patrimoniali, può passare finché effettivamente rapporti giuridici di questo genere non si conobbero che tra patrimoni individuali. Ma quando il diritto ebbe dato modo di entrare in rapporti giuridici anche a delle collettività, e più ancora, quando rapporti giuridici patrimoniali si riconobbero possibili senza la presenza d'investiti umani, prima di rinunciare a quel principio si trovò comodo di dire che in questi casi il soggetto dei rapporti era foggato dalla legge, artificiale, *finto*. Ma tale finzione non è opera del legislatore, sibbene del teorico. E il teorico sa benissimo di operare così nel campo della

logica, sicché è perfettamente puerile stargli a domandare: «chi è questo *homunculus*, quest'uomo di paglia che viene ad impiantarsi in una collettività, ecc.?» (v. l'A. a p. 146).

Insomma la finzione scientifica presuppone una nozione inesatta da rettificare, ma che esigenze più forti impediscono, almeno per il momento, di rettificare. Queste esigenze possono esser meramente metodologiche, d'ordine pratico, come p. e. una intera nomenclatura da riformare. Ma possono essere d'un ordine superiore e più difficili a superare. E appunto alla rettifica della nozione di subbietto giuridico s'incontra l'ostacolo di una esigenza d'ordine etico e psicologico insieme, qual'è quella che risulta dalla definizione del diritto subbiettivo come una facoltà essenzialmente ed esclusivamente umana.

Noi abbiamo già veduto in che senso questa tesi sia esatta: esatto psicologicamente che solo all'uomo può appartenere l'*esercizio* dei diritti; esatto, come postulato di etica sociale, che il diritto ha per *fine* la convivenza umana e l'utilità degli uomini. Ma questi due principi sono al di qua o al di là del *fenomeno* rapporto giuridico, il quale, in quanto si svolge in ordine all'elemento *patrimoniale*, ha una manifestazione propria, che può assumersi ed è assunta dalla tecnica del diritto indipendentemente dall'elemento umano. Poiché nell'analisi del rapporto patrimoniale come fenomeno del mondo giuridico, non si tratta di vedere chi l'ha prodotto o a chi esso serve, ma bensì ciò che esso è.

Ora se l'osservazione empirica del fenomeno ci porti a dover ammettere necessariamente rapporti giuridici in cui il subbietto umano è irreperibile, l'unico modo di soddisfare ad un tempo l'esigenza logica del sistema e quella psicologica ed etica del postulato è di lasciar fermo come unico vero e naturale subbietto giuridico l'uomo, soggiungendo che il diritto obbiettivo, la legge, per fini suoi particolari può foggiare artificialmente altri subbietti capaci degli stessi rapporti giuridici dell'uomo.

Il significato filologico della parola *persona* aiuta questo modo di concepire il fenomeno giuridico. Poiché questa parola, creata dapprima per denotare la maschera che copriva il personaggio nella scena, e quindi applicata alla nozione generica di subbietto d'una finzione, qualità, subbietto grammaticale, venne a poco a

poco a rendersi sinonimo d'individuo umano e ad assorbire in sé tutti gli attributi riconosciuti all'uomo in concreto. Fuori del mondo giuridico, solo l'essere vivente umano è *persona*. A quei subbietti pertanto che il diritto crea per suo uso, e che non stanno in natura, la qualifica di *persona* non può convenire che per traslato. Si qualificano pertanto *persone giuridiche*, per marcare che non sono *vere* persone.

La teorica della *persona fittizia* comincia veramente, nella dottrina, coi canonisti. Il dritto romano non ebbe una vera teoria in proposito; ma il concetto fondamentale dei giureconsulti spunta nel loro modo di definire la subiettività giuridica dell'*hereditas* o dei *collegia*. I canonisti e i giureconsulti successivi non ebbero che a svilupparlo. E il motivo della teorica è sempre quello, di giustificare o meglio, spiegare con una parvenza di logica quei rapporti giuridici che non possono riferirsi al subbietto uomo ma vanno riferiti a subbietti diversi che in numero sempre crescente riempiono il mondo del diritto. Fu specialmente l'influenza del diritto naturale che rese possibile la personificazione della *corporazione*, sotto cui quei giuristi raggrupparono anche le *fondazioni* (v. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, p. 461 e segg.).

Ma una vera sistemazione scientifica non ebbe la teorica che col Savigny. Il suo punto di partenza non potrebbe esser più netto. Alla domanda: chi può esser subbietto d'un rapporto di diritto? egli risponde: ogni diritto esiste a causa della libertà morale insita nell'individuo umano; dunque persona, cioè soggetto di diritto, non può esser che l'uomo singolo: l'un concetto coincide esattamente coll'altro. «Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen innewohnenden Freiheit willen. Darum muss der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjektes zusammenfallen mit dem Begriff des Menschen; und diese ursprüngliche Identität der beiden Begriffe lässt sich in folgender Formel ausdrücken: *Jeder einzelne Mensch ist rechtsfähig*». Savigny, *Syst.*, II, p. 2.

Su questa concezione etico-psicologica del diritto subbiettivo influì naturalmente moltissimo la filosofia del tempo (Sull'influenza della filosofia del diritto kantiana e postkantiana sul sistema di Savigny v. specialmente Binder, *Das Problem der jurist. Persönlichkeit*, p. 10, 11). Ma essa si trasmise ai giuristi successivi,

ed è rimasta sempre (più o meno modificata) dominante sino ai nostri tempi. E con essa è impossibile sfuggire alla conseguenza: il diritto non può avere per subbietto che l'uomo; solo egli infatti è dotato delle facoltà psicologiche per esercitarlo, e sola finalità del diritto è la tutela degli interessi umani.

Di fronte alla contraria attestazione del fatto, che ci mostra rapporti giuridici con soggetti diversi dall'uomo, la teorica non ha altro modo di rimaner coerente a sé stessa se non ricorrendo allo spediente della finzione.

Ma che cosa si finge ?

Il sistema della finzione ha due manifestazioni fondamentali, secondo la diversa risposta che si dà a questa domanda.

La prima è quella rappresentata da Savigny: egli non nega che in quei casi un altro subbietto esista; solamente siccome non è un uomo, così non sarebbe *naturalmente* capace di fare da subbietto; l'opera del diritto consiste nel dare la capacità giuridica di esser subbietto a questo *qualcosa* diverso dall'uomo, che non si dice però che cosa è.

Ecco infatti come prosegue l'esposizione di questo scrittore dopo il brano su riferito: «Indessen kann dieser ursprüngliche Begriff der Person durch das positive Recht zweierlei, in der aufgestellten Formel bereits enthaltene Modifikationen empfangen, einschränkende und ausdehnende. Es kann nämlich erstens manchen einzelnen Menschen die Rechtsfähigkeit ganz oder theilweise versagt werden¹²⁾. Es kann zweitens die Rechtsfähigkeit *auf irgend Etwas* ausser der einzelnen Menschen übertragen, also eine *juristische Person* künstlich gebildet werden».

È il sistema che può meglio chiamarsi della *personificazione*, anziché della finzione. Si rinunzia in certo modo ad addentrarsi nell'analisi del subbietto vero; qualunque cosa esso sia, ciò è indifferente per il sistema: ma certo non è un uomo, epperò se si presenta come subbietto, è perché ad un uomo lo adegua il diritto obbiettivo, prestandogli la personalità che per sé non ha. È il sistema

12) E ciò non è conforme alla verità storica, la negazione della personalità giuridica a certi uomini non essendo affatto una modificazione *successiva* dell'originario concetto di *personalità*.

che meglio risponde al concetto del diritto romano e canonico; in cui, la teorica non esistendo o essendo ancora in embrione, la sola preoccupazione de' giureconsulti è di giustificare con un processo di equiparazione le conseguenze a cui la pratica vuol giungere nel trattamento degli enti impersonali; dei quali non si nega però affatto la reale esistenza, ma solo l'attributo della personalità. Non si nega che la corporazione, l'*universitas*, la chiesa, l'ospedale, l'*hereditas*, ecc. siano i subbietti dei rapporti, e subbietti reali; la finzione è che essi siano delle *persone*, cioè degli enti capaci di porsi come subbietti giuridici. La *finzione*: cioè la giustificazione scientifica del trattarli la legge come tali.

Ma il sistema non poteva fermarsi qui. Bisognava ben scendere all'analisi di questo subbietto che la legge si permetteva di mascherare da persona. Se esso è un subbietto reale, la logica deve finire col trovarsi a disagio negando la possibilità di subbietti non umani. E il sistema fa l'ultimo passo negando la realtà di questo subbietto, e proclamando che nei relativi rapporti subbietto in realtà non esiste, e la sussunzione del subbietto è una operazione della nostra mente, una finzione a cui ricorriamo per una soddisfazione del nostro sentimento naturale che ci porta ad attribuire ogni rapporto ad un subbietto personale. Questo sistema ha la sua piena manifestazione in Windscheid. Ma già Puchta aveva insegnato che il diritto conosce persone che non hanno altra esistenza che *ideale*, in quanto «il subbietto della personalità in esse è solamente un concetto» (*ein Begriff*), e sono le persone *giuridiche o finte* (*Pand.*, § 25). Anche più chiaramente il Laurent nega alle *persone civili* ogni esistenza reale: «sono enti fittizi che esistono perché lo Stato finge che esistano» (I, n. 300).

Per Windscheid (*Pand.*, I, § 37) il diritto è *una potestà volitiva* (*Willensmacht*), che non può convenire perciò se non all'uomo, perché *solo questi ha una volontà*. «Ora è però un fatto (soggiunge egli al § 49) che si danno diritti, i quali non si collegano a un uomo come loro subbietto... La concezione più naturale è che qui appunto non esista un subbietto giuridico: i diritti non hanno un subbietto ma solo una destinazione (*Bestimmung*)... Ma questa concezione contrasta con un sentimento naturale fondato sulla profonda tendenza alla personalità che è propria della natura umana. Questo sentimento cerca anche qui un subbietto che sia il portatore dei

diritti, e lo trova in una persona rappresentata artificialmente, creata mercé un'operazione della mente... Per tal modo viene insieme appagato un bisogno della tecnica giuridica, in quanto si rende possibile di dare una espressione unitaria alle norme giuridiche, senza tener conto se i diritti competano o no ad un soggetto. Una tale persona artificialmente creata vien chiamata persona *giuridica* nell'espressione tradizionale, come contrapposto all'uomo dotato di personalità naturale; ma meglio direbbesi persona *fittizia*» (cfr. la trad. di Fadda e Bensa, I, p. 207-211).

Qui dunque è proprio il caso di rapporti reali fra termini immaginari; ed è alla finzione così intesa che si adatta la famosa frase del Brinz: chiodi immaginari che sorreggono cappelli reali.

Ma non è possibile uscire dal concetto della *finzione*, intesa in uno dei due modi accennati, finché si tien fermo il postulato. Ce ne offre la prova lo stesso Brinz colla sua teorica dello *Zweckvermögen*.

Certo con questo scrittore si fa un passo innanzi, e ben decisivo, col raccogliere lo sguardo sul *patrimonio* e additare in esso, tenuto insieme e unificato dallo *scopo*, il reale substrato della *personificazione*. Ma Brinz è tuttora schiavo del pregiudizio dommatico; il suo capitolo sulle *personificazioni* (*Pand.*, 2.a ed., § 59) incomincia col ribadire: «*Nur die Menschen sind Personen*». Infatti anch'egli definisce il diritto subbietivo come un *dürfen können*. Egli contrappone dopo ciò il concetto di *appartenenza* a quello di *proprietà*, il *pertinere ad aliquid* al *pertinere ad aliquem*; alla persona *uomo* si pone così di fronte lo *scopo* come *personificato*. (Tuttavia egli riconosce che il diritto di proprietà si riduce a un collegamento interno di pertinenza, I, p. 205 e § 130). Quindi il subbietto del rapporto ora è uomo ora è scopo. Egli non giunge a vedere che anche dove il patrimonio è sotto il dominio d'un individuo, il patrimonio, e non l'individuo, è vero termine del rapporto. In sostanza la *personificazione* dello scopo non differisce molto da una *finzione*: entrambe (dice egli stesso, p. 195) si contrappongono alla *realtà*. E altrove, parlando dei diritti e negozi giuridici dello *Zweckvermögen*, enuncia che «essi sono considerati *come se* questo appartenesse a una persona» mentre nella realtà «i diritti che il rappresentante della persona giuridica esercita sono privi di subbietto, *res nullius*» (1^a ediz., p. 992. 993).

Tutti i sistemi che hanno preteso di combattere la teorica della finzione sostituendo al soggetto finto un soggetto reale, senza abbandonare il preconconcetto dommatico, possono dividersi in due grandi categorie: quelli che hanno tenuto fermo il preconconcetto in tutta la sua assolutezza (*soltanto* l'uomo è persona), e quelli che, pur rispettandolo, ne hanno modificato la formula smussandone alquanto gli angoli.

I sistemi della prima categoria devono necessariamente distinguere la realtà giuridica dalla realtà naturale, e con ciò ricadono infallantemente in quella stessa finzione che pretendono combattere. Gli uomini *soltanto* hanno la subbiettività giuridica, continuano a dire questi giuristi. Ma quali uomini? Ed ecco il gruppo scindersi in due grandi direzioni. Gli uomini *che profittano*, risponde una di esse con Jhering alla testa; gli uomini *che geriscono*, risponde l'altra. A seconda che si dà importanza prevalente all'elemento *interesse* o all'elemento *volontà*, allo scopo del patrimonio o all'attività dirigente.

Vedemmo già come vicino ai *destinatari*, assunti come *subbietti reali*, l'Jhering sia costretto a collocare un *soggetto apparente, unità artificiale, strumento tecnico necessario* del diritto, a cui gl'interessi comuni e la loro difesa giuridica fanno capo. Ma questo soggetto artificiale è dunque pel diritto appunto il termine reale dei rapporti giuridici. E sulla sua essenza nulla di più concreto sappiamo da Jhering, fuorché la sua natura artificiale, fittizia.

Anche più visibile è la cosa in un recente avversario a oltranza delle persone giuridiche e del sistema della finzione, il Vareilles Sommières (*Les personnes morales*, 1902). Per lui è ridicolo parlare di subbietti o persone che non siano uomini individui. Tutte le persone giuridiche si riducono ad associazioni d'individui che sono i *veri* subbietti; anche le fondazioni sono associazioni *di tutti gli uomini viventi* o almeno di tutti quelli che rispondono a certe condizioni di residenza o di nazionalità (p. 614), associati naturalmente per finzione. Ben vero in codeste associazioni si verificano i fenomeni dell'individualità giuridica. Ma ciò avviene in forza del così detto *regime personificante*, il quale, secondo lui, non è già opera della legge, ma bensì di un insieme di *tacite clausole contrattuali* (p. 152 e seg.), cioè di un'altra finzione, e che consiste, in ultima analisi, in ciò, che in codeste associazioni *tout*

se passe comme si nei rapporti giuridici gli associati componessero una persona sola avente per tutto patrimonio l'attivo e il passivo sociale (n. 355, p. 159, 160).

Quale ammasso di finzioni! Per arrivare a concepire la persona giuridica, bisogna fingere *associati* individui senza rapporto fra loro: fingere dei patti contrattuali fra questi stessi individui, e, come risultato ultimo di questi patti, un'individualità fittizia.

Anche per Max Schwabe (*Die Körperschaft mit und ohne Persönlichkeit*, 1904, p. 84 e seg.) unica persona, unico soggetto giuridico possibile è l'uomo, come capace di godere (*genussfähige*). Ma una associazione può presentarsi nei suoi rapporti *al di fuori* dotata di *personalità*. Ciò non significa che divenga persona; ma solamente che, come pluralità unita insieme, possiede la capacità di acquistare diritti mediante i suoi rappresentanti, di obbligare il patrimonio sociale come se fosse un patrimonio autonomo (*als Sondervermögen*), di agire ed esser convenuta in proprio nome. Personalità non sta a indicare altro che una forma speciale (*eigenartige*) di rapporti commerciali e obbligatori. Tutto ciò non è come dire che si presenta al di fuori come una persona senza essere realmente una persona?

Così pure Meurer (*Die juristische Personen*, 1901) proclama altamente che soltanto gli uomini sono soggetti giuridici: gli uomini singoli, gli associati, o, nelle fondazioni, tutta la serie dei *Genussdestinatäre*, (p. 22, 243). In che consiste dunque la personalità giuridica? In ciò che *per considerazioni economiche e pratiche* la legge *tratta* queste pluralità *come fossero unità* («die Vielheit hier durch das Recht ganz wie eine Einheit behandelt wird»). E più precisamente: «Das Wesen der juristischen Personen erblicke ich darin, dass kraft dieses gesetzlichen Anordnung eine Vielheit *ganz wie eine Einheit funktioniert*» (p. 3, 4). E questa definizione è preceduta dalla dichiarazione che l'Autore intende stare sul terreno della teoria della *realtà*, rifuggendo da ogni *finzione*; come se non fosse finzione trattare una cosa diversamente da ciò che è!

Fra i recenti schernitori della *personalità giuridica* abbiamo in Francia il Planiol (*Droit civil*, 5^a ediz., I, 3005 e seg.). Per lui tutta la parte subbiettiva del diritto si riconduce al concetto di *proprietà*. Egli ha l'intuito esatto del significato meramente: *patrimoniale*

della personalità civile¹³⁾. Egli vede benissimo che «sotto il nome di *persone civili* bisogna intendere l'esistenza di *beni* collettivi allo stato di masse distinte», ma ha bisogno di aggiungere «*possedute da gruppi di uomini* più o meno numerosi» (n. 3017), e protesta contro chi vuol vedere in lui un sostenitore dei beni *senza proprietario* e si ribella al concetto *heisiano* della personalità attribuita alla *universitas rerum*. «Il mito della personalità deve esser rimpiazzato dalla nozione della *proprietà collettiva*». La quale non è che «un modo speciale di possedere i beni in comune», e precisamente una *comunione* che non ammette divisione. La personalità non è che una *finzione* adoperata per spiegare l'*unità di gestione*, necessaria e caratteristica di questo regime (3044, 3045). Ma se noi cerchiamo qual'è la collettività proprietaria del patrimonio p. es. d'un ospedale, aspettiamo invano di saperlo dal Planiol. Egli si contenta d'invocare l'ombra di Jhering, e non va oltre.

Né si giunge a diversa conseguenza prendendo di mira nell'uomo l'elemento *volontà*.

L'assunzione tradizionale dell'uomo a soggetto giuridico, *anche se incapace*, e il sussidio ben presto offerto in proposito dal concetto di *rappresentanza*, spiegano come la teorica non abbia sentito facilmente il bisogno di collocare la subbieltività *reale* nel *gestore* del patrimonio, poiché ciò avrebbe scalzato dalle basi il concetto di persona nella stessa categoria di subbielti giuridici in cui essa era o pareva fuori di discussione. L'individuo umano non resta forse persona, soggetto dei diritti, anche divenuto incapace di gerire? Se al difetto di volontà supplisce allora la rappresentanza legale, perché questo stesso ripiego non varrebbe a salvare la situazione anche nelle altre categorie di subbielti, cioè nelle *persone giuridiche*? Ecco perché gli avversari della finzione non avevano

13) Si legga il seguente brano (in nota al n. 3017): «Per convincersi come cada a falso la concezione d'una personalità fittizia imitata dalla personalità umana, non si ha che da considerare ciò che accade nei *cantoni* e per le *sezioni di comuni*. Il Cantone ha una organizzazione amministrativa, ha il suo rappresentante, il suo giudice, il suo ufficio di registro, ecc., è dunque organizzato, eppure gli si ricusa la personalità. Perché? Perché non v'è un demanio cantonale, come v'è un demanio comunale e dipartimentale. Al contrario la sezione di comune sprovvista di ogni organo e priva di un rappresentante proprio è considerata persona. Perché? Perché ha dei beni. Nulla può meglio mostrare a che si riduce la pretesa persona, e che *personalità* è qui sinonimo di *proprietà collettiva*. Lo stesso avviene nel *dipartimento*, che fu considerato come *persona* da che ebbe dei beni distinti da quelli dello Stato e del Comune. È come dire che una persona non ha personalità se non in quanto ha dei beni».

mai pensato a riporre il loro *substrato reale* delle persone giuridiche nel rappresentante amministratore. E il Leonhard, che primo credé di poter definire la persona giuridica come un'*amministrazione per uno scopo (Zweckverwaltung)*, distinguendo due ordini di subbietti, secondoché i beni siano *soggetti alla volontà di un uomo o d'un suo rappresentante* ovvero *geriti da uomini secondo norme prefisse anziché a loro arbitrio (Der allgm. Theil des bürg. Ges., 1900, p. 99, 100)*, e comprendendo in questa seconda categoria tutte le persone giuridiche, non esitava a confessare che, se finzione è l'equiparazione d'un non reale al reale, le persone giuridiche devono dirsi *uomini finti*, appunto perché il loro patrimonio *va trattato come il patrimonio d'un uomo* (p. 104).

Ma con una audacia pari all'ingegno dello scrittore, è venuto Hölder (*Natürliche und juristische Personen, 1905*) a proclamare per l'appunto che se la sfera della *personalità* è una sfera della attività volitiva, come per lui deve ammettersi, non solamente persona reale è solamente l'uomo, ma solamente l'uomo in quanto è in possesso di tale attività ed è capace di esercitarla coscientemente. Egli spinge la sua logica fino a negare la personalità non solo all'incapace, ma persino al dormiente! Come porre in armonia un siffatto concetto della persona reale colla realtà giuridica? A furia di *finzioni*, che l'A. semina infatti a piene mani lungo tutta l'opera.

Per Hölder l'individuo umano è sempre il subbietto del patrimonio o come *proprietario* (privato) o come *portatore d'un ufficio* (p. 186). Ne viene che egli può avere ed ha spessissimo una duplice, anzi molteplice subbiettività. Quando noi attribuiamo i rapporti giuridici alla *collettività* anziché al suo *organo*, diciamo un'inesattezza per brevità, come quando attribuiamo i diritti di servitù al fondo, i diritti cambiarî alla cambiale (p. 188). Se noi consideriamo come se fossero *più persone* una persona che ha più *patrimoni separati*, ciò è per via di una *finzione* (p. 335). *Personificazione* è *finzione* per cui un tutto o una cosa qualunque che non sia uomo viene trattata come persona (p. 334, 337): questa finzione è necessariamente collegata (prosegue l'A.) all'altra, che gli uomini operanti in ciascuna sfera di attività vitale siano rappresentanti della persona della cui sfera vitale si tratta, che i suoi atti, diritti e obbligazioni siano atti, diritti e obbligazioni di questa, il patrimonio da loro amministrato *d'ufficio (amtliche)* sia patrimonio *privato* di questa; ma con ciò non è detto

che questi privati patrimoni esistano realmente. «Quando io dico d'un uomo che un determinato potere (*Macht*) è suo, ma l'esercizio ne spetta non a lui ma al suo tutore, con ciò dico in realtà che quel potere frattanto *non* è suo, ma del suo tutore, e solo ha, per quanto possibile, gli stessi effetti *come se fosse suo*» (p. 338).

E quando un rappresentante amministratore non esiste ancora, chi è il soggetto giuridico reale? Secondo Hölder, se noi parliamo di un soggetto presente di diritti e obbligazioni presenti quando l'incapace (o l'ufficio) non ha ancora un rappresentante, o quando il capace dorme, è perché *di regola* questi usa della sua volontà e quegli ha un rappresentante; qui, come in tanti casi, il linguaggio parte dallo stato normale e applica la sua terminologia anche allo stato anormale. In sostanza i rapporti giuridici continuano allora non nella realtà, perché non esistono diritti e obbligazioni che non spettino presentemente a nessuno, ma per comodo di linguaggio, avuto riguardo allo loro esistenza futura (p. 139, 140). Qui dunque il soggetto reale manca, anzi manca persino il rapporto, e tutto si riduce a un modo di dire, a una finzione.

Similmente se più uffici hanno lo stesso portatore, costui è il solo soggetto reale dei diritti e obbligazioni di ciascuno. Se questi non possono coesistere, allora vuol dire che finché dura quel portatore unico essi non esistono, ma cessando questa identità tornano ad esistere *come se* non avessero cessato d'esistere. Così, p. es., se una amministrazione deve qualcosa a un'altra, il titolare unico d'entrambe può passare dalla cassa dell'una a quella dell'altra ciò che deve, ma non esiste nessun diritto di una persona di ottenere qualcosa da un'altra; infatti non sarebbe possibile un giudizio fra le due. Se però questa identità di rappresentanza cessa, ecco che le due persone esistono realmente e valgono *come se* avessero esistito anche precedentemente (p. 228, 229). Sicché non l'esistenza d'una persona determina la necessità d'un rappresentante, ma bensì l'esistenza del rappresentante fa nascere la persona.

Soggetto reale delle obbligazioni d'una fondazione è il rappresentante, ma siccome egli vi ottempera col patrimonio dell'ente, così si finge come se fossero d'un altro, e precisamente d'un altro uomo privato, e si eleva la fondazione stessa a *nominale* soggetto (p. 261).

Un'altra finzione spiega i rapporti *patrimoniali* dello Stato: «L'esistenza dello Stato non è privata, dunque anche il suo patrimonio non è privato e i debiti dello Stato non sono debiti privati. Se viene designato come subbietto di diritto privato, si tratta solo di questo, che, per certe spettanze e obbligazioni d'ufficio di uomini dello Stato, valgono in certe misure le stesse norme *come se* fossero spettanze o obbligazioni di *un uomo* da essi rappresentato e di un uomo distinto da tutti gli altri realmente esistenti» (p. 315).

Questo scrittore non si dissimula affatto la necessità in cui si trova di ricorrere a una serie di finzioni per spiegare lo stato dei rapporti così com'è dato dal diritto, al tutto diverso da quella che per lui è la realtà; e fino dalla prefazione si scagiona dalla accusa, assumendo che della finzione non può farsi a meno per la spiegazione dei fenomeni giuridici, e domanda come sarebbe possibile senza la finzione spiegare il § 181 cod. civ. germ. che ammette la possibilità di un negozio giuridico che il rappresentante faccia a nome del rappresentato con sé stesso. Egli dice che un contratto così concluso in tale duplice qualità non è veramente un contratto, ma *vale come tale*, cioè ha gli effetti giuridici d'un contratto (*Prefaz.*, p. VIII)¹⁴.

Ma più spesso gli scrittori recenti pretendono atteggiarsi ad avversari d'ogni finzione.

Per Kohler (*Lehrb. d. bürg. Recht*, 1904, § 131) non si può parlar di *finzione* dal momento che ogni essere (*Wesen*) a cui l'ordinamento giuridico attribuisce dei diritti è persona, e persona reale; tale è anche un animale o una pianta, se il diritto obbiettivo ne fa un subbietto di diritti. Però l'ordinamento giuridico non può conferire la personalità se non a un essere che possa agire *razionalmente* (*vernünftig*), onde possa adattare la sua condotta alle vicende e ai bisogni della vita. In primo luogo perciò all'*uomo*, perché è *naturalmente* dotato di ragione; indi ad altri esseri, pei quali la

¹⁴ Questo esempio è adattissimo per marcare la differenza fra personalità formale e sostanziale. Può ammettersi benissimo che non esiste qui vero *contratto*, perché il contratto è un rapporto d'*azione*, che esige due individualità concrete e formali distinte (e la rappresentanza è veramente fondata o su di una delega di volontà o su di una finzione, secondoché è volontaria o legale). Ma il contratto è il *modo d'acquisto* del diritto, non altro. Ma se gli effetti sostanziali di esso riguardano due persone e sono effetti *reali*, vuol dire che anche le due persone hanno esistenza reale e non finta.

ragione si foggia artificialmente dallo stesso diritto mercé organi umani. Questa non è finzione, egli dice, poiché una macchina non è mica cosa meno reale d'una pianta. Questa equiparazione della persona giuridica a una *macchina*, dalla quale l'.A. tiene a cancellare ogni traccia d'antropomorfismo, si risolve, in ultima analisi, in una costruzione che solo in apparenza si scosta dalla finzione e dall'idea antropocentrica. Infatti essa fa capo, come substrato della personalità, al concetto d'*organismo*, e d'*organismo razionale*. Dopo di che è costretta ad ammettere che il solo essere in natura che risponda a queste condizioni è l'*individuo umano*. Ma allora quali sono *gli altri esseri* a cui il diritto conferisce la personalità, dopo aver prestato loro gli *organi* che devono renderli ragionevoli? È ciò che l'.A. non dice; poiché ad *animali* e a *piante* egli non accenna che in via ipotetica. E se tutta la realtà è data loro dalla legge, tanto vale il dire che sono mere creazioni di questa.

In conclusione i sistemi che pretendono mantenere come subbietto l'uomo in tutti i tipi di personalità giuridica riescono necessariamente a una duplicazione di subbietti, cioè ad assegnare alle persone giuridiche un subbietto reale e uno finto, il primo destinato unicamente a salvare il postulato, il secondo a render ragione del fenomeno come è presentato dal diritto costituito. Ciò complica inutilmente la posizione, invece di costituire un progresso apprezzabile sul sistema schietto della finzione, che ignora o nega addirittura l'esistenza di quel preteso subbietto reale.

Un progresso invece sembra farsi, almeno sotto un certo punto di vista, da quei sistemi che si adattano a concepire la possibilità d'un subbietto reale diverso dall'uomo singolo. Questo può dirsi veramente il secondo stadio nell'evoluzione della teoria della persona giuridica. Si rinuncia alla proclamazione assoluta del principio: «*soltanto* l'uomo è persona», si rimprovera alla teorica della finzione il suo difetto d'analisi, e s'indaga se sotto a quell'*irgend etwas* savigniano che il diritto personifica non si possa scorgere una realtà adattabile a subbietto dei rapporti giuridici al pari dell'uomo.

Si capisce che non si possa né si debba alludere ad una realtà in senso materiale, stereometrica. Anche il rapporto giuridico non è reale in questo senso. Siamo sempre in un campo ideale: forze, tendenze spirituali, che si dirigono però ad un risultato

eminentemente concreto e materiale, per poter raggiungere il fine ultimo, che è la soddisfazione d'interessi economici umani. Se non che il pregiudizio psicologico continuando ad incombere, noi siamo sempre sulle tracce d'un subbietto reale che rassomigli all'uomo, a cui possiamo, cioè, attribuire qualità simili a quelle che l'uomo possiede, onde essere in grado di esercitare quel *dürfen können*, quella *potestà di volere*, con intimo significato psicologico, in cui il diritto subbiettivo si fa pur sempre consistere.

Il diritto pubblico viene a questo punto in sussidio del diritto patrimoniale. Esso che ha già dovuto riconoscere per suo conto l'unità reale dello Stato e di certe collettività, presta il suo punto di vista alla teoria della personalità di diritto privato, la quale ritiene d'esser giunta alla soluzione del problema, dimostrando appunto che anche nel campo del diritto privato le collettività si presentano come unità reali, dotate di certi requisiti antropomorfici, in specie di una *volontà* propria, immanente, distinta da quelle dei suoi componenti. Ed ecco trovato il substrato reale, a cui appiccare i rapporti giuridici, cacciando via quell'inutile giuocattolo dell'uomo finto.

In sostanza tutti i sistemi che si oppongono seriamente al sistema della finzione, e agli altri che a quello si riducono, senza riconoscere tuttavia la subbiettività reale del patrimonio, rientrano logicamente in questa categoria generale, che fa consistere il *punctum saliens* del problema della personalità nello stabilire in un modo o in un altro la *realtà dell'unità collettiva*. Essi divergono poi tra loro e si moltiplicano in svariatissime forme, sia pel modo con cui credono di raggiungere questa *unità reale*, sia per l'estensione che danno all'applicazione della formula da loro proposta per tradurre questo concetto.

Anche qui la distinzione più interessante è quella che risulta dal tener d'occhio l'elemento *psicologico* o l'elemento *economico* nella collettività unificata. Alcuno calca più specialmente sull'*unità di volontà*, altri sull'*unità d'interesse*.

In Gierke è ancora la *volontà* che occupa il posto fondamentale: soggetti reali non possono esser riconosciuti dal diritto obbiettivo se non i *portatori di libera volontà*. Tali sono gli uomini, ma non solo come singoli, bensì anche come collettività (v. *Deutsches Privatrecht*, I, p. 265 e seg.).

Invece in Bernatzik e in Michoud il primo posto spetta all'*interesse*. Esiste un *interesse distinto* del gruppo che il diritto protegge al pari dell'interesse individuale; perciò, s'induce a riconoscere la personalità giuridica del gruppo. Titolare del diritto è l'essere individuale o collettivo *nel cui interesse* il diritto è riconosciuto, mentre la volontà può anche temporaneamente mancare, e in ogni modo non è elemento *immanente* al gruppo, ma esterno (v. Michoud, *La théorie de la personne morale*, I, p. 102 e seg. e l'Appendice al vol. II).

Volontà e scopo sono infatti due elementi indispensabili ed immancabili per l'esistenza e il funzionamento dell'unità. Solamente, non solo ciascuno di essi ha o può avere subbietti propri che non coincidono (come riconosce benissimo la teoria che fa capo al Bernatzik e al Michoud), ma, per lo meno nei rapporti di diritto patrimoniale, nessuno di essi coincide col subbietto del rapporto.

Sarebbe interessante seguire il nostro A. nell'esposizione dottissima e nella critica acuta e molte volte penetrante dei vari sistemi, ch'egli aggruppa sotto le denominazioni di *teoria della persona collettiva reale*, *teoria della persona reale ideale*, *teoria del diritto soggettivo* (delle quali le due ultime sarebbero filiazioni della prima che fa capo al Gierke), *teoria dell'organizzazione* (il criterio per questi aggruppamenti è naturalmente tutto subbiettivo, e io mi guarderò bene dal criticarlo); le quali tutte hanno di comune l'esigenza testé accennata di dare come subbietto dei rapporti giuridici, vicino all'uomo singolo, una *collettività umana* assunta come *unità reale*. Se non che ciò darebbe al nostro studio delle proporzioni inverosimili, e ci immergerebbe in considerazioni non strettamente attinenti al tema della personalità giuridica propriamente detta.

In verità tutta la parte positiva di questi sistemi, che è la dimostrazione più o meno riuscita dell'*unità della pluralità*, non si trova in nessun antagonismo col sistema che ravvisa il subbietto giuridico nel patrimonio. Noi possiamo accettarla anche in parte¹⁵⁾;

15) *In parte*, cioè là dove preesiste già una personalità formale, come nelle collettività del diritto pubblico. Ma non potremmo spingerci ad ammettere, con GIERKE, (*ivi*, p. 259), che una pluralità di persone (uomini, solo perché collegate per uno scopo, si presentino così unificate (*mit einander verschmolzen und geeint*) da formare in realtà una persona sola (*kein Verbandsperson aber eine Personeneinheit*). Come accada questo miracolo è per noi un mistero.

solamente essa è *insufficiente* per arrivare alla designazione del subbietto dei diritti patrimoniali, perché si ferma alla superficie, dando per investito della *personalità* quello che è l'investito del *patrimonio*. Le ricerche interessantissime cui dà luogo questo incrociarsi di sistemi riguardano, oltreché i rapporti di diritto pubblico, la struttura interna di certe unità di diritto privato, non il loro porsi in rapporto colle altre unità al difuori.

Del resto, ed è ciò che più importa, la costruzione cui fanno capo questi sistemi non è suscettibile di applicarsi che ad una categoria di persone giuridiche, alle *associazioni* o *corporazioni*. Di fronte alle *fondazioni* o *istituzioni* questo indirizzo non fa un passo di più. Difatti la massima parte degli scrittori circoscrive a quelle il proprio tema d'esame; e gli altri, o lasciano le fondazioni tuttora sotto il regime della *finzione*, o parlano di una obbiettivazione, o cristallizzazione, o perpetuazione della volontà del fondatore (che è pur sempre, in fondo, una finzione, che, per di più, non raggiunge lo scopo della finzione esplicita), o finalmente, per portare anche questi subbietti sotto uno stesso punto di vista, spostano affatto il centro della subbiettività, come fa l'A. portandolo nella collettività *amministratrice*¹⁶⁾.

Gierke evita di porre il substrato delle *istituzioni* e *fondazioni* nella volontà degli amministratori. Sebbene per le esigenze del suo sistema la subbiettività debba far capo a una *volontà*, egli preferisce attenersi alla volontà *del fondatore*, che s'incorpora, si perpetua e si realizza, secondo lui, in un vivente corpo istituzionale (v. *Genossenschaftstheorie*, p. 72). E non ha torto di far le sue meraviglie il nostro A., dimandando «come la volontà d'un morto abbia la forza di tener vivo in perpetuo l'ente creato» (p. 221). Questo ente istituzionale deve esser poi, per rispondere alla condizione di *realtà* secondo il sistema, un organismo collettivo umano. E la collettività così vivificata è per lui quella degli amministratori, incaricata di attuare la volontà del fondatore (E qui il nostro A. fa al Gierke l'obiezione che dimentica di fare a sé stesso: e quando c'è un amministratore solo? Ma l'obiezione non ha gran peso, se si pensa che il substrato volitivo non è in questa collettività, la quale

16) Non manca tuttavia che limitatamente a questa categoria di subbietti lega la personalità precisamente al patrimonio (per esempio, DERNBURG, *Pand.* I, p. 143).

ha solo l'incarico d'incorporarsi la volontà del fondatore e metterla in atto, ciò che può compiere anche un singolo individuo).

Per Michoud invece il gruppo che deve realizzare il subbietto della fondazione è il gruppo degli interessati. Ma come è possibile un gruppo di persone indeterminate e senza vincolo tra loro? A questa obiezione, rivoltagli anche dal nostro A., risponde il Michoud (II, p. 499, 500) che tale indeterminazione non è ragione per rigettare la teorica. «La création d'une personne morale est précisément le moyen employé par le droit pour y remédier et permettre de *représenter*, contrairement aux règles du droit individuel, une série innombrable de bénéficiaires, dont beaucoup n'existent pas encore». In altri termini, il concetto di gruppo, che non ha base nella realtà, vien fuori appunto colla creazione della persona morale; ossia la legge crea (finge) il gruppo dove non è, e lo crea nell'atto della personificazione.

Come si vede, sono i patrimoni privi d'investito quelli che imbarazzano codesti sistemi. La spinta ad immaginarli venne infatti dallo studio delle collettività, cioè della seconda categoria di persone giuridiche¹⁷⁾. Gli scrittori che si fermavano invece sui patrimoni senza investito personale si diressero piuttosto alla concezione dei *diritti senza subbietto*, rimanendo però logicamente, come vedemmo, nel campo della finzione.

In sostanza il progresso fatto colla teorica dell'*unità collettiva* sul sistema della *finzione* è più apparente che reale. Quel che si crede d'aver guadagnato sottraendo al dominio della finzione una parte delle persone giuridiche, si perde col contrastare ad una delle esigenze logiche fondamentali della personalità di diritto privato, quella dell'omogeneità, riconoscendo, invece di una sola, almeno due categorie di subbietti di natura diversa: gli organismi individuali e i collettivi, e col lasciar fuori d'ogni ragionevole classificazione le persone giuridiche della terza categoria.

17) La sussunzione del concetto di *persona giuridica* in quello di *corporazione* col conseguente disconoscimento dei subbietti *istituzionali*, è il tratto caratteristico della dottrina medievale, come fu dimostrato esaurientemente dallo stesso GIERKE nel III vol. della sua classica opera (§ 9, pag. 355 e segg.; § 10, pagina 420 e segg.), e illustrato dal nostro RUFFINI nell'eccellente studio sulla *rappresentanza giuridica delle parrocchie* (nella *Giur. It.*, 1896, IV, 113 e seguenti, vedi pag. 229 e segg.). E la manchevolezza del sistema è sentita da entrambi questi scrittori.

Ora il gran pregio della teorica della finzione consiste nella possibilità di rispettare queste due esigenze connesse tra loro: la netta separazione dei subbietti di diritto privato da quelli di diritto pubblico e la omogeneità del substrato di tutti i subbietti giuridici nel campo del diritto privato.

Il sistema della finzione non ha esteso la sua applicazione ai subbietti del diritto pubblico (e questo che per l'A. è un suo difetto, per noi è uno dei migliori pregi); diciamo meglio: il diritto pubblico non si è valso della finzione pei suoi subbietti, per una ragione semplicissima, perché non ne ha sentito il bisogno. Il bisogno di ridurre tutti i subbietti ad un comune denominatore è tutto proprio del diritto privato, poiché i suoi rapporti si svolgono fra subbietti di natura uguale; non vi sono *più categorie* di subbietti di diritto privato, altro che considerati dal punto di vista interno, strutturale. Il sistema della finzione si dispensa appunto dall'esame della struttura dei suoi subbietti, e ciò assicura la sua superiorità nel cogliere il punto di vista esterno, che è quello della *personalità*; gli assicura la superiorità, diciamo, sui sistemi che dalla diversa struttura dei vari subbietti sono portati ad ammettere una corrispondente disuguaglianza anche nel loro atteggiamento esteriore, nel substrato della loro personalità.

Finché noi consideriamo lo Stato e le diverse collettività nei rapporti di diritto pubblico fra loro e coi privati, noi sentiamo benissimo di trovarci dinanzi a subbietti disuguali, anzi, il regolamento dei loro rapporti di subordinazione e coordinazione organica è appunto ciò che costituisce il compito del diritto pubblico. Ma quando noi consideriamo lo Stato e il singolo individuo nei rapporti di diritto privato (da che lo Stato ne diviene suscettibile), noi vediamo due subbietti sostanzialmente uguali per la natura del rapporto in cui si trovano; donde la necessità di ridurre l'uno di essi all'altro, o ambedue a un terzo termine.

Non già che anche di fronte allo Stato e alle collettività fuori dei rapporti privati non si presenti e non s'imponga il problema della *realtà dell'unità nella pluralità*; ma esso rientra fra i temi di filosofia (ricordiamo la lotta tra filosofi nominalisti, concettualisti e realisti), ed interessa mediocrementemente il diritto. Questo prende lo Stato e gli altri enti col presupposto della loro *realtà*, e lascia ad altri il compito di dimostrarla. E quando lo *Stato sovrano* si abbassa

al punto da incontrar vincoli contrattuali col privato che si presenta la difficoltà di spiegare come ciò avvenga, data la distanza che corre tra la realtà dello Stato e quella dell'individuo. E fino a che non si riconosca che chi entra in rapporto allora sono i due patrimoni, il patrimonio dello Stato da una parte, quello del privato dall'altra, come entità di natura equivalente, è inevitabile riconoscere, per lo meno, che chi resta vincolato non è, non può essere, lo *Stato sovrano*, ma qualche altra cosa. La teorica della finzione taglia corto su quest'altra indagine, e, sebbene riconosca subito che questi rapporti fanno capo alla *cassa* dello Stato, e dia a questo termine dei rapporti privatistici un nome speciale, non sa tuttavia sottrarsi alla necessità di *fingere* una personalità speciale antropomorfica dietro a questo subbietto, a cui le ripugna di attribuire quella cosa sacra che è il *diritto!*

Certamente, occorra fare un passo innanzi: sbarazzarsi di questo spedito logico, che può sembrare perfino puerile, quando non si tenga presente l'esigenza psicologica da cui è suggerito. Ma per far ciò bisogna avere il coraggio di buttare a mare per l'appunto questa esigenza psicologica, non vergognarsi di dire che il diritto e l'obbligazione, insomma il rapporto giuridico privatistico ha per subbietto in ogni caso il *patrimonio*, e riconoscere meno ridicola di quello che possa sembrare la frase con cui si fanno *due personalità distinte dell'uomo e del suo portafoglio*. Non si troverà più assurdo distinguere il *fisco* dallo *Stato*, quando si sarà riconosciuto che anche l'uomo singolo ha il suo fisco, il quale è il vero e solo subbietto dei suoi rapporti patrimoniali.

Ma non è facile liberarsi dal pregiudizio psicologico. Ce ne offre la prova il breve saggio di svariati sistemi ora esposto (e sarebbe facile moltiplicare gli esempi, esponendo i sistemi affini di altri scrittori di cui l'opera dell'A. offre larga messe. È si può aggiungere il caso appunto del nostro A., che dopo aver negato ripetutamente che il diritto soggettivo sia inerente alla volontà o all'interesse individuale, torna a ripetere che gli uomini sono le unità elementari del diritto.

Combattendo il Windscheid che dal vedere soggetti di diritto degli *incapaci di volere* argomenta l'esistenza di diritti senza soggetto, l'A. risponde che ciò proverà che non è nella *capacità di volere* che deve riporsi la nota della subbiettività (p. 158).

Altrettanto dobbiamo dire, quando vediamo soggetti di diritto non uomini: segno è che non nell'elemento umano dobbiamo riporre il substrato della subbiettività giuridica. E all'altro argomento dello stesso scrittore dedotto dalla possibile e frequente sopravvivenza del diritto al soggetto umano (in caso di morte), l'A. risponde: «dal non essere essenziale *un determinato* soggetto non si può dedurre che non è essenziale affatto il soggetto; dall'irrelevanza dell'individualità dell'ente la superfluità dell'ente stesso» (p. 159). E sta bene: ciò non prova infatti che il diritto sia senza soggetto, ma prova bene che tale non è l'uomo, il quale non può essere che *individualmente determinato*, e la fine della cui esistenza tuttavia non determina la fine del diritto.

Per combattere la tesi del *diritto senza subbietto*, che è veramente un assurdo logico, si va al di là del logicamente necessario, allorché si pone come necessità concettuale che vi sia un *destinatario investito di questo bene giuridico* (p. 161). Si va al di là, perché si dà a questo attributo un significato personale umano. Infatti continua l'A.: «Potrà questo destinatario essere incerto, indeterminato, futuro, ma che debba esservi è indiscutibile». Ma il *destinatario* in questo senso non coincide affatto col *subbietto*: lo ammetterà l'A. stesso a suo tempo (v. p. 254 e segg.). E di vero, se il diritto è certo, determinato e presente, potrà essere incerto, indeterminato e futuro il *destinatario*, sia pure, ma non il *subbietto* del diritto. Parlando di *soggetto futuro*, come fa l'A. a questo punto, egli cade nello stesso vizio della teorica che sta combattendo: ammette, cioè, sia pure transitoriamente, la possibilità di diritti senza subbietto. Ora se il subbietto è una necessità logica pel diritto subbiettivo, una *categoria a priori*, come col Meurer ripete l'A. (p. 160), se il diritto senza subbietto è come una forza senza un corpo (*ivi*), noi non possiamo farne a meno, *neppure transitoriamente*.

10. Subbietto del patrimonio e patrimonio-subbietto.

Alla possibilità del *diritto senza subbietto* si deve sostituire la possibilità del *patrimonio senza subbietto*. Questa è la nostra teorica, e teniamo a distinguerla anche da quella del Brinz (con cui è stata quasi sempre confusa), la quale, come abbiám visto, assegna al patrimonio impersonale lo *scopo* al posto del subbietto, mentre

lo scopo non ha che una funzione unificatrice. Io non accetto la formula di Brinz: *il patrimonio appartiene allo scopo*.

Qui l'A. riporta (p. 162) le mie parole: «Altro è diritto senza soggetto, altro è patrimonio senza soggetto. Diritto è facoltà subbiettiva, ma patrimonio è posizione, collegamento obbiettivo, e nella sua nozione non implica un rapporto d'attività, non ha dunque per esigenza logica un soggetto. Un diritto non può esser *nullius*, ma una *res* può esser *nullius*». E mi domanda: «Ma il patrimonio non è un complesso di diritti, un insieme di rapporti giuridici?». Così l'A., che poco fa materializzando il concetto di patrimonio non ne vedeva l'esistenza che in presenza d'un fondo ben tangibile, ora lo riduce a *dei diritti collegati*: «tra diritto e patrimonio (egli dice) c'è la stessa antitesi che tra unità e pluralità». Naturale perciò che se non può star senza soggetto un diritto solo, non possa starci a maggior ragione un complesso di diritti.

Ma questa nozione del patrimonio non è meno viziosa dell'altra. *Patrimonio* in senso economico è un complesso di *valori* in qualche modo unificato. Se il concetto di *valore* non coincide perfettamente con quello di *cosa*, sono però soprattutto le *cose* che costituiscono gli elementi sostanziali del patrimonio. Tanto, che anche i valori che non sono cose vengono facilmente classificate con queste sotto il nome di *cose incorporali*. Se nel patrimonio, oltre le cose, entrano anche le *utilizzazioni* e le *aspettative* di cose fuori del patrimonio, è perché economicamente sono anch'esse dei *valori* che attendono la protezione del diritto. Quando un complesso di cose, intese in questo senso generale, si trova aggregato per uno scopo economico (sia pure in forza della direzione ad esse impresso originariamente in questo senso dalla volontà umana) si ha una *unità economica*. La quale però non offre nessuna garanzia di durata e di vitalità se non si trasforma in *unità giuridica*, cioè se tanto la permanenza dell'aggregato, quanto le relazioni esterne da cui dipendono i valori di utilizzazione e di aspettativa non siano assicurate e fortificate dalla norma giuridica. Ma diritto (subbiettivo) nel senso di *rapporto giuridico* implica almeno *due* termini. Non sono gli elementi del patrimonio per sé stessi che possono mai qualificarsi *diritti* in questo senso, e nemmeno il patrimonio come complesso di questi elementi, ma bensì il *rapporto* in cui quelli o questo vengono a trovarsi *con altri* termini. Quando noi diciamo perciò che il

patrimonio è un complesso di *diritti* alludiamo immancabilmente a un secondo termine che si trova in relazione cogli elementi del patrimonio. Cerchiamo questo secondo termine, passando in rivista le due funzioni del diritto (obbiettivo) *all'interno* e *all'esterno* del patrimonio.

a) L'esigenza più elementare del diritto è quella del mantenimento del complesso nell'unità richiesta dal suo scopo economico. E qui ci riportiamo al cenno già dato dalla *struttura interna* del patrimonio. L'organizzazione economica spontanea della società umana riesce a due tipi fondamentali di unificazione. Il complesso degli elementi patrimoniali è unificato o per un processo di *appropriazione* attorno a un centro umano individuale, o per uno scopo di *destinazione*, il cui punto di riferimento può essere *interno* o *esterno* al patrimonio stesso.

L'esigenza giuridica suaccennata, del mantenimento dell'unità del complesso, si chiama *proprietà*, in quanto si riferisce al rapporto dei singoli elementi o anche del loro complesso col centro *individuale*; si chiama (o almeno dovrebbe chiamarsi se il dominio dei vocaboli fosse tenuto nei limiti di una rigorosa nomenclatura scientifica) *appartenenza*, in quanto si riferisce al rapporto fra i singoli elementi e il complesso patrimoniale in cui sono compresi. Questa seconda è una nota generale di tutti i patrimoni, mentre la prima non dovrebbe convenire che ai patrimoni individuali. A rigore infatti la proprietà è essenzialmente individuale, perché è il dominio della volontà individuale; si può tutt'al più il concetto di proprietà estendere al patrimonio d'una collettività, in quanto si riconosca in essa l'esistenza d'una volontà collettiva con carattere di *unità*. Ciò non toglie che nel linguaggio volgare, o in un linguaggio meno esatto, si parli anche di *proprietà collettiva* o anche di *proprietà*, p.e., di un ospedale o di una fondazione, che sono enti affatto impersonali o pure astrazioni; si vuoi dire che fra la cosa e il patrimonio che la comprende c'è un rapporto (collegamento) di *appartenenza*, che deve esser mantenuto. Quando si dice: il fondo A è proprietà della Parrocchia tale, s'intende dire: è compreso nel patrimonio di quella Parrocchia e deve rimanervi per esigenza giuridica. Ma la Parrocchia è una astrazione, che ha nel Parroco una manifestazione transitoria, e la sola realtà permanente è il patrimonio di cui è dotata: questo dunque è il

vero termine (soggetto) di quel rapporto. E se si domanda qual'è il termine del rapporto di proprietà o d'appartenenza dell'*intero patrimonio*? Si fa una domanda oziosa e senza significato giuridico, perché quel complesso patrimoniale si trova unificato da uno scopo di destinazione che non fa capo a nessun centro umano. Se il volgo si esprime dicendo che il patrimonio è *proprietà della Chiesa, dell'Ospedale*, ecc., nessuno intende dire che esso si trovi in rapporto di subiezione con *qualcuno* che possa disporre per sé a volontà, ma solamente che finché dura la finalità, i suoi elementi devono esser mantenuti uniti ed utilizzati o erogati per le esigenze di quella finalità. Ma un *soggetto di quel patrimonio* non esiste. E il soggetto del rapporto di appartenenza dei singoli elementi è il patrimonio.

Si deve qualificar *diritto* o *proprietà* anche questo rapporto di appartenenza? L'uso comune non ha difficoltà di farlo, poiché spende queste parole per denotare qualunque rapporto che abbia la protezione dell'ordine giuridico (diritto obbiettivo). Ma è chiaro che con tale promiscuità di significati nessuna proficua analisi scientifica è possibile. Ciò che noi andiamo cercando per arrivare al concetto di persona giuridica è un termine che possa dirsi soggetto di *rapporto giuridico*, cioè di un rapporto che corra fra *due termini egualmente attivi*; né il rapporto d'appartenenza, né il rapporto di subiezione possono dirsi rapporti giuridici in questo senso, perché hanno almeno un secondo termine affatto inerte, qual'è la *cosa* o il *complesso di cose*, il patrimonio, in quanto è considerato nella sua realtà obbiettiva e indipendentemente dall'elemento unificatore.

Dunque, finché noi ci fermiamo alla prima esigenza dell'ordine giuridico, che è quella di riconoscere e mantenere l'unità del complesso patrimoniale, finché cioè non usciamo dall'analisi della struttura interna del patrimonio, noi non troviamo nessun *rapporto giuridico* nel significato che ci occorre per anettere ai relativi soggetti il concetto di *persona giuridica*. Noi troviamo o tutti elementi passivi in rapporto quasi meccanico di adesione tra loro per formare un complesso unito insieme dalla comunanza di destinazione economica, o un centro umano (individuale o collettivo) che funge da elemento unificatore del complesso di cose, dominandolo più o meno intensamente; il quale complesso, in quanto si contrappone al suo centro unificatore, è altrettanto

inerte quanto le singole unità che lo compongono: in questo centro noi potremo vedere (se si vuole) un *subbietto del patrimonio*, non un subbietto di *rapporti giuridici*.

b) Ma sopravviene la *seconda* esigenza a cui il diritto ha per compito di dar soddisfazione: la difesa dei *rapporti* tra una sfera patrimoniale e l'altra; la dinamica del diritto che succede alla statica. Qui è la *vita* delle unità economiche-giuridiche che si svolge. Qui sorgono i veri e propri *rapporti giuridici* fra due subbietti egualmente attivi e operosi; e qui fa la sua apparizione la *persona giuridica*.

Certo, né la genesi, né lo svolgimento di questi rapporti è facilmente concepibile senza l'intervento umano (sebbene qualcuno, e non dei meno importanti, nasca per sola opera della legge, p. es., il rapporto di successione legittima). Ma noi non cerchiamo chi *fa nascere* il rapporto, o chi *mette* in rapporto, ma chi *sta* in rapporto, fra quali termini il rapporto *corre, si stabilisce e opera*. E diciamo che il rapporto di diritto privato corre sempre *fra due patrimoni*. Sempre cioè *anche nei patrimoni individuali*. Se noi in questo caso attribuiamo la subbiettività del rapporto direttamente all'uomo, è in virtù del collegamento di signoria che a sua volta lo unisce al patrimonio in lui centralizzato e da lui dominato e goduto. E se negli altri casi collochiamo la subbiettività altrove, nella collettività o in una astrazione cui assegniamo la stessa parte che ha l'uomo individuo nei patrimoni individuali, ciò è per l'influenza della tradizione antropomorfica che fin dai primi tempi costruì tutti i rapporti di diritto patrimoniale sulla base della *proprietà*. Ma il rapporto opera in verità *sui patrimoni*, e sono i patrimoni, non i loro centri unificativi che ne restano modificati. È il patrimonio che si aumenta d'un cespite attivo (perché rappresenta un valore già prima d'esser realizzato), se il rapporto riesce alla creazione d'un *credito*; è il patrimonio che resta vincolato, cioè tende a diminuire di valore o a perdere taluno dei suoi elementi, se nasce una *obbligazione*; è il patrimonio che si amplia o decresce rispettivamente nei rapporti di *liberalità*; è il patrimonio che sostituisce elemento a elemento del suo complesso così nei rapporti di *scambio*, come in quelli di realizzazione o *esecuzione* d'un rapporto obbligatorio; è il patrimonio che sollecita il riacquisto d'uno dei suoi elementi distaccato per effetto d'una turbativa e portato ingiustamente in

un altro patrimonio, o che reclama un compenso materiale per un danno sofferto in qualcuno dei suoi elementi o nello stesso centro unificatore. Riconoscere tutto ciò non è che riconoscere la realtà dei fatti.

Si abbassa forse in tal modo la dignità degli uomini *padroni* di questi patrimoni? L'A. teme infatti che ciò li trasformi in *servi umilissimi* o in un *quid irrilevante* nel patrimonio (p. 167). Ma a torto. Sono i patrimoni che servono ai padroni, i quali *perciò* li mettono in rapporto fra loro. La *persona fisica* - tutt'altro che irrilevante - è *sempre* quella che guida e fa agire il patrimonio e talvolta (nei patrimoni individuali) lo guida e lo fa agire *nel suo esclusivo interesse* e anche *colla sua esclusiva volontà*. Ma ciò non toglie nulla al fatto che, sia pure in massima parte per opera sua, il rapporto si stabilisce fra patrimonio e patrimonio e non fra persona fisica e persona fisica.

E del resto sentiamo un po' che parte rappresenta l'*individuo umano nell'unità collettiva* che costituisce la persona giuridica nel sistema accettato dall'A. «In queste collettività gl'individui fungono da *semplici strumenti e operatori*, per la quantità di forze e di beni con cui contribuiscono alla realizzazione dell'intento, e perciò *sono individualmente indifferenti*, per modo che possono uscire dall'associazione ed essere sostituiti da altri, senza che la collettività come tale soffra e perda l'energia pel raggiungimento dello scopo» (p. 357). A questo dunque è ridotta la *monade, l'unità elementare* di tutte le persone giuridiche?

Certo, quando il patrimonio è individuale, l'uomo che ne è investito non può dirsi ridotto alla parte di semplice strumento e cooperatore, perché il patrimonio serve precisamente ai suoi fini. E a lui serve il risultato dei rapporti in cui va a mettere il patrimonio; ma non per questo è lui il soggetto immediato dei rapporti. E se egli non è precisamente *indifferente* al patrimonio, è anche vero che il patrimonio continua, e continuano i rapporti ad esso inerenti, quando egli non c'è più.

Molto più quando l'uomo non rappresenta nel patrimonio che l'*organo amministrativo*. Come attribuire a lui la subbieltività del rapporto, quando l'organo cambia e il rapporto resta invariato? Così lo stesso Hölder, parlando del rapporto di *locatio conductio*

operis fra il privato e lo Stato nel diritto romano, ove lo Stato era rappresentato dal *censore* (nel quale, secondo il sistema di quell'.A., dovremmo ravvisare il *vero* subbietto giuridico di quel rapporto), confessa che il censore non era però la parte obbligata dal contratto. «Die ihm geschuldete Vergütung hatte der Unternehmer *aus dem aerarium* zu bekommen, und damit *nicht vom Zensor*» (p. 220). *Aus dem aerarium*, cioè dal patrimonio dello Stato: questo è dunque il vero e solo termine immediato del rapporto.

La concezione da noi combattuta prescinde dal meccanismo che l'evoluzione sociale sa costruire e mettere in opera per raggiungere i suoi fini. Anche la formazione dei patrimoni è opera degli uomini in società e serve ai loro fini. Ma i patrimoni una volta formati si applicano a destinazioni diverse e si comportano nei rapporti fra loro secondo norme obbiettive, dettate sempre, certamente, nell'interesse degli uomini, ma che agli uomini solo in modo mediato e indiretto si riferiscono, mentre direttamente e immediatamente riguardano i patrimoni stessi e il loro svolgimento secondo la rispettiva destinazione.

Quando noi diciamo che *ogni uomo* oggidì ha la *capacità giuridica* (di diritto privato) alludiamo forse alla persona fisica umana o non piuttosto al suo patrimonio? Noi intendiamo dire che tutti hanno la possibilità legale di *direttamente o per mezzo di rappresentante* acquistare, rivendicare per sé, trasmettere ad altri dei beni economici, obbligare ed obbligarsi con effetto sui beni stessi; in altri termini, ogni uomo è una unità economica autonoma, e, come tale, anche unità giuridica.

Ma questa possibilità legale (capacità) non si riferisce mica al fatto umano (atto) dell'acquistare, rivendicare, trasmettere, contrattare, ma bensì al *diritto*. Il rapporto di fatto fa veramente capo all'*uomo* come tale; ma precisamente in ordine ad esso la pretesa capacità non esiste affatto: non ogni uomo può agire giuridicamente *di per sé*; e finché vi saranno dei *naturalmente incapaci* vi saranno anche dei *giuridicamente incapaci*. Il rapporto di diritto, invece, quello per cui diciamo esistere la capacità generale, prescinde dalle individualità umane che lo attuano, e si affissa alle unità economiche. Se per attuare il rapporto giuridico concreto l'uomo ha non di rado bisogno di esser sostituito da altri uomini, vuol dire che non è lui *come tale* il termine del rapporto stesso. Il rapporto si pone in essere *senza*

di lui. E tuttavia noi lo diciamo termine del rapporto, in quanto su lui cioè sul patrimonio da lui individualizzato si riversa l'interesse (il risultato utile o dannoso) dell'atto che a quel rapporto dà vita¹⁸).

Senza dubbio, nell'interno del patrimonio individuale, l'uomo domina il patrimonio. Ma nei rapporti esterni, chi è che rimane direttamente modificato, l'uomo o il patrimonio da lui dominato? E termine d'un rapporto è quello su cui l'azione del rapporto si manifesta. Certo, il patrimonio individuale, in quanto è termine dei rapporti giuridici, non può concepirsi isolato, astratto dall'uomo che lo signoreggia; questi è parte essenziale dell'unità patrimoniale; è lui che lo individua e lo delimita. E nella molteplice varietà dei rapporti ve ne sono di quelli che, in luogo d'influenzare l'intera unità patrimoniale, si riappiccano direttamente a lui come centro; come ve ne sono altri che si riappiccano in modo diretto e immediato a singoli determinati beni o parti materiali del patrimonio.

A confermare come la personalità giuridica non faccia capo all'individuo umano ma al patrimonio, sta la nozione della *responsabilità civile* e la sua contrapposizione alla *responsabilità morale, politica o penale*. Questa è veramente *responsabilità individuale*, *responsabilità dell'uomo* sia pure sotto vari aspetti considerata; quella è *responsabilità del patrimonio*. L'una fa capo soprattutto (e talora esclusivamente) all'elemento intenzionale, *subiettivo*; l'altra all'elemento *obbiettivo*, al *danno* recato ad un altro patrimonio. E si spiega la tendenza sempre più visibile del diritto a prescindere per essa dal concorso del dolo o della colpa d'un individuo come estremo per affermarne l'esistenza. È la teorica della così detta *responsabilità obbiettiva*, verso cui si avvia sempre più decisamente la scienza giuridica moderna, staccandosi dalla tradizione romana che, in ossequio al pregiudizio psicologico, cercava sempre un delitto o un quasi delitto per fondarvi la *responsabilità civile del danno dato*.

18) Infatti Hölder, che è il più logico sostenitore della personalità come inerente all'uomo e alle sue qualità spirituali *umane*, non distingue la *capacità di diritto dalla capacità d'agire*, e non ravvisa quella se non dove è questa; cosicché la personalità non va attribuita, secondo lui, al *pupillo* ma al *tutore*. L'*incapace* non ha personalità, perché non è l'*interesse*, ma la *disponibilità* (che per lui è la *proprietà*) del patrimonio che caratterizza la *persona* (v. p. 117 e seg.). Dei debiti dell'*incapace* è il rappresentante il debitore sia pure col *patrimonio del rappresentato* p. 125 (!). Se si dice che questi è il *subbietto*, è un'espressione abbreviata per dire che vale *come se fosse* (p. 129).

Ad ogni modo se la responsabilità patrimoniale pel danno recato dal dolo o dalla colpa dell'agente si spiega nei patrimoni individuali colla teoria che fa del patrimonio un accessorio della persona umana che ne è investita, non si spiega più nelle altre categorie di patrimoni, ove l'agente responsabile del dolo o della colpa *in amministrando* non risponde più soltanto col patrimonio proprio, ma coi beni del patrimonio amministrato, cioè con beni non propri ma *altrui*. La spiegazione si ha nel fatto della *rappresentanza* patrimoniale. L'agente espone il patrimonio amministrato in quanto è *organo* del medesimo. Ma la responsabilità *individuale* resta a lui come uomo, non si comunica all'ente rappresentato. Ciò vuol dire che in quest'ultimo la responsabilità civile non è dipendenza di una propria responsabilità individuale. Questa, in quanto colpisce il rappresentante, si riverbera sul patrimonio proprio di lui. Ma sul rappresentato non può gravare altra responsabilità che patrimoniale, appunto perché la sua personalità è unicamente tale¹⁹⁾.

Insomma, rapporti contrattuali od estracontrattuali, tutti i rapporti di diritto privato non si stabiliscono che *fra patrimoni*. Una felice intuizione di questa verità noi troviamo nelle seguenti parole d'un nostro acuto e compianto giurista: «Nel campo dei diritti patrimoniali qualunque reazione o coazione giuridica si esplica con un incremento e decremento patrimoniale; sicché si può anche per brevità prescindere in parte da coloro che sono interessati; e *considerare i patrimoni come le entità prossime a cui le dottrine relative a questi diritti si riferiscono*. Nel seno di ciascun patrimonio i singoli diritti nascono, si svolgono, si estinguono, secondo le leggi particolari: queste determinano anche se ed in quale maniera possa un diritto da un patrimonio trasferirsi ad un altro» (Ferrini, *Manuale delle Pandette*, n. 89).

19) E si può andare fino ad ammettere una responsabilità *penale* del patrimonio, in ordine alle pene *pecuniarie*, le quali hanno soprattutto il carattere d'una *riparazione sociale*. (cf. SALEILLES, op. cit., p. 640, 641).

Il fallimento

Giuseppe Terranova

Il fallimento

Giuseppe Terranova

1. Il Commentario alle norme sul fallimento: un monumento giuridico. – 2. Le concezioni patrimonialistiche dell'obbligazione. – 3. Soggettività giuridica e autonomia patrimoniale. – 4. La funzione satisfattiva, e non più sanzionatoria, del fallimento. – 5. Il rigore della costruzione bonelliana. – 6. La garanzia patrimoniale nelle economie mercantili. – 7. Dalla prospettiva patrimonialistica a quella processuale. – 8. Le conseguenze dell'evoluzione dei rapporti economici. – 9. La recezione della cultura tedesca e il metodo sistematico. – 10. Un confronto con i Maestri del suo tempo. – 11. Gli altri scritti in materia fallimentare.

1. Il Commentario alle norme sul fallimento: un monumento giuridico

Gustavo Bonelli è stato il più grande fallimentarista italiano. L'affermazione è comunemente accettata e non teme smentite, purché si abbia una pur superficiale conoscenza delle sue opere. Per rendersene conto sarebbe sufficiente, infatti, prendere in mano i monumentali volumi del Commentario sul fallimento (il quale, nell'edizione del 1925 – l'ultima curata dall'Autore – si articola in tre tomi, per circa duemila e trecento pagine), leggere l'elenco delle fonti (la legislazione di 64 Paesi, senza contare quelle degli Stati preunitari), scorrere qualche nota (ove è ricostruita la storia del problema esaminato nel testo, spesso a partire, come usava allora, dal diritto romano, ma con copiosi riferimenti al diritto intermedio e con un'assoluta padronanza della letteratura straniera, soprattutto francese e tedesca), o avventurarsi nella lettura di qualche paragrafo, ove vengono trattati molti temi di teoria generale del diritto, per poi scendere all'esame minuzioso di un'enorme quantità di problemi posti dalla pratica. Insomma, un'opera che è il frutto di un'intera vita dedicata allo studio del diritto commerciale e del diritto fallimentare, nonché di un'intelligenza che sapeva ricostruire *more geometrico* le linee del sistema, prendendo le mosse da alcuni concetti di base (quelli di persona giuridica e di rapporto obbligatorio), per rileggere alla

loro luce la storia degli istituti, cercando d'individuare le soluzioni più consone alle esigenze della pratica.

Questi rilievi, pur nella loro superficialità, danno già un'idea dell'importanza del contributo del B., soprattutto nel settore del diritto commerciale al quale, più di ogni altro, ha dedicato le sue cure. Tuttavia, si farebbe un torto all'Autore, e non se ne apprezzerrebbe a pieno la grandezza, se non si segnalasse che la sua opera marca un discrimine nel modo di concepire le obbligazioni e, più in generale, il senso stesso della vita associata.

2. Le concezioni patrimonialistiche dell'obbligazione

Il tema dovrebbe essere trattato in maniera molto più ampia di quanto non sia possibile fare in questa sede. In altro luogo (nel *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, il Mulino, 2013, *ad vocem*) ho avuto modo di segnalare come il B. abbia sviluppato, sulla scorta della dottrina tedesca, una concezione patrimonialistica dei rapporti obbligatori, che in qualche modo si contrapponeva a quella tradizionale, ancora imperniata sull'idea di un vincolo di carattere personale, garantito dalla possibilità d'irrogare al debitore inadempiente gravi sanzioni, anche di natura penale. Per il B., invece, l'obbligazione era un rapporto tra due patrimoni, che aveva la funzione di spostare risorse da un centro d'imputazione all'altro, mentre i profili personali del vincolo perdevano rilievo, e le sanzioni, soprattutto quelle penali, si riducevano ad un ruolo ancillare.

Naturalmente, il B. non è stato il primo, e tantomeno il solo, a incamminarsi su questa strada; ma forse è stato l'autore che l'ha fatto con maggiore coerenza e ricchezza d'approfondimenti. Del resto, la materia trattata si prestava egregiamente a sviluppare le nuove prospettive teoriche: sia perché il fallimento era stato sempre considerato, di per se stesso, una sanzione, in quanto implicava un giudizio sociale negativo (*decoctor ergo fraudator*); sia perché uno studio sistematico ed accurato della procedura imponeva d'articolare gli schemi concettuali di partenza fino alle loro ultime implicazioni, con la conseguenza di coglierne i più minuti risvolti applicativi.

3. Soggettività giuridica e autonomia patrimoniale

Per rendersi conto della potenza e della complessità della costruzione bonelliana è sufficiente delinearne, sia pure in maniera approssimativa, la struttura. L'Autore parte da un concetto di base, già presente negli scritti giovanili (1890), ma poi sviluppato in maniera sempre più approfondita, fino allo scritto del 1910 (riportato in questo *Volume*), dal quale prende il volo per le opere della maturità (i grandi commentari sul fallimento, sulla cambiale e sul conto corrente). Il concetto – qui espresso con parole mie e con un lessico attualizzante – è questo: i protagonisti del traffico giuridico non sarebbero le persone fisiche, bensì quei centri d'imputazione di rapporti, ai quali la legge attribuisce una specifica rilevanza, con la conseguenza di creare delle sfere patrimoniali capaci d'interagire tra loro, a prescindere dal fatto che l'*investito* (così si esprimeva il B. per designare il beneficiario della tutela) sia un uomo in carne e ossa, una comunità (più o meno stabile) di persone, o manchi del tutto, giacché l'ordinamento si limita a individuare uno scopo da perseguire con determinati strumenti, a favore di un insieme indeterminato di soggetti. Da qui l'idea che le persone giuridiche non siano altro che centri d'imputazione di diritti e doveri, e che i rapporti obbligatori non corrano tra persone ma tra patrimoni. L'ordinamento non avrebbe il compito di «piegare» con sanzioni sempre più dure la volontà del debitore, bensì quello di far conseguire al creditore la prestazione dovuta, o una somma equivalente, anche a prescindere dall'atteggiamento dell'obbligato.

4. La funzione satisfattiva, e non più sanzionatoria, del fallimento

Sul piano ermeneutico queste premesse, se opportunamente sviluppate, possono far conseguire risultati importanti. Mi limito a segnalare quelli di maggior rilievo teorico e pratico.

A) Uno dei tratti più noti dell'opera bonelliana sta nell'aver concepito il fallimento come una *persona giuridica* che agisce attraverso un rappresentante: il *curatore*. Questa tesi presentava un duplice vantaggio: per un verso, scongiurava il pericolo di dover considerare il curatore, alternativamente, o come un

rappresentante del fallito (che, nelle concezioni correnti, restava proprietario dei beni sottoposti all'azione esecutiva, fino a quando non fossero stati venduti), o come rappresentante dei creditori (nel cui interesse si svolgeva la liquidazione); per altro verso, però, consentiva d'affrancarsi anche dalle concezioni pubblicistiche del fallimento, se per interesse pubblico s'intende qualcosa che trascende le aspettative delle parti.

Creditori e debitore (nell'ordine) calcavano ancora la scena, ma un po' defilati, perché non venivano presi in considerazione come titolari di diritti soggettivi (pretese e garanzie, da un lato, la proprietà dei cespiti che compongono l'attivo fallimentare, dall'altro), bensì come destinatari (diretti o residuali) del risultato utile della liquidazione. La persona giuridica «Fallimento» s'interponeva tra loro e la gestione del patrimonio responsabile, con la conseguenza di lasciare una maggiore libertà di movimenti al rappresentante della massa. Tale diaframma, tuttavia, non eliminava la responsabilità del curatore nei confronti dei predetti destinatari ultimi della tutela, qualora il rappresentante della massa non avesse gestito con la necessaria diligenza i beni lasciati alle sue cure.

B) Altrettanto evidente è il collegamento tra le concezioni patrimonialistiche dei rapporti obbligatori e la tesi che porta a individuare il presupposto oggettivo del fallimento nello stato d'insolvenza, inteso come incapacità d'adempiere le proprie obbligazioni. Il codice di commercio del 1882 utilizzava ancora il vecchio concetto di «cessazione dei pagamenti» di derivazione francese, e lo faceva in due sedi distinte. Una prima volta, nell'art. 683, ai sensi del quale «Il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali è in stato di fallimento». Una seconda volta, quando parlava della sentenza di retrodatazione (alla quale si connettevano certe presunzioni di frode ai fini della revocatoria), ove si specificava (art. 705) che l'inadempimento giustificato da eccezioni opposte dal debitore in buona fede non era prova dello stato di cessazione, mentre la cessazione non era esclusa dal fatto che i pagamenti fossero proseguiti facendo ricorso a mezzi rovinosi o fraudolenti.

La dottrina del tempo (Vivante, Bolaffio) aveva ritenuto che tali norme alludessero a due situazioni diverse: per l'apertura

del concorso sarebbe stata necessaria la cessazione *materiale* dell'attività solutoria, mentre per la sentenza di rimonta si sarebbe potuto fare riferimento a una cessazione puramente *virtuale*. Il B. si oppose a questa distinzione di piani, sostenendo che il presupposto dei due provvedimenti (la sentenza dichiarativa di fallimento e quella di rimonta) sarebbe stato unitario, e consisterebbe in uno stato patrimoniale *d'impotenza a pagare*. In altri termini il giudice avrebbe dovuto accertare (prima in via provvisoria e poi in maniera definitiva) l'esatto momento in cui il patrimonio del debitore era diventato *insolvente*, e cioè insufficiente a estinguere i debiti. In tale prospettiva gli *inadempimenti* non costituirebbero il presupposto sostanziale del fallimento, ma dovrebbero essere considerati come dei *sintomi* dello stato di decozione, e cioè come delle *prove* (per altro indirette) di una *situazione patrimoniale* nella quale il passivo supera l'attivo.

C) Non meno intrigante, sul piano teorico, mi sembra un problema, che ormai non è più sentito come tale, perché è stato risolto da un'espressa norma di legge. Nella Francia dell'Ottocento si era discusso a lungo se si potesse far fallire un defunto. Le ragioni delle perplessità erano evidenti: se il fallimento viene concepito come una sanzione assimilabile a quelle penali (se non altro per i pesanti risvolti reputazionali) può sembrare logico pensare che la morte del reo estingua il reato. Il suicidio, del resto, era considerato ancora come una via d'uscita per tenere la famiglia al riparo dall'onta della decozione. Dal punto di vista patrimoniale, tuttavia, era altrettanto evidente l'esigenza d'aprire il fallimento a carico del *de cuius*, sia per evitare che i suoi averi si confondessero nel patrimonio dell'erede, con il conseguente concorso paritetico dei creditori di quest'ultimo (l'istituto di diritto successorio della separazione dei beni non era, e non è, molto efficiente); sia per consentire, attraverso il ricorso alle revocatorie fallimentari, una più completa reintegrazione del patrimonio responsabile. Sul piano tecnico, infine, la separazione e la ricostruzione dei vari assi patrimoniali (quello del *de cuius* e quelli degli eredi) era facilitata dalla teoria bonelliana della persona giuridica, secondo la quale tutto si riduceva a individuare gli esatti confini delle sfere patrimoniali delle quali (dopo una transitoria commistione) occorreva ripristinare l'autonomia.

D) Di non minore interesse appaiono le ricadute su un altro tema a lungo discusso a cavallo tra i due secoli: il rapporto tra giurisdizione civile e giurisdizione penale ai fini della condanna per bancarotta. Ci si chiedeva, infatti, se la legge – quando autorizzava il P.M. a perseguire il debitore senza attendere il passaggio in giudicato della sentenza civile in materia di cessazione dei pagamenti – intendesse solo evitare di frapporre ostacoli all'inizio tempestivo delle indagini penali, o volesse affrancare il perseguimento di alcuni crimini dall'esito del giudizio civile.

Anche in questo caso la risposta del B. è netta, perché – mentre in una concezione sanzionatoria del fallimento si potrebbe ammettere un conflitto di giudicati (in parte giustificato dalle differenze del regime probatorio proprio del processo penale) – in una prospettiva patrimonialistica lo strumento penale serve solo a *rafforzare* la tutela dei creditori e, quindi, non può essere utilizzato, se il tribunale fallimentare nega l'esistenza dei presupposti per l'apertura del concorso. Da qui, un rapporto (non d'indipendenza, ma) di subordinazione dell'azione penale rispetto a quella civile, con la conseguenza che la prima, pur iniziata, avrebbe dovuto essere sospesa in attesa del passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa di fallimento.

E) Le concezioni patrimonialistiche dell'obbligazione hanno dato un contributo importante alla sistemazione dogmatica della revocatoria. Al riguardo il B. non presenta un'ennesima teoria nuova di zecca, ma aderisce alla dottrina dominante (Majerini), individuando il fondamento dell'istituto in un illecito, e cioè nella violazione fraudolenta dei diritti dei creditori. Anche in questo caso, tuttavia, la ricostruzione del B. appare particolarmente raffinata: sia perché distingue nettamente la *nullità* degli atti successivi all'apertura del concorso (art. 707, comma primo, cod. comm.) dalla *revocabilità* di quelli anteriori (artt. 708 e 709); sia perché specifica che i creditori nel fallimento si presentano come una *massa*, con la conseguenza di porre l'azione al servizio di un unico interesse collettivo e non di una pluralità di diritti soggettivi.

Non possono sfuggire i nessi tra questo modo d'impostare il problema e le idee del B. in materia di personalità giuridica del fallimento. Per un verso, infatti, la vicenda della personificazione consente d'operare un taglio netto tra un prima e un dopo: tra

le operazioni assoggettabili a revocatoria (anche rafforzata: cfr. l'art. 707, comma secondo, per le attribuzioni a titolo gratuito e i pagamenti anticipati), e gli atti inopponibili ai creditori, perché posti in essere dopo il distacco dell'attivo fallimentare dal patrimonio del fallito. Per altro verso, il riferimento alla massa giustifica il predetto prevalere delle istanze collettive su quelle individuali.

Resta comunque il fatto che il B., oltre a fornire gli schemi logici necessari per inquadrare la materia, interpreta con molta attenzione le esigenze della pratica, come quando ammette la revoca di fattispecie alle quali il *fraudator* non ha partecipato in maniera fattiva. Per l'illustre Maestro, infatti, anche le ipoteche e le assegnazioni giudiziali potrebbero essere impugnate, giacché il debitore avrebbe dovuto attivarsi per far aprire il concorso in tempi utili alla salvaguardia della *par condicio*.

F) Il B., del resto, avrebbe dato dimostrazione del proprio spirito pratico in molte altre occasioni. Per restare al tema delle revocatorie, mi limito a ricordare il problema della cessione di queste azioni (e delle altre che fanno capo alla massa) al terzo assunto del concordato, per impinguare l'attivo e rendere possibile la distribuzione di una percentuale più elevata ai creditori. Anche in questo caso le perplessità della dottrina a far consolidare sul piano sostanziale alcuni effetti di natura processuale erano apparentemente giustificate: ma la stella polare dell'interesse patrimoniale ha indirizzato il B. verso la soluzione affermativa, con una scelta confermata dal legislatore del '42 e ribadita nelle riforme più recenti.

G) Non si può tacere, infine, che la concezione patrimonialistica dei rapporti obbligatori ha agevolato la sistemazione teorica del concordato di massa, ove il voto della maggioranza vincola la minoranza. Una simile soluzione doveva sembrare preclusa in una prospettiva volta a valorizzare i profili personali dell'obbligazione, mentre è perfettamente legittima, se il credito viene ridotto all'aspettativa di una somma di denaro, e cioè di un bene dotato del massimo grado di fungibilità. Nella dimensione monetaria i rapporti si spersonalizzano, le facce del debitore e dei creditori perdono i loro connotati. La quantità prevale sulle qualità e detta legge su chi rimane in minoranza.

5. Il rigore della costruzione bonelliana

L'elenco dei problemi, la cui soluzione è direttamente o indirettamente condizionata dalle nuove prospettive e dai nuovi valori, dei quali il B. si faceva interprete, potrebbe essere agevolmente allungato, per far vedere quanto pervasive siano certe scelte di vertice. Le questioni sulle quali si è richiamata l'attenzione nel precedente paragrafo danno, tuttavia, un quadro abbastanza preciso di quale sia stato l'impatto del B. sul modo di concepire i rapporti privati: l'obbligo non viene più inteso come una situazione d'asservimento personale; il fallimento non ha come obiettivo principale la punizione del debitore, ma mira al maggiore soddisfacimento dei creditori; le sanzioni e il processo penale assolvono ruoli ancillari; l'efficienza degli strumenti di tutela fa aggio sulle ragioni della persona, considerata nella sua irripetibile individualità. Persino i concetti sono sottoposti a un criterio di economicità, perché vengono predilette, fin dove è possibile, costruzioni semplici, snelle, eleganti, ove il superfluo viene eliminato con un sapiente ricorso al rasoio d'Ockam e il nocciolo della questione si riduce a un'espressione numerica: il valore monetario di un bene o di un complesso di beni. Sotto questo profilo è emblematica la teoria della persona giuridica, che viene ricondotta alla nozione asciutta e priva d'orpelli di un'autonomia patrimoniale dotata di rilevanza *erga omnes*.

6. La garanzia patrimoniale nelle economie mercantili

Naturalmente, ciò non significa che le *categorie concettuali* e le *soluzioni* proposte dal B. siano ancora oggi tutte utilizzate e utilizzabili, per intendere la disciplina della crisi d'impresa. Troppe cose sono cambiate, per non imporre un'almeno parziale correzione di rotta.

A) Innanzi tutto, è mutato lo scenario economico di riferimento. Il B. si muoveva in una fase di transizione, nella quale le attività mercantili, ancora imperniate sull'intermediazione nello scambio, stavano cedendo il posto all'industria, che imponeva nuove forme organizzative e nuove regole di condotta. La situazione, adesso, è diversa, perché persino il commercio si è industrializzato (adottando strumenti di gestione degli approvvigionamenti e di distribuzione

dei prodotti un tempo non immaginabili) mentre ci si addentra in un'economia finanziaria, dove tutto si riduce al controllo dei flussi monetari e informativi.

B) Sul piano tecnico, poi, il B. ha sottovalutato, o non ha valutato adeguatamente, il ruolo del processo (qui inteso come attività giurisdizionale) nel governo della crisi delle attività economiche. Ovviamente, l'illustre scrittore aveva piena contezza dell'importanza che la dimensione processuale stava assumendo nello studio degli istituti in esame, e anzi anche in ciò ha avuto intuizioni pionieristiche, perché ha segnalato come, nel fallimento, ai profili contenziosi s'aggiungano profili di volontaria giurisdizione, o di schietto diritto amministrativo. Il B., tuttavia, resta lontano dall'idea (poi sviluppata da Carnelutti e Candian) che il processo, con la sua dimensione pubblicistica, possa giustificare una serie d'effetti tipici del concorso esecutivo (dallo spossamento del debitore al vincolo imposto ai creditori dissenzienti nel concordato). Soprattutto, gli è estranea la concezione (per altro acquisita solo di recente) per la quale il processo costituisce il luogo deputato a mediare, con l'intervento del giudice, tra interessi contrapposti: quelli del debitore, da un lato; quelli dei creditori e degli altri soggetti coinvolti nella crisi dell'impresa, dall'altro;

C) Più in generale, infine, il B. esprime i valori propri di una borghesia commerciale e di un sistema bancario di stampo tradizionale, ancora imperniato (almeno prevalentemente) sulle operazioni di deposito e sconto, collegate tra loro dal rapporto di conto corrente (non a caso tra i temi prediletti della sua ricerca troviamo la cambiale e il predetto contratto bancario).

Il B., in altri termini, ha coltivato un ideale di progresso, libertà ed emancipazione (anche femminile); ha riconosciuto la preminenza degli interessi collettivi su quelli individuali, ma mostra una sostanziale indifferenza per i grandi temi del solidarismo vivantino, come, per converso, non segue neppure fino in fondo il Rocco (che pure apprezzava sul piano tecnico-giuridico) nella ricerca di un equilibrio tra autonomia privata e poteri dello Stato, da fissare in astratto, su basi puramente teoriche (in Rocco, checché se ne pensi, è ancora forte l'idea di un diritto soggettivo e di un'attività negoziale, da proteggere da eventuali ingerenze esterne).

7. Dalla prospettiva patrimonialistica a quella processuale

Per rendersi conto di quanta acqua sia passata sotto i ponti, basta ritornare per un attimo sugli assunti di vertice della costruzione bonelliana: il convincimento che la persona giuridica si riduca a una forma d'autonomia patrimoniale, e che l'obbligazione consista in un rapporto tra patrimoni.

Il modo in cui il primo concetto viene utilizzato appare piuttosto ambiguo. Per un verso, anticipa la tesi dell'esistenza di patrimoni e, quindi, di *diritti senza soggetto* (Orestano). Per altro verso, però, l'Autore finisce con lo scorgere *soggetti* anche là dove vi sono semplici *vincoli di destinazione* impressi su singoli beni, o su interi compendi di cose e rapporti. In altri termini, in B. è ancora lontana l'idea che alcuni settori giuridici possano essere organizzati «per attività» anziché «per soggetti» (Ferro-Luzzi, Angelici), mentre oggi siamo abituati a constatare che una serie di atti, pur provenendo da centri d'imputazione autonomi (si pensi alle società di un gruppo), vengono considerati in maniera unitaria dall'ordinamento; per non parlare, poi, dei procedimenti decisionali non riferibili a una persona, ma a un organo a sé stante, munito dei necessari poteri.

La seconda affermazione (quella in merito alla struttura dell'obbligazione) appare, invece, troppo semplicistica, perché trascura che, in caso d'inadempimento, il rapporto tra debitore e creditori viene intermediato dal processo, ove si realizza un bilanciamento d'interessi, che tiene conto d'istanze di vario tipo (anche di carattere non patrimoniale) e di varia provenienza (basti pensare ai tentativi di salvataggio di un'impresa, che talvolta prescindono dal consenso dei creditori).

In altri termini, in B. non troviamo ancora un pieno sviluppo della prospettiva procedimentale, che invece consente: *a)* di spiegare come si possano assumere decisioni e imputare responsabilità, anche in mancanza di una volontà riferibile al titolare di un diritto o di un patrimonio; *b)* di chiarire in che modo aspettative eterogenee possano essere contemperate in maniera dialettica attraverso l'intervento del giudice; *c)* di mettere in evidenza come persino le situazioni soggettive di natura patrimoniale (come i crediti), spesso considerate espressioni d'interessi puramente individuali ed egoistici, possano aprirsi, attraverso il processo, a istanze

solidaristiche, che esprimono le aspettative di varie categorie di soggetti. Occorrerà aspettare Satta (con le *Istituzioni* del 1943 e, soprattutto, con il *Diritto fallimentare* del 1974) per un approccio capace di valorizzare tutte le potenzialità della prospettiva processualistica.

8. Le conseguenze dell'evoluzione dei rapporti economici

L'esigenza di superare certi aspetti della concezione bonelliana delle procedure concorsuali appare, del resto, ancora più evidente, se si riesaminano, con gli odierni strumenti concettuali, i punti sui quali mi sono soffermato in precedenza.

A) Forse è opportuno iniziare proprio dall'idea che il fallimento sia una persona giuridica. Com'è noto, questa tesi non ha avuto molta fortuna, perché è sembrata eccessiva e ingombrante per illustrare un fenomeno che poteva essere spiegato benissimo in termini più semplici, facendo ricorso alla concezione contrapposta, che vi scorge un vincolo di natura processuale. Per altro, nel sistema non vi era e non vi è alcun riferimento a un evento traslativo, che distacchi, sia pure a fini puramente strumentali, i beni sottoposti all'azione esecutiva dalla sfera patrimoniale del debitore. La legge fallimentare del 1942, poi, ha chiarito in maniera definitiva la questione, precisando che il fallito è privato solo «dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni» (art. 42, comma primo), e che gli atti e i pagamenti compiuti «dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci rispetto ai creditori» (art. 44, comma primo). Stando alla lettera della legge, pertanto, la proprietà dei beni continua ad appartenere al debitore.

Occorre riconoscere, tuttavia, che vi sono ancora oggi molti problemi irrisolti e che alcune indicazioni del B. appaiono, nonostante l'approccio completamente diverso, più pertinenti e appropriate di quelle accolte dalla giurisprudenza dominante. Mi riferisco, in particolare, alla posizione dei creditori della massa: costoro – qualora il curatore non li soddisfi spontaneamente – devono insinuarsi al passivo, perché è l'unico strumento di cui dispongono per far valere le loro pretese. Ciò non significa, tuttavia, che le loro istanze possano essere considerate tardive o super-tardive. I creditori, di cui stiamo parlando, hanno come

diretti interlocutori gli organi del fallimento: non sono creditori «concorsuali» e, proprio per questo, non possono essere equiparati, ai fini della decorrenza dei termini per l'insinuazione al passivo, ai titolari di pretese sorte prima dell'apertura del concorso. In caso contrario, sarebbero condannati a essere considerati, dal punto di vista processuale, sempre (o quasi sempre) dei ritardatari.

B) La concezione bonelliana dell'insolvenza ha avuto una sorte diversa, perché l'illustre Maestro l'aveva trasfusa in una norma del progetto presentato nel 1921 (art. 1) e da lì è passata nella legge fallimentare (art. 5). Nonostante ciò, non si può dire che sia ancora attuale, perché la giurisprudenza in questi ultimi anni si è attestata su posizioni diverse, che valorizzano la *situazione finanziaria* dell'impresa, anziché la *consistenza del patrimonio* del debitore, con l'effetto, solo all'apparenza paradossale, di ritornare, in pratica, alla vecchia nozione di *cessazione dei pagamenti*.

Anche in questo caso, tuttavia, si deve riconoscere che una rilettura dell'opera del B. sarebbe istruttiva. Si potrebbe constatare, infatti, che l'autore non propone una concezione statica dei rapporti economici, giacché distingue nettamente l'*insolvenza civile* da quella *commerciale*, e ritiene decisivo, per quest'ultima, il «credito» di cui il debitore gode «su piazza» (il linguaggio denuncia una visione ancora incentrata sulle attività mercantili in senso stretto). Secondo B. il fallimento non dovrebbe essere dichiarato, qualora il commerciante – pur avendo subito perdite tali da azzerare il patrimonio netto, o da renderlo negativo – sia talmente stimato da finanziatori e fornitori, da poter continuare l'attività ed estinguere, nel tempo, i propri debiti. Nel commercio, come nell'industria, è l'attività la vera fonte della ricchezza e, quindi, non si può non tenerne conto.

Naturalmente, questo modo d'impostare il problema può sembrare semplicistico e alla buona, comunque lontano dalle moderne sofisticate tesi aziendalistiche, tutte impiegate sul concetto di *crisi finanziaria irreversibile*. Si deve considerare, però, che nemmeno quest'ultima soluzione va esente da critiche, perché, quando si ha a che fare con aziende a ciclo economico invertito (banche e assicurazioni), nelle quali la raccolta del risparmio tra il pubblico precede la produzione di beni e servizi, non si può attendere – per dichiarare lo stato d'insolvenza –

che la liquidità residua venga prosciugata, ma occorre eliminare l'impresa dal mercato con un provvedimento tempestivo, di regola motivato da una prognosi, che deve necessariamente prendere in considerazione (tra le altre cose) lo stato patrimoniale e il conto economico (eventualmente rettificati) dell'azienda. Almeno in tali casi – ma lo stesso accade per le grandi imprese industriali considerate strategiche per l'economia – la situazione finanziaria non basta da sola a stabilire se l'insolvenza è già in atto, ma è necessario fare ricorso a valutazioni desunte da altri dati, tra i quali va incluso (come suggeriva B.) un apprezzamento in merito alla «serietà» – virtù tanto rara e sfuggente, quanto decisiva – delle persone che presentano i piani di risanamento: ricapitalizzazione da parte di un ente pubblico, fusione con una società *in bonis*, scorporo di un ramo d'azienda, e quant'altro.

In altri termini, aveva ragione il B. nel ritenere che gli accertamenti per la dichiarazione di insolvenza sono complessi e non possono fermarsi alla constatazione che nelle casse dell'impresa non vi è il denaro necessario per estinguere le obbligazioni in scadenza: accontentarsi di un semplicistico riscontro dei dati di cassa (come si sarebbe indotti a fare, se si ritenesse decisiva la situazione finanziaria considerata giorno per giorno, senza allungare lo sguardo sul futuro dell'impresa) comporterebbe un'autorizzazione in bianco all'uso delle residue risorse liquide a favore di certi soggetti (molto spesso: i dipendenti dell'azienda), a discapito della massa dei creditori.

C) Per le revocatorie occorre fare un discorso diverso. Come si è detto, il B. aderisce alla teoria, allora dominante, che fondava la c.d. *pauliana* su un illecito del debitore, il cui comportamento fraudolento avrebbe violato i diritti dei creditori: proprio per questo, in alcuni passaggi del *Commentario* alle norme sul fallimento l'illustre Maestro valorizzava il *nesso di causalità* tra l'atto e il danno, sostenendo che il primo non può essere revocato se manca il secondo.

L'impostazione risponde al modo di vedere delle teorie patrimonialistiche dell'obbligazione. Infatti, se il vincolo obbligatorio viene concepito come un rapporto tra due patrimoni, la tutela del creditore deve essere attuata assicurando, in primo luogo, l'integrità del complesso dei beni da espropriare in caso d'inadempimento. Da qui, l'enfasi posta sui «mezzi di conservazione della garanzia

patrimoniale»; da qui l'idea (che riceverà la formulazione più puntuale ad opera di Emilio Betti) di considerare la predetta garanzia generica come un vero e proprio diritto soggettivo, la cui violazione costituirebbe un illecito da risarcire in forma specifica; da qui la proposta di fondare l'azione su una responsabilità da inadempimento, con la conseguenza, già rimarcata, di valorizzare il nesso di causalità tra la frode e il pregiudizio subito dai creditori.

In altra sede ho cercato di spiegare come questa costellazione di assunti sia il frutto di un dogmatismo esasperato, e come la revocatoria si ponga – sia pure con molte peculiarità, dovute a una certa ibridazione d'archetipi concettuali – sul diverso piano delle tutele attuate attraverso un'impugnativa, e cioè facendo ricorso a uno strumento dotato, in prima approssimazione, d'effetti reali (restitutori), e quindi molto diverso, sul piano strutturale e funzionale, dalle azioni risarcitorie. Proprio per questo motivo, il rilievo attribuito al nesso di causalità appare fuori luogo.

All'atto pratico, però, il B. si è sempre mosso con estrema agilità nel portare a conseguenze certe ipotesi teoriche: così è riuscito a sfuggire a ogni eccesso di dogmatismo. Per rendersene conto, basta considerare come affronta, anche qui, la materia, soprattutto con riferimento a due casi paradigmatici: le vendite immobiliari e i pagamenti anticipati. Per le prime, l'illustre Maestro osserva che l'atto di disposizione provoca un danno «indiretto» ai creditori, perché sostituisce un bene facilmente aggredibile con l'azione esecutiva (un opificio, un terreno, un palazzo) con un altro bene (il denaro), che può essere più agevolmente dissipato o sottratto alle iniziative giudiziarie dei creditori. Per i pagamenti anticipati si limita, invece, a constatare che chi riceve la prestazione prima della scadenza ottiene qualcosa in più del dovuto.

Su ciò nulla da eccepire. Il problema, però, è che il B., in entrambi i casi, esclude che la revocatoria possa portare a risultati diversi dalla restituzione alla massa del bene uscito dal patrimonio del debitore, anche se fosse evidente che il danno, in concreto, non si è verificato (perché il prezzo della vendita è stato reinvestito in maniera utile per i creditori), o è d'importo inferiore alla prestazione a suo tempo ricevuta dal terzo convenuto in giudizio (qualcuno suggeriva di limitare gli effetti della revoca dei pagamenti anticipati all'*interusurium*). In altri termini, il B. – contrariamente

a quanto asserito in premessa – non dà alcun peso, di fatto, al nesso di causalità, ma si riporta al diverso schema concettuale di una *dichiarazione d'inefficacia* dell'atto, con la conseguente *eliminazione* (in qualche luogo si parla di *risoluzione*) del rapporto impugnato. Anche qui, tuttavia, l'illustre Maestro procede con una tale perizia argomentativa, da dissimulare perfettamente il salto logico contenuto nel suo ragionamento.

Ovviamente, questi rilievi non vogliono sminuire l'importanza degli studi del B. in materia: in fondo, se ancora oggi andiamo a leggere le sue pagine, è perché siamo sicuri di trovare soluzioni di grande saggezza e argomenti degni di nota, a prescindere dal fatto che si possa riscontrare qualche incongruenza espositiva, o qualche passaggio logico, del quale non riusciamo a darci una spiegazione. Le posizioni del B. meritano considerazione – come accade per tutti i grandi Maestri – non perché possano essere integralmente condivise, ma perché le riteniamo autorevoli: perché provengono da uno studioso di rango, che in un'infinità di casi ha mostrato di saper cogliere l'essenza del problema e di antivedere l'evoluzione dei rapporti sociali.

D) Considerazioni dello stesso tipo possono essere svolte con riferimento a un altro quesito: quello relativo alla cessione delle revocatorie (e delle altre azioni di pertinenza della massa) all'assuntore del concordato fallimentare. Anche in questo caso il pensiero del B. ha fatto scuola, giacché la soluzione da Lui difesa è diventata, con la riforma del 1942, un'espressa norma di legge. A ben guardare, però, nemmeno qui manca qualche ambiguità e qualche oscillazione del pensiero.

In fondo, il B. parte ancora dall'assunto che il concordato consente la chiusura del fallimento perché elimina uno dei suoi presupposti: lo stato d'insolvenza del debitore. I creditori, rinunciando a una parte delle loro pretese, permettono all'attivo di pareggiare il passivo, con la conseguenza di porre fine al concorso. Il fallimento cessa, non perché abbia espletato fin in fondo la propria funzione, ma perché – per un evento esterno – ha perduto la propria ragione giustificativa, la sua *causa finalis*. Proprio per questo motivo, l'assuntore deve rispondere (nell'ottica del B.) anche nei confronti dei creditori non insinuati, giacché, in caso contrario (e cioè, se vi fossero dei titolari di pretese concorsuali,

che non trovano soddisfacimento nel concordato), non si potrebbe sostenere che l'insolvenza sia stata eliminata.

Il ragionamento è stringente, ma, non appena si passa a esaminare la questione della cessione delle revocatorie, entra in contraddizione con se stesso. Infatti, delle due l'una: o il concordato viene considerato come uno strumento che agisce dall'esterno sul fallimento (eliminandone un presupposto), e allora l'assuntore deve essere qualificato come un avente causa dal fallito; oppure il concordato viene visto come uno strumento volto a liquidare in maniera forfetaria l'attivo, e allora l'assuntore acquista i beni direttamente dalla procedura. Nel primo caso, il predetto soggetto non può ottenere, come contropartita per l'intervento, alcun *asset* che non appartenga al proprio dante causa (come sarebbero, invece, le revocatorie) e deve rispondere senza limiti nei confronti di tutti i creditori, compresi quelli non insinuati al passivo. Nel secondo caso, l'assuntore apprende l'attivo fallimentare così com'è, con tutte le inopponibilità disposte dalla legge a favore della massa: proprio per questo motivo può rendersi cessionario delle revocatorie e delle altre azioni di pertinenza della curatela, ma il discrimine deve valere anche sul versante del passivo, giacché solo i creditori insinuati possono figurare come destinatari (sia pure per interposta persona) delle provvidenze ammannite dalla legge. La commistione tra le due prospettive porta a risultati incongrui.

Come si vede, anche in questo caso due diversi schemi teorici vengono sovrapposti, perché manca la chiara percezione del ruolo del processo nella soluzione del problema. Ancora una volta, però, il B. ha saputo intuire le tendenze evolutive dell'ordinamento. Il concordato, infatti, nel corso degli anni ha dismesso il carattere privatistico di un tempo, per diventare un subprocedimento della liquidazione concorsuale, oppure (se ci si riferisce al concordato preventivo) una procedura autonoma, volto a ottenere, sul piano patrimoniale, risultati equipollenti al fallimento (basta vedere i più recenti interventi legislativi in materia). In tale prospettiva la cessione delle revocatorie (e delle azioni di responsabilità nei confronti di amministratori e sindaci della società decotta) è perfettamente in linea con la nuova «missione» della procedura.

E) L'evoluzione dei rapporti economici ha modificato, però, ancora più a fondo lo scenario nel quale inquadrare l'istituto. Al tempo di Bonelli (e di Rocco) era ancora possibile individuare nei creditori una massa unitaria e compatta, alla quale attribuire – una volta constatata l'insolvenza del debitore – il potere decisionale di ultima istanza in merito alla sorte del patrimonio responsabile. Adesso, la progressiva finanziarizzazione dell'economia ha cambiato le cose, giacché le pretese da insinuare al passivo si sono articolate in una pluralità di classi di rango diverso (crediti in prededuzione, crediti privilegiati, in chirografo, postergati, condizionati, cancellabili, per apporti in conto capitale, *etc.*). In altri termini, mentre prima vi era una classe egemone (i creditori comuni) che dettava legge, e il problema di come trattare i privilegiati sembrava secondario, adesso la massa in chirografo ha perduto il proprio ruolo, perché resta inclusa in una graduatoria, che si estende al di sopra e al di sotto, rispetto al livello in cui è collocata.

Se si vuole, il cambiamento è di carattere quantitativo, più che qualitativo, giacché le classi dei creditori *privilegiati* e *postergati* sono sempre esistite: basti pensare ai legatari, i quali possono partecipare al riparto solo se, dopo il soddisfacimento dei creditori del *de cuius*, vi è ancora spazio per un'utile collocazione delle loro pretese su quanto si ricava dalla vendita dei beni ereditari. Come spesso accade, però, i mutamenti quantitativi a un certo punto diventano qualitativi, giacché incidono sul tipo di tutela da apprestare. Per il B. – in assenza di norme in merito alla partecipazione al voto – l'unico problema era capire se i creditori privilegiati potessero ottenere il dividendo concordatario (che spetta loro per la parte della pretesa che non trova capienza sui beni oggetto di prelazione) prima ancora d'aver escusso la garanzia, o non dovessero aspettare, invece, l'esito dell'esecuzione forzata sui beni ipotecati, dati in pegno, *etc.*

Al riguardo, l'illustre Maestro (a riprova della difficoltà dell'argomento) ha cambiato opinione tra la prima e la seconda edizione del *Commentario*, ma non immaginava le complicazioni che si pongono adesso, non solo con riferimento al voto, ma anche con riguardo alla possibilità di governare conflitti d'interessi sempre più intricati. Dagli Stati Uniti abbiamo importato l'istituto del concordato per classi, ma proprio l'impossibilità di tenere conto

di valutazioni confliggenti, spesso opportunistiche, espresse da piccoli gruppi di creditori, ha imposto l'abbandono del principio del consenso dei diretti interessati, per sostituirlo con l'attribuzione al giudice di alcuni poteri d'intervento autoritativo (il *cram-down*), che ha profondamente modificato la struttura e la funzione dell'istituto. Il concordato non serve più a eliminare l'insolvenza, sulla base di un accordo con i creditori che rinunciano a una parte delle loro pretese: serve a far ottenere l'equivalente di quanto si sarebbe ricevuto da una liquidazione coattiva del patrimonio del debitore, e tale risultato può essere perseguito (facendo riferimento a valori *stimati*) anche contro la volontà dei diretti interessati. I creditori non sono più i «padroni» – in una logica proprietaria – del patrimonio da liquidare, ma sono solo i destinatari di un'attività imputabile a un organo pubblico, sia esso il giudice o un'autorità amministrativa, al quale spetta l'ultima parola.

F) Resta da dire qualcosa sul fallimento del defunto e sui rapporti tra l'azione civile (di accertamento dei presupposti per l'apertura del concorso esecutivo) e l'azione penale, volta a perseguire i reati di bancarotta. Ne parliamo per ultimo, perché le due questioni, essendo state risolte da espresse norme di legge in conformità a quanto aveva sostenuto il B., non vengono percepite ormai come un problema, almeno per quanto concerne l'impostazione generale del discorso. Solo per completezza espositiva mi permetto di fare due osservazioni.

La prima riguarda la possibilità di far fallire dei soggetti che, al momento in cui si dovrebbe aprire il concorso, non esistono più a norma di legge. Il quesito si è riproposto, di recente, per le società (la legge, in realtà, parla di imprenditori collettivi) cancellate dal registro delle imprese. La norma pone un limite temporale molto ragionevole (un anno) alla possibilità d'aprire il concorso dopo l'estinzione dell'ente. La disciplina, per altro, è perfettamente in linea con quella riservata all'imprenditore defunto e, se può essere concepito il fallimento di un soggetto fisico venuto a mancare, a maggior ragione si deve ritenere possibile la ricostituzione di una persona giuridica, sia pure al solo fine d'assoggettarla a una procedura concorsuale.

La questione più delicata è capire se possa essere dichiarato il fallimento di una società cancellata da più di un anno dal registro

delle imprese, qualora abbia continuato a svolgere la propria attività commerciale. Il secondo comma dell'art 10, l. fall. (nella versione emendata dalle riforme del 2005 e 2007) detta una norma apparentemente sibillina, perché fornisce una risposta affermativa per le ditte individuali e per le società *cancellate d'ufficio* dal predetto registro, mentre tace per le società cancellate su iniziativa dei liquidatori. A mio avviso, l'unica soluzione praticabile è dichiarare, anche in questo caso, il fallimento: riferendolo, però, a un'entità organizzativa diversa da quella che si è formalmente estinta. In altri termini: se l'impresa era originariamente gestita da una società di capitali, questa può rivivere solo se l'attività è cessata da meno di un anno, o se vi è stata un'erronea cancellazione d'ufficio; in caso contrario, il dissesto non può essere più imputato all'ente personificato e, quindi, occorre individuare – sulla base di un'indagine empirica – lo schema organizzativo di fatto utilizzato da coloro che hanno gestito l'azienda, traendone le necessarie conseguenze sul piano del diritto concorsuale.

Come si vede, la lezione del B. è ancora attuale, se non altro per lo spirito che la anima. Il diritto fallimentare gode di una spiccata autonomia sul piano dei concetti, e questa autonomia deve essere utilizzata per dare ai problemi posti dalla pratica delle risposte congrue, anche se in apparente contrasto con il senso comune (il fallimento di un defunto) o con i dogmi del diritto sostanziale: anche una società di capitali può rivivere, purché non si superi il limite dell'anno imposto dalla legge. Oltre quel confine è necessaria un'indagine di carattere fattuale, per stabilire a chi debba essere imputata l'attività svolta.

G) Il secondo rilievo riguarda il rapporto tra l'azione penale per le imputazioni di bancarotta e la dichiarazione di fallimento. Anche in questo caso la soluzione suggerita dal B. non aveva solo una valenza tecnica, ma conteneva, prima ancora, un messaggio di civiltà giuridica: non è possibile condannare un soggetto per un reato fallimentare, se non esistono i presupposti del fallimento. Un conflitto di giudicati darebbe scandalo e, quindi, l'ordinamento deve evitarlo ad ogni costo.

Detto questo, però, sul piano della politica del diritto sorge un dubbio: se alcune ipotesi di reato, previste dalla legge fallimentare, non debbano essere perseguite a prescindere dalla dichiarazione

d'insolvenza; se non debbano diventare, cioè, dei reati di diritto comune. Questa riflessione nasce dal rilievo che, in alcuni casi, l'atto preso in considerazione dalla legge non è meno dannoso o pericoloso per i creditori, solo perché la crisi dell'impresa ha trovato uno sbocco diverso dal fallimento o dalla liquidazione coatta amministrativa. Per altro, l'attuale intreccio tra azioni civili e penali ha portato a una situazione così intricata da allungare, ben oltre il limite del tollerabile, la durata dei processi, i quali spesso si trascinano per decenni, con la conseguenza d'esporre il nostro Paese a critiche e sanzioni da parte dell'Unione europea. Un'eventuale riforma in questa direzione non sarebbe in contrasto con le posizioni dell'illustre Maestro, ma forse potrebbe rendere un po' più tempestiva ed efficace la tutela dei creditori.

9. La recezione della cultura tedesca e il metodo sistematico

I problemi toccati nei precedenti paragrafi servono a dare un'idea della ricchezza e della perdurante attualità del pensiero del B. in materia di procedure concorsuali. Naturalmente, gli esempi si potrebbero moltiplicare *ad libitum*, ma sarebbe un inutile dispendio d'energie, perché quanto detto fornisce già un'immagine viva e sfaccettata dello studioso e del suo monumentale commentario sul fallimento: un'opera ovviamente influenzata dalle condizioni dell'economia del tempo in cui venne scritta, ma per molti versi precorritrice dell'evoluzione delle procedure concorsuali verso le forme che oggi conosciamo. Il primo passo è stato un completo rifiuto delle concezioni sanzionatorie del fallimento, per accogliere una prospettiva più attenta ai profili patrimoniali dei rapporti obbligatori. Non mancano, però, indicazioni volte a valorizzare le ricadute della disciplina dell'insolvenza sul piano personale e familiare. Il B. sapeva benissimo che i rapporti economici non possono essere ridotti a una sola dimensione (quella patrimoniale), e sapeva che spesso risultano decisivi altri fattori, come la serietà del debitore e il credito di cui gode su piazza. Anche questi elementi, non misurabili con analisi quantitative, vanno messi sul piatto della bilancia quando si fanno scelte (come l'apertura del concorso o l'omologazione di un concordato) che possono cambiare la vita delle persone.

Se dal piano tecnico si passa a quello metodologico, occorre precisare che l'illustre Maestro, almeno nelle opere dedicate al fallimento,

non ama fare sfoggio di dottrina e, quindi, non dà indicazioni né per l'una, né l'altra delle due grandi correnti di pensiero che già ai suoi tempi si erano delineate, e che facevano capo, in ambiente tedesco, alle due grandi personalità di Windscheid e di Jehring. La sua concezione della persona giuridica e del rapporto obbligatorio evoca alcuni profili del formalismo di Thon (al quale si rifarà, più tardi, Kelsen), ma l'attenzione riservata alla valutazione degli interessi e l'inclinazione per gli studi di politica e di sociologia mostrata negli scritti giovanili fanno pensare a una formazione culturale più complessa, nella quale trovano posto anche le suggestioni provenienti dall'opposta sponda, quella del sociologismo giuridico, in quegli anni ben rappresentato, non solo in Germania e Austria, ma anche in Francia.

In mancanza di dati più precisi (almeno allo stato delle mie conoscenze), può essere più interessante, tuttavia, il confronto con gli altri Maestri di diritto commerciale dell'epoca. Il suo interlocutore privilegiato è stato Leone Bolaffio, al quale si contrappose – in costanza di un forte legame d'amicizia – su molti fronti. Altrettanto importante, però, è stato il dialogo (sempre in materia di diritto fallimentare) con Ulisse Manara, Angelo Sraffa, Antonio Scialoja (si veda il commento al disegno di legge sui piccoli fallimenti) e Alfredo Rocco. In materia di persona giuridica e di titoli di credito, poi, gli interlocutori sono stati anche altri, ancora più numerosi.

10. Un confronto con i Maestri del suo tempo

Gustavo Bonelli, per scelta personale, non è entrato nell'Università e, pertanto, non ha creato una Scuola nel senso tradizionale del termine. Nonostante ciò, viene talvolta accostato ai nomi di Cesare Vivante e di Alfredo Rocco, come uno dei fondatori del diritto commerciale italiano.

Non è certo il caso d'esprimere un giudizio al riguardo, anche se l'importanza e la profondità delle sue opere non temono il confronto. Qui, si può solo dire che i suoi lavori, nonostante l'alta speculazione teorica, sono per lo più caratterizzati dall'attenzione ai problemi della pratica. Spesso nascono dall'esigenza di risolvere una questione concreta. Talvolta l'Autore parte da un caso giurisprudenziale, per poi buttare giù (se mi si consente un'espressione del gergo familiare) un'intera biblioteca, al fine di

chiarire in che modo il quesito era stato risolto nel diritto romano e in quello intermedio, per poi passare alla letteratura francese e tedesca e arrivare, infine, agli scritti più recenti.

Questa metodica – comune agli scrittori dell'epoca – viene sviluppata, però, in maniera del tutto personale, che non trova riscontro nei grandi Maestri dianzi ricordati. Vivante prendeva le mosse – sulla scia di Goldschmidt – dalla natura delle cose, intesa come studio dei profili funzionali dei singoli istituti, per come emergevano dalla prassi commerciale. Nel *Trattato*, però, l'indagine si decanta, acquista le movenze classiche più consone a un'opera animata da intenti formativi, oltre che informativi: quasi mai scende al livello di dettaglio, presente nell'opera del Bonelli. Rocco, almeno nella monografia sul concordato preventivo, sembra più vicino alla sensibilità del Nostro, e forse raggiunge un livello d'approfondimento teorico addirittura maggiore. Ma poi, nei lavori successivi, la trattazione si fa sempre più speculativa, fino a raggiungere un vertice d'astrattezza nei *Principi di diritto commerciale* (pubblicati appena dopo la morte di B.), che cercano di ricondurre tutta la materia a un unico concetto – l'intermediazione nello scambio – esteso fino a comprendere l'impresa, vista come un atto di commercio volto a intermediare l'acquisto di forza lavoro.

I brevi cenni che precedono servono a definire un po' meglio la collocazione del B. nella dottrina del tempo. La sua opera parte da alcuni postulati teorici (la persona giuridica e la struttura del rapporto obbligatorio) e da una precisa visione di politica del diritto. Alla fine, però, l'elemento caratterizzante è una visione pragmatica, che deriva dall'esperienza forense. Bonelli resta essenzialmente un avvocato, che guarda le cose da un osservatorio privilegiato (l'ufficio del contenzioso della Banca d'Italia, che in allora era pur sempre una banca commerciale) e che in ogni sede mette a disposizione il suo sapere pratico, anche quando è chiamato a collaborare alla stesura di un progetto di legge o alla redazione di un accordo internazionale. Certo, la capacità di coprire l'intero arco delle competenze di un giureconsulto – partendo dalla teoria generale per arrivare ai problemi applicativi più minuti – è stupefacente, quasi miracolosa; ma non si

comprenderebbe la grandezza del Maestro, se si trascurasse la sua capacità d'intendere a pieno il senso dell'esperienza giuridica.

11. Gli altri scritti in materia fallimentare

Gustavo Bonelli, oltre al *Commentario*, di cui si è parlato fin ora, ha dedicato al fallimento un numero impressionante di scritti, di varia dimensione e natura (ne ho contati 65, ai quali si dovrebbe aggiungere, quantomeno, la relazione al progetto di legge sul fallimento, pubblicata nella *Riv. dir. comm.*, del 1922).

Gli studi monografici più interessanti sono quelli redatti nei primi anni della sua formazione culturale e giuridica, quasi tutti di carattere spiccatamente teorico, anche se prendono lo spunto da problemi pratici. L'ostacolo a ripubblicarli su supporto cartaceo è dato, tuttavia, dalla loro mole, dovuta al fatto che B., come si è detto, parte dal diritto romano e sottopone a critica serratissima tutte le opere più recenti dei suoi interlocutori. Si è pensato, pertanto, di ripubblicare su supporto cartaceo solo il saggio *Delle società di commercio irregolari e del loro fallimento* (già in *Arch. Giur.*, 1897), mentre per il resto della produzione giovanile di più vaste dimensioni si rinvia al sito della Banca d'Italia. Tra i lavori di maggiore impegno teorico mi permetto di segnalare: *La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1889; *Il sistema revocatorio nel diritto fallimentare*, ivi, 1895; *Appunti sul fallimento delle società commerciali* (recensione a Sraffa), ivi, 1897; *La decadenza dal termine del debitore insolvente*, in *Giur. it.*, 1989.

Nemmeno la scelta tra gli altri scritti di minori dimensioni è stata facile, perché B. si è occupato di un gran numero di problemi, molti dei quali di perdurante attualità. Alla fine, il taglio è stato drastico, sia per non appesantire la raccolta (dato che sono rinvenibili sul predetto supporto elettronico), sia perché, nella maggior parte dei casi, si trovano trasfusi nell'opera maggiore, dove hanno acquistato una forma più concisa e definitiva. Tenendo conto di ciò, la ripubblicazione separata ha soprattutto lo scopo di segnalare alcuni temi di particolare rilievo nella ricostruzione del pensiero dell'Autore, per far toccare con mano in che modo le sue concezioni si sono evolute nel corso del tempo. Anche sotto

tale profilo, però, la lettura dei soli lavori raccolti in questa silloge è insufficiente, perché il B. su alcuni temi è ritornato più volte, in maniera apparentemente ripetitiva, ma sempre con qualche variante, di oggetto (nuove questioni) o di atteggiamento (soluzioni più sfumate). Un'analisi filologica, pertanto, richiederebbe un confronto diretto con tutti i testi raccolti nel CD.

Le opere scelte per la ristampa hanno tutte a che vedere con le questioni trattate nelle pagine precedenti e, quindi, non mi dilungo. Tra gli scritti pretermessi nella forma cartacea, mi permetto di segnalare le note in materia d'ipoteche contestuali, d'ipoteche giudiziali, e di assegnazione giudiziale dei crediti, perché fanno vedere come uno dei problemi fondamentali nella sistemazione della revocatoria fallimentare fosse (all'epoca del B.) spiegare come mai potessero essere impugnati atti apparentemente leciti (dal punto di vista civilistico) e immuni da frode (se il *fraudator* viene identificato, come allora si riteneva, nel debitore). Lo stesso tema costituisce, per altro, il motivo conduttore del poderoso scritto su *Il sistema revocatorio nel fallimento*, già ricordato sopra. Un altro argomento trattato a fondo è quello del fallimento delle società irregolari, dove B. attinge a piene mani alle proprie teorie in materia di persona giuridica.

Particolarmente degni di nota, inoltre, appaiono i seguenti scritti: *La delegazione di debito e il fallimento del delegante*, in *Foro it.*, 1904, che tocca un tema classico del diritto fallimentare, poi approfondito da Walter Bigiavi; *Sui reati in materia di fallimento* (recensione a Noto Sardegna), in *Riv. dir. comm.*, 1906, ove l'Autore prende posizione (in adesione al libro recensito) sulla necessaria subordinazione dell'azione penale per bancarotta, rispetto all'accertamento in sede civile dei presupposti per l'apertura del concorso; *I piccoli fallimenti e il progetto Scialoja*, ivi, 1910, che si segnala per la schiettezza con la quale il B. prende le difese di Antonio Scialoja nei confronti di alcune critiche mossegli da Leone Bolaffio; *La cessazione dei pagamenti in una società in liquidazione*, ivi, 1910, ove viene approfondito il concetto di insolvenza con riferimento a un patrimonio ormai sottratto alla dinamica dei rapporti commerciali; *La competenza del tribunale fallimentare e l'azione revocatoria*, ivi, 1918, dove si sostiene che l'impugnativa non va annoverata tra le azioni che derivano dal

fallimento, con la conseguenza di dover essere proposta davanti all'autorità giudiziaria di volta in volta competente secondo i criteri ordinari (una soluzione forse dispendiosa, ma ricca di vantaggi sotto il profilo dell'imparzialità del giudice); infine, gli articoli del 1924 sul progetto di legge fallimentare, ovviamente utili per ricostruire la genesi di un testo normativo ancora oggi, per molte parti, in vigore.

***Delle società di commercio irregolari
e del loro fallimento***
Gustavo Bonelli

(Archivio giuridico, 1897, pp. 414-483)

Sommario

1. Tema e occasione del presente scritto. – 2. La personalità giuridica delle società di commercio. – 3. La società come *ente collettivo distinto* non nasce finché non sia *legalmente costituita*. – 4. Si ribatte la contraria opinione del Manara. – 5. Distinzione fra l'esistenza della società come *contratto* e l'esistenza dell'*ente* società. – 6. Doppio equivoco della dottrina francese derivante dalla mancanza di tale distinzione: la pretesa *facoltà d'opzione* e il preteso *conflitto di diritti* fra creditori sociali e particolari. – 7. Si perpetua nella dottrina italiana. Vecchio Codice: il Borsari. – 8. Nuovo Codice: esposizioni del Vidari, del Marghieri, dell'Ottolenghi, del Calamandrei, del Giorgi. – 9. Uno scritto dell'Avv. Galeotti. – 10. Teoria del Gabba. – 11. Teoria del Vivante. – 12. Teoriche decisamente affermanti l'esistenza dell'ente società: Errera-Sraffa. – 13. Teoria del Manara. – 14. Interpretazione dell'art. 98 cod. comm., secondo l'opinione dominante e secondo il Manara. – 15. Interpretazione da noi accettata, e come deve intendersi l'azione *in responsabilità* consacrata in esso art. 98. – 16. L'azione contro i soci a responsabilità limitata nelle società irregolari e l'art. 99. – 17. Riassunto dei diritti dei creditori sociali d'una società irregolare. – 18. *L'unità formale* delle società irregolari. – 19. Come deve intendersi il *fallimento* delle società irregolari. – 20. Applicazione alle singole specie di società. – 21. Conclusione.

1. *Come esistono in diritto le società di commercio irregolari? quali rapporti ne derivano? possono esse fallire? e in che modo e con quali effetti?*

Non si può dire davvero che su queste così praticamente interessanti questioni sia stata pronunziata l'ultima parola, poi che

le vediamo tuttora agitate fra i nostri più eminenti commercialisti. Recentemente l'egregio prof. Manara¹⁾, ribattendo un articolo del chiar. avv. De Rossi²⁾ in cui si negava che la società anonima irregolare potesse mai essere esposta al fallimento, altro che nel senso e per l'effetto di render falliti gli *amministratori*, ma con piena immunità degli azionisti, poneva il suggello della sua autorità all'opinione che di fronte all'eventualità del fallimento è indifferente che la società (anche anonima) sia regolarmente o irregolarmente costituita, poiché anche la società irregolare è un *ente collettivo distinto rispetto ai terzi*, allo stesso modo e per la stessa disposizione di legge per cui è tale la società regolare. Che essa non sia una *persona giuridica*, il Manara lo concede senza difficoltà, poiché egli non tiene affatto ad affermare questa qualità nelle società commerciali in genere; propende anzi a credere che *persone giuridiche* non siano. Ma la qualità di *enti collettivi distinti rispetto ai terzi*, che è la sola che il codice espressamente riconosce alle società di commercio coll'art. 77 capov. ult., è una qualità (secondo l'egregio professore) che conviene a queste, indipendentemente affatto dall'adempimento delle formalità cui la legge subordina la loro costituzione. Cosicché anche le società irregolari, di qualunque natura sia l'irregolarità, e così si trattasse anche di una società anonima costituita *senza atto scritto*, sono, solo perché commerciali, *enti distinti di fronte ai terzi*, e con ciò enti soggetti a fallimento, come se fossero regolari. Né questa è data dall'esimio scrittore come una sua personale opinione: al contrario, egli, che è per solito così cauto nell'espone teorie che si allontanano dalle più ricevute, afferma qui decisamente che, volendosi ragionare in base alla legge positiva, questo punto «è fuori, assolutamente fuori di ogni possibile discussione» (pag. 19).

Ma come si spiega allora che «sino alla legale costituzione della società, i soci, i promotori, gli amministratori e tutti coloro che operano in nome di essa contraggono responsabilità senza limitazione ed in solido per tutte le obbligazioni assunte» (art. 98)? Questa responsabilità illimitata di queste persone in nome proprio non è evidentemente

1) *Le società anonime irregolari nel Diritto Commerciale*, 1897, pag. 1 e segg.

2) Nella *Temì Veneta*, 1896, p. 553

il surrogato d'una responsabilità, che manca, dell'ente società?³⁾ Il Manara ammette questa deduzione logica, ma ne prende occasione per una costruzione, che io credo nuova, ma assai più ingegnosa che giusta, degli articoli di legge relativi alle società irregolari. Egli dice: gli art. 98 e 99 provvedono all'interesse dei terzi *creditori della società*, ma vi provvedono *in modo alternativo*. La società esiste, ma i terzi *hanno il diritto di disconoscerla*; se si valgono di questo diritto, viene in applicazione l'art. 98; se non se ne valgono, entra in scena l'art. 99. O l'uno, o l'altro: se i creditori preferiscono di non riconoscere la società, si rivolgono contro le persone nominate all'art. 98, se in quella vece prescelgono di considerare la società come se fosse legalmente costituita (art. 99 capov. 2°), allora non possono più far ricorso all'art. 98, che presuppone il disconoscimento; ma, invece della responsabilità solidaria e illimitata delle persone che hanno operato e contratto obbligazioni verso di loro in nome della società irregolare, avranno a loro garanzia la *responsabilità normale della società e dei soci* (ivi pag. 40).

Tale sistema, secondo lo stesso Manara, *si desume faticosamente dalle disposizioni legislative*. E siccome a me, francamente, sembra invece una costruzione affatto arbitraria, non rispondente al concetto del legislatore, così credo opportuno sottoporre brevemente ad esame critico le argomentazioni del valente professore di Genova, sempre così degne di fermare l'attenzione degli studiosi, e, previa una esposizione sommaria dei sistemi fin qui prevalsi, tentare una ricostruzione positiva di questa tuttora indecisa figura che è la *società di fatto*, specie in rapporto all'evento del *fallimento*.

2. Il Manara si arretra con reverenziale terrore di fronte al concetto della società *persona giuridica*, e si contenta di cambiarlo in moneta spicciola, sostituendovi la società *ente collettivo distinto rapporto ai terzi*; trova che questa qualifica è data dal legislatore senza distinzione a *tutte* le società commerciali, dunque (egli conclude) anche alle società irregolari, cioè *non legalmente costituite* (l'espressione è dell'art. 98). *L'esistenza legale dell'ente*

3) Tale deve ritenersi per il modo com'è espressa nell'articolo tale responsabilità e pel coordinamento colle altre disposizioni; per se stessa però essa è concepibile, anche come semplice sanzione *aggiunta* alla responsabilità della società che si supponga legalmente costituita anche senza le formalità. Tale è il caso del *Cod. spagnuolo*, come vedremo più oltre (nota 15).

società è dunque anteriore alla *costituzione legale* della società. Evidentemente c'è in questo concetto così formulato una apparenza di paradosso che merita d'essere approfondita. E per farlo, bisogna cominciare dal domandarsi che cosa s'intenda per *ente collettivo distinto*. Poiché il prof. Manara non ci dà di questo ente che una nozione affatto *negativa*, quella cioè che esso *non è una vera persona giuridica*. Risultato questo tanto più sterile, in quanto l'egregio scrittore evita di fermarsi, come dicemmo, sulla stessa nozione di persona giuridica. Né è dato raccogliere di più dalle sue argomentazioni per la applicabilità della qualifica di *enti distinti* alle *società irregolari*, poiché tali argomentazioni non escono, come ora vedremo, dal campo puramente e strettamente esegetico.

È verissimo; al Senato italiano, in occasione della formazione del Codice di commercio attuale, s'ingaggiò una certa lotta tra i sostenitori e gli avversari della *personalità giuridica* delle società di commercio, e dalla lotta sembrò perfino che i primi uscissero colla peggio, poiché non si volle ammettere nel codice la espressione *persone giuridiche*, e si tenne fermo a quella di *enti collettivi distinti rapporto ai terzi*, proposta dalla Commissione senatoria⁴⁾. Qualche cosa di peggio era accaduto nella preparazione del Codice civile, quando la Commissione senatoria riuscì a fare escludere le società commerciali dal novero delle *persone* nell'art. 2. ove le aveva espressamente comprese il progetto Pisanelli. Ma i documenti che ci restano di ambedue le discussioni ci attestano che si ebbe paura della *parola*, a cui si attribuiva un significato che sorpassava il concetto che si voleva fissare. «*Corpo morale, persona giuridica* (disse il Pescatore nella discussione del 1875, accoppiando le due espressioni in uno stesso senso) è quella sola che rappresenta *un interesse perpetuo e pubblico*» E la Relazione Vigliani sul Codice civile aveva escluso le società commerciali dall'art. 2, soprattutto «perché i *corpi morali* sono quelli che hanno per così dire *uno scopo sociale* ed una causa di esistenza *perpetua*, od almeno *indefinita* »⁵⁾.

4) Ciò non toglie che la Relazione Mancini abbia potuto dire con tutta ragione che questo articolo «espressamente riconosce e dichiara che le società commerciali costituiscono, rispetto ai terzi, enti collettivi distinti dalle persone di soci; cioè *persone giuridiche*, le quali sono capaci di diritti e doveri speciali e diversi da quelli dei singoli individui da cui risultano composte» (p. 443).

5) V. in *Gianzana*, Collez. II, T.20, p. 167.

Pescatore e Vigliani parlavano di *corpo morale*, e con ciò presupponevano la sinonimia delle due espressioni *corpo morale* e *persona giuridica*. Le due espressioni sono veramente equivalenti? V'ha chi l'afferma, anche tra i sostenitori della personalità giuridica delle società di commercio⁶⁾. Io credo però che il nostro linguaggio giuridico non sia abbastanza ricco da permettersi il lusso di più parole per una sola idea. E credo perciò che i *corpi morali* costituiscano una speciale categoria di *persone giuridiche*⁷⁾, caratterizzata appunto da ciò, che si può e si deve riconoscere loro anche una realtà ontologica *extrapatrimoniale*, sono organismi di *diritto pubblico*, oltreché di diritto privato patrimoniale; mentre le società commerciali non sono unità reali, organismi, enti autonomi, *altro che patrimonialmente*; e nella loro realtà *extrapatrimoniale* non sono che *collettività*, quindi benissimo qualificate coll'espressione *enti collettivi*, quando si assuma che come tali rientrano però anch'esse tra le *persone giuridiche* (lo che è marcato nella legge coll'aggiunta *distinti*). Poiché *persona giuridica* è una frase che risponde appunto a una nozione di diritto *patrimoniale*; almeno il diritto privato in questo senso la assume. Ed ogni ente che si presenta siccome uno ed autonomo nei rapporti patrimoniali ha titolo per esservi classificato.

Assumendo la parola *ente giuridico* in un senso molto più lato, e trascendente la pura sfera del diritto privato, si comprende la distinzione fra enti giuridici *assoluti* (quelli che rappresentano un *interesse perpetuo*, secondo Pescatore) e *relativi* (in cui tale nota

6) Per l'uso promiscuo delle parole *corpo morale*, *ente morale* e *persona giuridica* nelle nostre leggi v. RODINO nella *Giurispr. ital.* 1892, IV, p. 419 - e soprattutto BENZA e FADDA nelle *Note alla Traduz.* del WINDSCHEID, Lib. II, nota λ (I, p.775 e segg. specie p. 790), nella qual nota si leggono bellissime osservazioni circa la nozione della *persona giuridica*, che si vuole però, con troppa assolutezza, sinonimo di *corpo morale*. V. anche la successiva nota μ sulla personalità giuridica delle società di commercio in diritto nostro.

7) In questo senso anche GIORGI, non ostante il titolo dato alla sua opera *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali* (vol. VI, n. 172). Cfr. VIVANTE, I, n. 287. - Anche SCALAMANDRÉ (*Dr. comm.*, II, §. 218), distingue l'*ente collettivo* dal *corpo morale*, sebbene entrambi *persone giuridiche*, e nega che la *perpetuità* sia il criterio distintivo tra l'uno e l'altro. Ma egli pone poi il principale carattere differenziale dell'ente collettivo (come la società commerciale) nella mancanza del diritto di successione ereditaria, e crede inoltre conciliabile nel patrimonio dell'ente stesso un diritto di proprietà rispetto ai terzi col titolo di *comunione*, in forza di cui, esso possiede beni il cui dominio si appartiene alle persone dei soci (ivi, n. 1439); lo che costituisce un insieme di concetti che o non riesco a conciliare. - La distinzione in parola promana finalmente anche dagli articoli 137 e 138 proced. civile.

non si riscontra), ma nel senso che i primi si presentano come tali anche in una sfera pubblicistica, mentre i secondi sono tali, solo in relazione al diritto privato patrimoniale⁸⁾. Non è esatto invece cercare il criterio differenziale tra i primi e i secondi nel definire l'entità giuridica di questi come *una finzione*, o nel ritenerla esistente solo *rispetto ai terzi* (come pretendeva appunto il Pescatore)⁹⁾.

La personalità di diritto patrimoniale diventa una *finzione*, quando si assuma che la sola persona fisica, ovvero, con questa, solo la persona pubblicistica siano *reali*. Ma il concetto di *realtà* procede anch'esso in relazione al campo in cui s'introduce. V'ha una realtà fisica, come v'ha una realtà giuridica, e una realtà giuridica pubblicistica come una realtà privatistica o patrimoniale. Il diritto non tratta che con *realtà* giuridiche, e il diritto patrimoniale con realtà patrimoniali; perché i subbietti di rapporti giuridici patrimoniali non possono non essere pel diritto delle *realtà*, siano o no corrispondenti ad altrettante realtà extragiuridiche. Dire perciò che un ente giuridico è persona *per finzione* significa solamente escludere che sia anche una persona fisica; non già escludere che sia una reale persona giuridica.

L'aggiunta *di fronte ai terzi*¹⁰⁾ è il portato di un equivoco affatto simigliante; essa vuol denotare che l'attributo della personalità si manifesta soltanto *al di fuori*, e precisamente nei *rapporti patrimoniali*, i quali naturalmente suppongono come termini di rapporto *delle altre persone*; e significa che la persona patrimoniale si afferma come tale solo *di fronte ad altre persone*. Se non che una tale denotazione è inutile per sé, ed equivoca in tale sua formulazione. È inutile, perché la qualità *giuridico-patrimoniale* della personalità consiste appunto e *sempre* in questa possibilità di rapporti con altre personalità patrimoniali; anche la persona fisica non ha nessun significato

8) Tale sembra essere p.e., il concetto del MATTIROLO, *Dir. Giurid.*, II, n. 54 seg., 5.^a ediz. E in questo senso intende la distinzione tra *corpo morale* e *persona giuridica* anche il VIVANTE, *Tratt.*, I, n. 287. In esso conviene anche il RODINO (nel citato studio), sebbene pretenda poi che gli *enti collettivi* non siano nemmeno *persone giuridiche* (nella *Corte Suprema XXI*, p. 179 e seg.) La distinzione da noi accennata è seguita è fatta risaltare benissimo nella Relaz. Senator sulla legge per *consorzi d'irrigazione (Atti del Senato, 1872 73, n. 189)*.

9) Tanto nei discorsi al Senato su richiamati, come nella sua *Filosofia e dottrine giuridiche*, II, p. 140 e segg. Avvertasi del resto che egli faceva rientrare tra i *corpi morali* le *società anonime* (*op. cit.* II, p. 54); laddove l'art. 77 cod. comm. non fa distinzioni fra società e società.

10) Molto opportunamente tralasciata nella successiva legge 15 aprile 1886 sulle *società di mutuo soccorso* (art. 4), la quale del resto usa promiscuamente le espressioni *ente collettivo* e *corpo morale*.

giuridico-patrimoniale per sé stessa, ma lo assume soltanto in questa sua attitudine estrinseca a distinguersi dalle altre personalità come centro patrimoniale riconosciuto dal diritto, e a entrare in rapporti con esse per via di scambi patrimoniali. La formulazione poi di questo pensiero nella frase *di fronte ai terzi*, applicata a un ente giuridico nella cui costituzione *tectologica* entrino degli enti a loro volta personali, e principalmente delle persone fisiche (come è il caso non solo per gli *enti collettivi*, ma anche per i *corpi morali*), serve a indurre nell'equivoco, perché ingenera spontaneamente l'erroneo supposto che le persone, il cui collegamento (organico o semplicemente collettivo) forma il tessuto di questa personalità giuridica complessa, non possano individualmente entrare in rapporti giuridici patrimoniali con essa. Erroneo, poiché la personalità patrimoniale come non assorbe da una parte le personalità dei suoi eventuali componenti e non esclude la possibilità di rapporti patrimoniali con esse; così dall'altra non può esistere in tale sua qualità, se non a patto di differenziarsi da esse e di affermarsi come realtà giuridica anche di fronte a loro. Un ente giuridico patrimoniale che sia nulla più che una mera pluralità di enti patrimoniali è una contraddizione in termini. Una collettività non diviene ente giuridico se non quando cessa di essere una comunione, e tutto il significato della sua nuova qualità consiste appunto nella eliminazione del carattere di comunione dall'aggregato patrimoniale. Dunque l'aggiunta *rispetto ai terzi* o è una superfetazione, o esprime un concetto erroneo molto difficile a cogliere anche logicamente. La prima ipotesi è però la più verosimile, perché si collega col punto di vista da cui ragionavano i giureconsulti che fecero la legge; i quali, come vedemmo, tenevano ad escludere soltanto che si intendesse attribuire alla società commerciale una realtà d'ordine *intrinseco, assoluto, extrapatrimoniale*, sebbene non si possa negare che l'infondatezza del loro sistema li portasse non di rado, nella discussione, ad affermazioni che eccedevano le esigenze stesse della tesi. Ad ogni modo, non v'è da dubitare, la personalità attribuita dalla legge commerciale alle società, è una personalità *perfetta*, che vale di fronte ai soci non meno che di fronte ai terzi, e cioè nel senso: 1.° che anche i soci contrattano colla società, e si trovano di fronte questa e non *gli altri soci*, come termine del rapporto d'obbligazione; 2.° e soprattutto che non compete ad essi nessuna ragione di proprietà, né di comproprietà sulle cose sociali, le quali appunto perciò costituiscono *proprietà della società*.

L'avv. Rodino, che, per eccesso di difesa di una causa che io credo giusta (qual'è quella della inapplicabilità della tassa di *vendita* alle assegnazioni che una società cooperativa fa ai soci), crede di doversi spingere arditamente fino a negare la personalità giuridica delle società commerciali, e a sostenere che «nei rapporti dei soci non v'ha un'unità giuridica patrimoniale separata dalla proprietà di ogni singolo socio, ma solo un condominio, pel quale il patrimonio comune riposa pro indiviso sul capo dei singoli consociati» e che «la società non può possedere, acquistare, diventare proprietaria come *ente*, ma solo i singoli soci possiedono, acquistano e diventano proprietari in comune *pro indiviso* dei beni costituenti il patrimonio sociale», osserva che se si pretende elevare a persona giuridica *l'arca communis*, questa esiste anche nelle società *civili*, e che anche queste in un certo senso sono nei rapporti dei soci, *creditrice, proprietarie*, ecc., senza che perciò ne segua che esse siano *persone giuridiche*¹¹⁾. Io veramente non son riuscito a trovare nel codice civile nessun articolo in cui si dica che la società è *creditrice verso il socio*, e nemmeno che la società è *proprietaria* o ha la *proprietà* di qualche cosa. L'art. 1712 parla di *credito della società*, ma verso terzi, ed è un'espressione impropria, sebbene ammissibilissima, che va tradotta per *credito dei soci*; come è ammissibile parlare di *debito verso la società*, lo che, applicato a un socio, significa *debito verso gli altri soci*, o di *debito sociale*, sempre nel senso di *debito comune*, come infine non è nemmeno improprio che si parli di una *appartenenza sociale* o di cose *della società*; poiché l'appartenenza è un concetto che conviene anche alla comunione, e significa che le cose sono *nel patrimonio comune* e non in quelli dei singoli soci o di terzi estranei. E questa è *l'arca communis*: comune vuol dire *appartenenza di tutti* (i comunisti), *proprietà di nessuno*. Simili espressioni non fanno cambiare aspetto alla posizione di diritto insita nel concetto di comunione sociale, né alterano le conseguenze emananti dalla mancanza di un *patrimonio* non comune, ma *distinto* da quello dei soci. Come le cose *sociali* o *appartenenti alla società* sono le cose *comuni*, cioè messe in *comunione* (art. 1697), così i crediti *sociali* sono crediti *comuni* (art. 1713), e debiti *comuni* sono i debiti *sociali*, facienti carico ad ognuno dei soci divisamente e ugualmente (art. 1727). Quindi sarebbe assurdo pensare che un debito sociale potesse esser

11) V. la nota sopra citata nella *Corte Suprema* XXI, I, p. 179.

garantito dai soci d'una società civile. Mentre è portato dalla legge per i debiti delle società collettive (art. 106 cod. comm.).

Invece l'art. 82 Cod. comm. non si perita affatto di proclamare che «le cose conferite divengono *proprietà della società*». E nello stesso Codice civile si legge che «sono mobili per determinazione della legge ... le azioni o quote di partecipazione nelle società di commercio o d'industria, quantunque alle medesime appartengano beni immobili» e ciò «riguardo a ciascun socio e pel solo tempo in cui dura la società» (art. 418). Qui dunque il socio è proprietario, ma della *quota*, la quale, appunto perché non è quota di comunione, non si riferisce alle *cose*, ma ad *aspettative* future, e non partecipa alla qualità immobiliare delle *cose* stesse; le quali a loro volta *appartengono alla società*, ma questa volta *in proprio*, altrimenti sarebbero fuori di ogni patrimonio. Se si trattasse d'una società civile, ovvero se la società commerciale s'intendesse in quel bizzarro modo che piace al Rodino, *ente* di pure comodo di fronte ai terzi, comproprietà *pro indiviso* tra soci, quella disposizione non potrebbe stare: nella comproprietà di immobili la quota del comproprietario è quota immobiliare.

Ma sulla personalità giuridica delle società di commercio non è il caso di fermarsi più a lungo. Di questa che può dirsi una conquista del diritto commerciale italiano non dovrebbe esser più lecito dubitare, ed oggi ben pochi dubitano ancora¹²⁾. Né ci saremmo fermati su ciò, se gli argomenti del Rodino, certo rispettabili, benché siano l'eco (un po' lontana) di sistemi unilaterali come quelli che ebbero la loro

12) Mi limito a citare la recentissima lucida esposizione della questione e degli argomenti che appoggiano la tesi, nel VI volume, testé apparso, dell'opera del GIORGI sopra citata nn. 153 e segg. Ed è solo per compiacermi di essere stato tra i primi, sotto il nuovo codice, a sostenere la personalità giuridica delle società di commercio, e per rimandare il tenore a sviluppi che qui sarebbero fuor di luogo sulla nozione della *persona giuridica* in genere, che mi permetto di richiamare i miei precedenti scritti sulla *Personalità giuridica delle soc. di comm.* nella *Legge* 1887, II, 317, sulla *Personalità giuridica dei beni in liquidaz. giudiz.* nella *Riv. it. per le scienze giuridiche*, vol. VII p. 3 e 169; e lo studio critico sulla *teoria generale della personalità giuridica* proposta dal GIORGI, nella stessa *Rivista*, vol. IX, pag. 325. - Del resto la tendenza del diritto moderno è piuttosto quella di *estendere* la personalità giuridica anche alle società *civili*, in vista dell'utilità pratica che essa presenta, favorendo il credito delle società in genere; lo che ha indotto nella dottrina e giurisprudenza francesi una corrente tuttora molto pronunciata in favore di questa tesi. V. anche recentemente la decisione della Cassazione 23 febr. 1891 nel *Journ. du Pal.* 1892, I, 73, e la nota che riassume la storia della grave questione in Francia di E. MEYNIAL, il quale conclude invocando dalla legge il riconoscimento d'una personalità giuridica alle società *civili*, così come è stato fatto per le *commerciali*, ma naturalmente sotto l'egida delle stesse norme di *pubblicità* stabilite per queste.

consacrazione nel Senato da oltre un ventennio, non fossero stati dichiarati dal Manara *difficili ad oppugnare*. D'altronde abbiamo creduto di chiarire in tal modo il senso della frase *enti collettivi distinti*, la quale, anche nel concetto stesso di quegli illustri Senatori, era destinata a marcare il contrapposto di quella di *corpi morali*, alla quale avevano il torto di equiparare l'altra di *persone giuridiche*.

3. *L'ente collettivo distinto* è quella collettività di persone e di capitali, al cui *patrimonio* la legge riconosce *unità e autonomia*, come a qualunque altro *subbietto di proprietà e di rapporti obbligatori*. Ma la legge, che è quella che riconosce ad un ente collettivo tale sua qualità, è anche quella che subordina tale riconoscimento a delle condizioni: e le condizioni per il riconoscimento di tale qualità alle società di commercio sono le condizioni occorrenti per la *legale* costituzione delle società di commercio¹³⁾. Non è meraviglia se il Manara dichiara di trovarsi qui di fronte a una affermazione che tutti hanno ammesso, ma nessuno ha dimostrato; egli è che si tratta quasi d'un *truism*, una verità che scaturisce dalla stessa enunciazione del concetto da dimostrare. Società *non legalmente costituita* vuol dire forse qualcosa di diverso che società *non riconosciuta dalla legge?* e quindi *non esistente di fronte alla legge?* Oh certo, se noi ci attacchiamo al senso di questa parola *esistenza*, e pretendiamo dedurre dalla *mancanza di costituzione legale* un'assoluta *mancanza di esistenza* della società, corriamo rischio di allontanarci dal vero, in un senso contro cui siam disposti a riconoscer fondate tutte le proteste del Manara. È l'esistenza *dell'ente* società che dipende dal fatto della sua *costituzione*, non mica l'esistenza *della società* come *contratto tra soci*, come fatto produttivo di quei dati rapporti giuridici a cui quella determinata forma di società è diretta. *Costituzione della società* significa appunto *creazione dell'ente*¹⁴⁾; lo che implica che l'ente non sia creato finché la società non sia costituita. Dipende poi dalla legge il subordinare a condizioni *speciali* tale costituzione o il non richiederne alcuna all'infuori del semplice *atto*

13) Ciò del resto era ammesso universalmente sotto i vecchi codici, benché non portassero una declaratoria così spiccata come quella che si legge nel nostro art. 98.

14) La stessa parola *costituzione* non si trova tecnicamente e con proprietà applicata per significare la formazione del *rapporto* di società (non si parla mai di *costituzione di società civile*); *costituzione* implica un procedimento diretto alla creazione d'un *ente*.

di costituzione. Così confrontando col nostro (o col francese) il sistema seguito dal Codice di commercio spagnolo (1886), noi troviamo che mentre il legislatore spagnolo si accontenta *dell'atto costitutivo*, purché sia conforme alle disposizioni del codice¹⁵⁾, il legislatore italiano subordina la *costituzione legale* anche a delle condizioni di *pubblicità* (art. 98: «sino a che non siano compiute le formalità ... la società *non è legalmente costituita*»). Sicché per essere *costituita*, cioè *creata* come *ente*, una società commerciale, in Italia, devono concorrere due ordini di condizioni: 1.° un *atto costitutivo* in regola, 2.° l'adempimento di alcune *formalità* dirette a dare pubblicità all'atto stesso¹⁶⁾.

Ha perfettamente ragione, dopo ciò, il Manara di sostenere a) che l'osservanza di questa duplice condizione è in egual modo imposta a *tutte* le società, sicché non sussiste, come sostiene un'opinione molto diffusa, che esse siano richieste per le società anonime in senso e con effetti diversi che per le altre società (salvo tuttavia le restrizioni che a suo tempo vedremo), e b) che le due condizioni sono egualmente essenziali, sicché non può ammettersi che il limite iniziale dell'esistenza dell'ente società, venga portato prima dell'adempimento delle formalità, senza ammettere in pari tempo che venga portato anche prima della formale erezione dell'atto costitutivo¹⁷⁾. Le due sole soluzioni logiche sono queste: o la società non ha esistenza legale, finché non sia *legalmente costituita* con *tutte* le condizioni richiamate all'art. 98, o l'*esistenza*

15) L'Art. 116 dopo aver detto che la società sarà commerciale qualora sia costituita conforme alle disposizioni del codice, soggiunge: «La società commerciale, *una volta costituita*, possederà la personalità giuridica per tutti i suoi atti e contratti». L'obbligo delle pubblicazioni è poscia imposto alla società *prima di cominciar le sue operazioni* (art. 119), ed ha per sanzione la responsabilità solidale delle persone incaricate della gestione sociale (art. 120), ma non è punto condizione per la *costituzione* della società stessa. Però bisogna combinare queste disposizioni con quella dell'art. 1669 del successivo (1889) *Codice civile*, per cui «non hanno la personalità giuridica quelle società le cui convenzioni sono tenute segrete fra soci, e in cui ciascun socio agisce in proprio nome di fronte ai terzi».

16) «Queste formalità (dice il GIORGI *op. cit.* VI, p. 375, 376) equivalgono al riconoscimento legale richiesto per i Corpi morali dall'art. 2 cod. civ.». Perfettamente conforme al diritto francese: «à la difference de la société civile en la forme et au fond, la quelle s'établit par le seul consentement des parties, la société de commerce, *en tant que personne juridique distincte de la personne des associés* est soumise, pour sa formation et son existence, à des conditions nombreuses ... les unes intrinsèques, les autres extrinsèques (PONT, *Sociétés*, II, n. 819, 820).

17) Così non è conseguente lo SRAFFA, che segue l'opinione del MANARA per metà, ritenendo cioè la perfetta esistenza della società anonima prima delle pubblicazioni, ma non prima dell'atto costitutivo in forma scritta (V. *infra nota* 63).

legale della società come ente è indipendente dalla sua *costituzione legale* e antecedente ad essa, sicché basta il contratto per generarla. La prima soluzione è quella universalmente seguita e che emana irricusabilmente dalla tradizione dei nostri precedenti legislativi e della dottrina francese, ove le società non legalmente costituite sono sempre qualificate come società *nulle*. La seconda è appunto l'opinione del Manara, si può dire da nessuno prima di lui formulata, intendo con tale nettezza e coerenza logica:

4. Vediamo come egli l'appoggia.

1.° L' art. 77, egli dice, attribuisce coll'ultimo comma la qualità di *enti collettivi distinti rispetto ai terzi dalle persone dei soci alle società commerciali tutte*, senza subordinare questa attribuzione all'adempimento delle formalità, mentre quando ha voluto subordinare qualche effetto a tale condizione l'ha detto espressamente, come all'art. 919 §. 1.° per la prescrizione delle azioni sociali, e come agli art. 98 a 103. – Ma l'art. 77 non aveva da occuparsi del modo di formazione delle società; esso, come tutta la sezione I (*disposizioni generali*), prende le società commerciali già belle e formate ed espone le regole che le caratterizzano. Collo stesso ragionamento il Manara avrebbe potuto prendere l'articolo 76, e, lettovi, p. es., che *la società anonima è quella nella quale le obbligazioni sociali sono garantite soltanto limitatamente ad un determinato capitale*, e ciò senza espressa subordinazione di questo effetto alla condizione che la società sia *legalmente costituita*, avrebbe potuto pretendere che anche nelle anonime *irregolari* le obbligazioni sociali non sono garantite che con quel determinato capitale e non dall'obbligazione personale degli amministratori. Attendete, gli si sarebbe risposto; questa ipotesi sarà dalla legge preveduta e regolata a suo luogo. Così l'art. 85, che fa parte della stessa sezione, si riferisce essenzialmente alle società ben costituite, e fu giustamente deciso che il creditore particolare può benissimo pignorare le attività che il socio suo debitore avesse conferito in una società collettiva esistente soltanto *di fatto* (App. Roma, 15 febr. '90, *Dir. Comm.*, 395), non ostante che tale eccezione non si legga nell'articolo. Anzi questo articolo, come vedremo, è proprio la pietra del paragone per distinguere le società regolari dalle irregolari. Ma probabilmente il Manara, su questo articolo come sul precedente altrettanto decisivo art. 82, risponderebbe che

egli accetta la conseguenza, ammettendo una società *proprietaria esclusiva* distinta dai soci, anche senza legale costituzione.

È invece agli art. 98 e segg., dopo cioè prescritte le condizioni di forma per la costituzione legale delle società, che il legislatore doveva rimettere e ha rimesso la cura di specificare gli effetti della mancanza di tali condizioni; ed ecco perché in essi e unicamente in essi ha trovato il Manara che il legislatore si è preoccupato di questo caso. Sbaglio, c'è anche l'art. 919, il quale assoggetta alla prescrizione quinquennale le *azioni derivanti dal contratto di società o dalle operazioni commerciali*, a patto che si tratti di *società regolarmente costituite*. Ma non so quanto possa giovare al Manara un tale richiamo, che egli invoca dal solo punto di vista formale, dimenticandone il significato sostanziale; poiché, se il significato formale di una tale espressa condizione è ben piccolo, trattandosi di un argomento come quello della prescrizione, affatto staccato ed estraneo a quello delle società, e soprattutto trattandosi di un effetto annesso al *contratto* di società e quindi, senza espresso avvertimento, presumibilmente estensibile anche alle *società di fatto*, sostanzialmente poi non sarebbe facile al Manara di spiegare perché e come mai proprio in materia di prescrizione sia venuto in mente al legislatore di cavar fuori una distinzione, che avrebbe una così ristretta portata per il rimanente degli effetti giuridici. Questo favore della prescrizione più breve fu voluto accordare *all'ente* società. Ora il fatto che esso non si applica alle società non regolarmente costituite è la più chiara conferma che in esse l'ente-società non esiste, e le azioni sociali essendo allora azioni *verso i soci* non hanno ragione di essere assoggettate a speciale prescrizione.

2.° Prova *eloquentissima* del suo assunto trova il Manara nell'art. 99 capov. 3°. per cui la mancanza delle formalità *non può essere dai soci opposta ai terzi*. Dunque (dice egli) i terzi possono riconoscere le società come enti collettivi distinti non ostante l'inadempimento delle formalità; dunque non nell'osservanza di queste, ma nel solo contratto è radicata questa qualità di enti collettivi. Potremmo rispondere che la deduzione logica va un po' più in là della premessa; poiché se anche è vero che i terzi possono riconoscere l'ente collettivo nella società irregolare, si soggiunge da lui stesso che essi *possono non riconoscerlo*; per modo che la sola illazione

logica sarebbe quella che trae appunto dalla stessa premessa la teorica dominante, quando dice che la società irregolare esiste o non esiste, secondo che fa comodo ai terzi; lo che non coincide col risultato del precedente ragionamento basato sull'art. 77. Noi respingiamo però subito fin d'ora anche questa bizantina soluzione (a cui mette capo del resto il sistema stesso del Manara), e la respingiamo perché crediamo errata la premessa, quella cioè che dà come significato dell'art. 99 capov. 3° la facoltà nei terzi di riconoscere la *società come ente*. Questo sarebbe giusto, se legge dicesse che la società non può opporre ai terzi la mancanza delle formalità; e intendo che sarebbe *giusto* come interpretazione dell'articolo, non già come soluzione ragionevole e sensata, perché sarebbe né più né meno che una aperta e flagrante contraddizione coll'altra disposizione che esclude che sia legalmente costituita una società mancante delle formalità legali. Ma l'articolo parla delle responsabilità *dei soci* e non *della società*; e in quel capoverso dice che i *soci*, e non la *società*, non possono opporre ai terzi la mancanza delle formalità; e lo dice a proposito dei soci di *certe* società e non di tutte, circostanza che non va trascurata, come vedremo quando saremo a fissar meglio il vero significato dell'articolo¹⁸⁾.

3.° L'esistenza della società irregolare come ente distinto sarebbe provata dall'art. 847 che ammette che possa dichiararsi il fallimento delle società, *abbenché siano irregolari*. Veramente questo l'articolo non lo dice, e l'A. deve appoggiarsi al richiamo del già citato art. 99 capov. 2° per farglielo dire. La questione rientra nell'esame del significato che spetta al fallimento delle società irregolari. Ed il simile dicasi per la 4^a prova, basata dal Manara sull'art. 863 che suppone incidentalmente il fallimento di una società per azioni in accomandita o anonima, in cui non siano state compiute le formalità.

18) La relazione ministeriale sul Codice toglie del resto ogni dubbio in proposito: «Nelle società in nome collettivo e in accomandita semplice (ivi scriveva il MANCINI) mi parve bastevole garentia la sanzione stabilita nel Codice Albertino e nel vigente, cioè di accordare a ciascun socio, in mancanza dell'atto scritto o delle pubblicazioni, la facoltà di domandare lo scioglimento della società, i cui effetti decorrono dal dì della domanda, senza che però *tali mancanze possano opporsi ai terzi*, i quali avendo contrattato con una società di fatto esistente, *hanno diritto di ritenere responsabili senza limitazione tutti i soci*». (Relaz. ministeriale pag. 460). – Benissimo stabilita la stessa distinzione dalla Cass. di Torino, 23 febb. 1881 (*Giurispr. Tor.* p. 254).

Noi ammettiamo benissimo che se si suppone una società irregolare capace di fallire *nel modo e nel senso in cui lo può una società regolare*, la dimostrazione della sua esistenza come *ente collettivo distinto*, e diciamo pure come *persona giuridica*, è esaurita pienamente.

Ma con ciò siamo nel cuore della questione che ci siamo proposti a principio: possono *fallire* le società di commercio *irregolari*? e in che modo e con quali effetti?

5. Questa questione ha subito le stesse vicende dell'altra con cui strettamente si collega, *dell'esistenza* delle società irregolari. Infatti data *l'esistenza* d'un ente commerciale è data anche la sua *fallibilità*. Se non che *esistenza* è parola che esprime un concetto molto lato; esistono le cose come i fatti, gli enti come i rapporti, le persone come i contratti. Che s'intende dire parlando di *esistenza* delle società *irregolari*?

Che esista un rapporto contrattuale di società, nessun dubbio; come pure che dato il rapporto contrattuale di società esista un *patrimonio comune, un'arca communis*. Tutto ciò è proprio anche delle società civili; come non dovrebbe esserlo delle commerciali irregolari? Se non che questa unità formale che in grado maggiore o minore vien fuori da qualsiasi *collettività* di diritto patrimoniale, le società commerciali, cioè costituite su uno dei tipi speciali consacrati dalla legge di commercio, la possiedono in un grado molto superiore e anche con una fisionomia speciale, per effetto della quale i singoli soci sono suscettibili di rimaner vincolati in forma e con estensione ben diversa dai soci d'una società civile. E ciò senza che tuttavia si esca dai termini d'una unità meramente *formale*.

Le note speciali della *collettività commerciale* si riducono fondamentalmente a due:

a) mentre nelle società del codice civile «i soci non sono obbligati in solido pei debiti sociali, né uno dei soci può obbligar gli altri *se questi non gliene hanno dato la facoltà*» (art. 1726), le società commerciali producono per loro natura, nei soci a responsabilità illimitata, responsabilità solidale e reciproca *anche senza speciale pattuizione*; si presume, cioè, o meglio, trovasi, se non esplicitamente, implicitamente racchiuso nel rapporto sociale il

conferimento ai soci gerenti d'un *mandato* da parte di tutti gli altri, così esteso da contenere tutte le *facoltà* che si hanno nella società stessa regolarmente funzionante, comprensivamente a quella *rappresentanza attiva e passiva in giudizio*, che nelle società civili occorre invece che sia *espressamente* conferita¹⁹⁾;

b) mentre il codice civile non conosce che o obbligazioni *personali* illimitate aventi la loro garanzia nell'intero patrimonio della persona obbligata, o obbligazioni *reali* vincolative di determinati beni e producenti diritto di prelazione su di essi, le società commerciali comportano l'esistenza di soci con responsabilità *limitata alla quota*, la quale responsabilità è un *quid medium* tutto speciale tra l'obbligazione personale e l'obbligazione reale del diritto civile, il cui obbietto (*la quota*) *tende* a separarsi dal patrimonio del socio, per porsi come elemento integrante d'una nuova unità personale. *Tende*; ma fino alla esistenza legale completa (autonoma) di questa unità (ente società), questa *quota* fa sempre parte del patrimonio del socio, ove non costituisce che un *limite* all'azione persecutoria dei creditori sociali verso di lui.

Dunque i soci d'una società commerciale, sono, solo perché vi ha un contratto diretto a costituire una di tali società, vincolati a norme di responsabilità, da una parte più estese (a causa della *solidarietà* che è regola del commercio), dall'altra speciali e caratteristiche, in quanto direttamente incontrate verso i gestori del patrimonio sociale e *solo mediatamente* verso i creditori sociali. *E tutto ciò per solo effetto della convenzione*, indipendentemente dalla avvenuta creazione d'un *ente collettivo giuridico*, distinto dai soci stessi²⁰⁾. Le responsabilità proprie di ciascuno di essi sono già belle e stabilite

19) MATTIROLO, *Dir. giudiziario*, II, n. 57.

20) Va troppo in là il GIORGI, quando dice che non è concepibile società a *responsabilità limitata*, che non sia *persona giuridica* (Op. cit. VI n. 164 p. 361). Anche se *la persona del socio sparisca e non resti di appariscente al pubblico che il conferimento sociale*, ciò non toglie che sul complesso dei conferimenti e degli acquisti *si possa parlare di comunione e di comproprietà*. Anzi, secondo la nostra legge, in cui non la *forma*, ma l'*obbietto* determina la qualità *commerciale* della società, può benissimo immaginarsi una società *civile* in forma di *accomandita semplice* (le società *per azioni*, anche civili, essendo considerate come commerciali a senso e nei limiti dell'art. 229 cod. comm.); alla quale non potrebbe perciò riconoscersi la personalità giuridica. E siccome ammette il GIORGI stesso che la società commerciale non acquista il carattere di *ente collettivo distinto*, finché non sia *legalmente costituita* (n. 176), così è inevitabile ammettere che si possa dare anche società commerciale in accomandita o anche anonima sprovvista di personalità giuridica.

in quella data forma ed estensione. Che cosa vi aggiunge dunque la creazione dell'ente?

Ecco: la creazione dell'ente importa che tutte le quote dei singoli soci, le originarie come le acquisite e sopravvenute, si stacchino definitivamente dai rispettivi patrimoni, e formino una massa non più soltanto *formalmente*, ma *sostanzialmente una*, una unità patrimoniale *autonoma*, una *persona giuridica*. Il carattere distintivo della *personalità giuridica* non è dato dalla riunione di una collettività di quote in un *patrimonio sociale*, poiché questo si ha anche nelle *società civili*, ma sibbene dalla formazione d'un patrimonio sociale *autonomo*; non è tanto che vi siano beni *della società*, quanto che questi beni *non siano di altri che della società*, cioè siano una sua *proprietà* e non semplicemente una *appartenenza* sociale. Ora nella società civile, e anche nella società di commercio irregolare, i beni *della società* sono veramente beni *dei soci*, e solo in tanto sono *della società* in quanto sono di *tutti i soci*; il concetto di *proprietà* fa posto a quello di *comproprietà*, che è pure *unità*, ma unità concettuale, formale, astratta, come *collettività*. Anche questa *unità* formale ha le sue manifestazioni estrinseche concrete, che nelle società commerciali si spingono al più alto grado, e che la distinguono dalla mera *pluralità*, come l'*indiviso* si distingue dal *diviso*. Ma esse non arrivano a conferire al patrimonio l'*autonomia*, cioè la perfetta indipendenza di vita giuridica, ed è questa che costituisce la *personalità*.

Per effetto di questa unificazione *sostanziale*, le quote perdono la loro qualità di frazioni di comproprietà, e verso di esse i singoli soci si comportano non più come *comproprietari*, né come semplici *creditori*, ma come aventi su di esse un'*aspettativa subordinata intieramente all'esito della liquidazione*. Ed i terzi acquistano perciò il *diritto di escludere, nel concorso sul patrimonio sociale, ogni concorrenza dei creditori particolari dei soci*. Questa è in definitiva l'espressione più concreta del risultato cui perviene il processo di unificazione sociale. E a questo s'intende alludere, quando si afferma l'esistenza della società come *ente legalmente costituito*, cioè riconosciuto dalla legge come *persona giuridica*. La società è *persona*, cioè esiste *come ente giuridico*, da che il suo patrimonio non risponde più dei debiti particolari dei soci, ma risponde invece dei *propri*, cioè è *un'unità patrimoniale a sé*.

Se non si ammette questa corrispondenza coll'*unità patrimoniale*, siccome la nota determinante la nozione stessa della *personalità giuridica* (in armonia cogli articoli 1948, 1949 cod. civ.), qualunque disputa in proposito diventa una mera logomachia. Se invece si ammette, la dimostrazione della personalità per le società di commercio è bell'e compiuta col solo contrapporre l'art. 85 cod. comm. all'art 1727 cod. civ. È la misura del *diritto dei creditori* che fornisce la chiave più sicura per scoprire se *l'unità*, e con essa *l'ente nuovo*, si è formata, o se sussiste tuttora la *pluralità*. Ora se tutto questo si fosse tenuto presente, quanti equivoci si sarebbero evitati nella nostra questione!

6. L'equivoco fondamentale risale alla *dottrina francese*. Non diciamo al *Code de commerce*, poiché esso si espresse fin da principio abbastanza esattamente, conformandosi del resto alle ordinanze anteriori, modificate dalle consuetudini commerciali.

«Queste formalità (diceva l'art. 42 del codice Napoleone, dopo fissate le formalità richieste per la legale costituzione delle società collettive) saranno osservate, *sotto pena di nullità verso gl'interessati*; ma *il difetto d'alcuna di esse non potrà essere opposto ai terzi dagli associati*»²¹⁾.

Pardessus diceva pure benissimo (dopo aver detto però molto inesattamente che *l'atto di società non ha alcuna esistenza legale, finché non sia reso pubblico*): «Tuttavia siccome sarebbe ingiusto che i terzi, agendo in proprio nome e senza esercitare i diritti di uno dei pretesi soci, restassero privi della facoltà di provare aver già esistito una società fra certe persone che non eressero o non vollero mostrare il relativo atto, non potranno queste ultime opporre ad essi la nullità procedente dall'inosservanza di questi doveri, *all'uopo di scusarsi dall'adempiere propri obblighi espressi o taciti*. Invano potrebbe contro ciò allegarsi, che questi terzi, non avendo legalmente conosciuto l'atto di società, non poterono nemmeno contrattare sotto la fede della sua esistenza. *Se infatti essa realmente esiste*, non sarebbe giusto il privarli dei diritti che ne discendono a loro favore. Essendo da questi terzi provata tale esistenza della società *contro il socio* che la nega, a lui non compete di qualificare

21) Mantenuto nello stesso tenore coll'art. 55 nella legge 24 luglio 1867.

la propria situazione come meglio gli aggrada; ma siccome trovossi in colpa, si presume che siasi sottratto agli *obblighi impostigli dalla legge* coll'intendimento di ingannare i terzi medesimi »²²⁾.

Era chiaro il senso di queste parole: il terzo aveva contratta una società, la quale importava certi suoi obblighi eventuali, verso i creditori sociali. Pretende ora egli sottrarsi a tali obblighi per non aver reso pubblico l'atto di società? Ha torto, poiché la società *realmente esiste*, ed esiste anche *l'atto sociale*, e ciò basta perché esistano anche i suoi obblighi di socio, non solo verso gli altri soci, ma anche verso i terzi. Ma discende forse da ciò che esista anche la società *ente giuridico*? Pardessus in fine del §. ora citato si propone questo quesito: ma potranno codesti creditori sociali ottenere il *diritto esclusivo* o la *preferenza sugli oggetti che formano il fondo sociale*, ad esclusione di ogni altro creditore *del socio* operato, provando l'esistenza della società *con un atto non mai affisso*? E la risolve *negativamente*. E questa soluzione è quella adottata in seguito da tutta la dottrina²³⁾. Ma essa basta a dimostrare che *non v'ha fondo sociale autonomo*, cioè *proprietà della società*; in altri termini che *non v' ha persona giuridica*.

Che cosa ne dedusse invece la dottrina francese? Essa cadde fin dal principio in un deplorabile scambio dell'esistenza dell'*ente* società coll'esistenza del *contratto* di società. Quella *nullità* che il Codice comminava all'*ente*, s' interpretò come comminata *all'atto* o al *contratto* di società²⁴⁾.

Già Treilhard nella discussione del Codice al Consiglio di Stato aveva espresso il concetto che la *nullità* di cui all'art.42 «doveva intendersi *soltanto fra soci*, perché una volta la società comunque constatata, le obbligazioni contratte in suo nome a profitto di terzi doveano avere il loro effetto»²⁵⁾. Di qui pareva dovesse concludersi:

22) PARDESSUS, *Dir. Mercantile*. Trad. CALLEGARI (Venezia) II, n. 1009.

23) V. autori infra not. 30. - PARDESSUS veramente la subordinava alla condizione che il credito del creditore personale fosse *anteriore* alla formazione della società; ma questa esigenza venne subito abbandonata e non più seguita. V. in DALLOZ *Société*, n. 872.

24) ALAUZET p.e. tratta l'art. 42 capov. ult. del cod. comm.(e gli art. 55 e 56 della legge 24 luglio 1867) come *derogativo* dell'art. 1843 cod. civ., per cui *la società comincia all'istante stesso del contratto* (Cod. com. II, 3ª ediz. n. 402 e 810).

25) Proc. verbale 15 genn.1807, LOCRÉ, XVII, p. 200.

dunque la società senza le formalità esiste di fronte ai terzi, ma non esiste di fronte ai soci²⁶). E questo era già in ogni modo un controsenso, poiché o s'intendeva alludere all'esistenza dell'ente, e si dimenticava che esso era stato creato e subordinato a quelle condizioni di pubblicità, *appunto in riguardo ai terzi*, di fronte ai quali ora si proclamavano insignificanti: o s'intendeva alludere al *contratto* e alle sue conseguenze, e più che mai era assurdo proclamarne la nullità proprio fra coloro che vi avevano partecipato, e pei quali le formalità omesse non avevano nessun significato.

Ma si doveva andare e s'andò ancora più lungi nella via dell'assurdo. Siccome si vide che la *nullità* (intesa in quel senso radicale) si sarebbe rivolta per lo più a danno maggiore appunto di quei terzi, a cui vantaggio si era escogitata la creazione della persona giuridica, così si formulò ben presto una specie di bisticcio, che pare impossibile abbia potuto tramandarsi di scrittore in scrittore, con cui si veniva ad ammettere che i *creditori sociali*, e poi con più absolutezza i *terzi* in genere, *potevano a loro grado considerare la società come esistente o come non esistente*. Taluno si limita a concedere questo *diritto d'opzione* o *arma a doppio taglio* (come la chiama Pont) ai *creditori sociali*²⁷: come quelli che dalla *nullità* (così intesa) avrebbero interesse a salvarsi; ma siccome d'altra parte la *nullità* si considera poi come una *facoltà di annullamento* (della quale si può perciò anche non usare), e d'altronde il codice parlava d'inopponibilità ai *terzi* senza distinzione, così era naturale che si finisse col far tutto un fascio dei *terzi*, per conferir loro indistintamente questo singolare *diritto d'opzione* fra la *società esistente* e la *società nulla*²⁸).

26) Anche nel rapporto *tra soci* la costruzione francese, basata sul concetto della *nullità del contratto*, è inesatta. La specialità è questa, che finché la personalità sociale non è costituita, i soci hanno sempre diritto di *sciogliersi* da una società che non corrisponde alle finalità giuridiche propostesi. Si tratta di una vera sanzione speciale, derogativa al principio del vincolo contrattuale, ma che non si può tradurre nella enunciazione della *nullità* della società. Infatti questa *nullità* non può essere invocata dai soci che *per l'avvenire*. TROPLONG, Soc. n. 249 – PONT, Soc. n. 1263 – BEDARR., Soc. n. 363 – BRAVARD, I, 193 – DELANGLE, Soc. n. 539, – VAVASSEUR, Soc. n. 1027. – LYON CAEN, *Précis* 313, *Traité* III, 236. – Il nostro art. 99 ha ristabilito il concetto esatto.

27) PONT, n. 1255: «Les créanciers sociaux, dans leur rapports avec les associé, peuvent, à leur choix, considérer comme valable la société illégalement constituée, ou au contraire en provoquer et en faire prononcer la nullité. – Cf. BOISTEL, n. 359.

28) ALAUZET, n. 816 («des tiers peuvent, seton leur intérêt, ou faire déclarer la société nulle ou se prévaloir de son existence»). – BEDARRIDE, Soc. n. 362 ter. – LYON CAEN et REN., *Précis* 308 («des intéressés, c'est à dire toutes les personnes ayant intérêt à ce que la nullité soit prononcée, peuvent à leur gré s'en prévaloir ou non»).

Naturalmente, non appena si scende dalle astrazioni della formula ai casi concreti si trova poi da tutti gli scrittori:

a) che i terzi interessati all'*esistenza* della società sono quelli che hanno contratto cogli amministratori come tali e che giustamente pretendono tener obbligati anche gli altri soci, cioè i *creditori sociali*²⁹⁾;

b) che i terzi interessati alla *non esistenza* della società sono quelli che hanno diritto sui patrimoni individuali dei soci, dai quali hanno interesse a non veder separata la parte costituente la quota sociale, cioè i *creditori particolari*³⁰⁾.

Donde due conseguenze logicamente altrettanto semplici quanto irricusabili:

1° dunque i terzi della lett. *a* sono *altri* da quelli della lett. *b*. e quindi è erroneo o equivoco il dire che *i terzi hanno la scelta* fra impugnare o riconoscere l'esistenza della società; ma quando mai deve dirsi che *alcuni* terzi hanno interesse d'impugnarla e *altri* di ammetterla;

2° e soprattutto l'esigenza dei terzi della lettera *a* non è in nessun antagonismo coll'esigenza dei terzi della lettera *b*, quando siano ragionevolmente intese, poiché la *società* di cui i primi hanno interesse di *affermar* l'esistenza è il *contratto* di società commerciale,

29) PONT, (1257-1259) dice che *quasi sempre* il creditore sociale amerà attenersi alla esistenza e validità della società, *per potere conservare le azioni contro tutti i soci in solidum*. Cfr. LYON CAEN et REN., *Traité* n. 233. E più chiaramente BOISTEL, che al cit. n. 359 dice che in generale i creditori sociali avranno interesse a invocare l'esistenza della società «pour pouvoir opposer à tous les associés les actes faits par leur gérant, lesquels n'engagent les associés qu'autant qu'il y a société, pour être payés par les gérants avant les actionnaires qui demandent les remboursements de leurs apports, et même pour poursuivre les commanditaires et actionnaires en complément de leurs mises». Qualche autore soggiunge anche che il creditore sociale può avere interesse a impugnare l'esistenza della società per far cadere le ipoteche d'un altro creditore sociale (PONT, 1257, 1277 – BOISTEL, loc. cit.). Ma questo sarebbe un effetto esagerato attribuito alla *nullità della società*. L'ipoteca concessa sui fondi sociali da chi aveva facoltà d'impegnare anche gli altri soci non è affatto nulla, più che non sia quella concessa sul fondo comune dall'amministratore che ne aveva la facoltà.

30) E quindi taluni ammettono che *nel conflitto* tra *creditori sociali* e *creditori particolari*, circa l'esistenza o inesistenza della società, devono prevalere i secondi che sostengono l'inesistenza, *per poter concorrere coi primi sul fondo sociale*. V. TROPLONG, *Soc.* n. 251 – DELANGLE, *Soc.* n. 547-548 – MOLINIER, *Dr. comm.* n. 289 – ALAUZET, *Dr. comm.* II, n. 813 – BEDARRIDE, *Soc.* n. 370 – *Comm. à la Loi 1867*, n. 583 – RIVIÈRE *Loi 1867*, n. 71 – VAVASSEUR, n. 1031. – PONT, n. 1250 – BOISTEL, n. 360 – LYON CAEN et REN., *Précis* n. 311 – *Traité* II, n. 228. Contra il solo BRAVARD, I, p. 194, 195 (pag. 50-51 del Tratt. della *Società*, Paris 1862) di cui infra.

il quale da solo basta a generare nei soci quelle date responsabilità e obbligazioni, il cui adempimento quei terzi reclamano; mentre la società di cui i secondi hanno ragione di *negar* l'esistenza è *l'ente* società, il quale produrrebbe a vantaggio dei creditori sociali un diritto di prelazione sulle quote a loro scapito³¹⁾. Ora l'esistenza delle società irregolari è tale da soddisfare pienamente tutte e due queste esigenze, poiché appunto le società irregolari esistono come *contratti* (e colle loro speciali caratteristiche) ma non esistono come *enti*.

E questo significa che sono i *soci* (come esattamente hanno detto tutte le leggi, e come dice l'art. 99 del n. codice) che non possono prevalersi di fronte ai terzi dell'inesistenza della società, non già la *società* che abbia a ritenersi esistente di fronte ad essi soltanto, o, peggio ancora, esistente o non esistente, secondo che loro fa comodo³²⁾.

La situazione delle società irregolari di fronte ai loro creditori è questa.

I soci non possono respingere, di fronte ai terzi, nessuna delle conseguenze giuridiche che derivano dalla loro qualità di *soci*, e *in questo senso* i creditori sociali hanno diritto di ritenere la società come *esistente*. Viceversa coloro di fronte a cui ha interesse la *distinzione* del patrimonio della società da quello dei soci possono benissimo

31) Certamente essi avrebbero interesse di impugnare altresì il *contratto* sociale e le obbligazioni che ne derivano pel loro debitore verso i creditori sociali. Ma appunto un tale diritto nessuno ha mai riconosciuto ai creditori particolari. Tutti si limitano a negare ai creditori sociali la *prelazione*, ma non il diritto di *concorrere* con quelli. (V. specialmente PONT, n. 1274. – ALAUZET, n. 81. – BOISTEL, n. 360 in fine). Taluno (ma erroneamente) nega tuttavia loro di valersi dell'azione *solidale* (ALAUZET, n. 818).

32) Diceva giustamente il DELANGLE, *Soc. loc. cit.*: «I creditori d'una società non pubblicata possono senza dubbio, se ne vien contraddetta l'esistenza, offrire la prova per testimoni, ma lo prova *giova soltanto in confronto dei soci*. Essa vale a stabilire contro di loro la *comunione d'interessi*, e li assoggetta a tutte le conseguenze del *contratto di società*. Ma in faccia ai terzi essa non produce alcun effetto. Una *persona civile* non esiste senza un atto regolare che le dia l'essere; essa nasce dal diritto e non dal fatto, e nulla può tener luogo della prova legale ... Se manca questa condizione *non v'è società in faccia ai terzi*, ed i capitali conferiti, mancando le formalità necessarie per trasferirli *alla persona morale*, rimangono in *proprietà del socio*. Qualunque suo creditore può colpirli; quando sono ridotti in denaro, questo denaro appartiene a tutti i creditori indistintamente».

opporre che tale distinzione non s'è prodotta³³⁾, e *in questo senso* i creditori sociali *non* hanno diritto di ritenere la società come *esistente*. Ma questa non è punto una *incoerenza*³⁴⁾ o una *bizzaria*³⁵⁾ della legge, come parve a chi arrivò coll'analisi a mezza strada, ma una conseguenza logica della distinzione fra l'uno e l'altro senso della parola *esistenza sociale*. Sostituite, pel secondo senso della parola, una parola diversa, p.e. *personalità*, e ogni antinomia sparisce: nella società irregolare convien riconoscere tutte le conseguenze che giuridicamente derivano da una società (di quel dato tipo commerciale) che *esiste*, ma *senza personalità* giuridica. Bizzarra ed incoerente deve piuttosto dirsi, di fronte alla logica, la costruzione adottata, in forza di cui una nota eminentemente obbiettiva, com'è *l'esistenza*, viene non solo affermata di fronte a certe persone e negata di fronte ad altre, ma ciò che è più meraviglioso, viene di fronte alle stesse persone affermata o negata a piacere, secondo l'interesse subbiettivo di chi deve giudicarla.

33) Appunto perché questa *distinzione* si risolve in una effettiva *diminuzione* del patrimonio particolare dei soci, i soli e veri interessati a contrastarla, e quindi a conoscerla allorché si produce, sono i creditori *personali* dei soci, nell'interesse dei quali sono perciò sostanzialmente disposte le norme di pubblicità che mettono capo alla creazione dell'ente. Sentiamo infatti BEDARRIDE: «On pourrait se demander quel intérêt ont les tiers à la production de ces deliberations. A supposer que les formalités qu'elles ont pour objet de constater n'aient pas été remplies, la société serait bien nulle, mais *cette nullité ne pouvant être opposée*, en quoi pourraient-ils en souffrir? Sans doute, *les associés* ne peuvent se prévaloir de la nullité de la société *contre les créanciers sociaux*. Mais leurs *créanciers personnels* le peuvent, car eux aussi sont des tiers, et ils ont un intérêt évident à faire consacrer la nullité de la société. En effet celle nullité acquise, ils échappent au privilège des créanciers sociaux, et viennent en concours avec eux dans la distribution de la part que leur débiteur a à prétendre dans l'actif social. Donc, la régularité de la société intéresse les tiers qui traitent avec elle. Grâce à elle l'actif social leur sera spécialement affecté de préférence aux créanciers personnels des associés. C'est cet intérêt que l'art. 55 protège en exigeant que le public puisse reconnaître si les formalités qui doivent présider à la constitution de la société ont été ou non remplies». (*Comm. à la loi de 1867*, n. 583).

34) BRAVARD è il solo (dicemmo) che si ribelli alla massima che i *creditori particolari* devono prevalere ai *creditori sociali* allorché impugnano l'esistenza della società; e vi si ribella perché trova che sarebbe *quelque chose t'assez inchoérent* che la *nullità* che non può essere eccepita dal socio, lo potesse essere dal suo creditore (*loc. cit.*). Egli non ha tutti i torti; solo non gli cade in mente che la *nullità* che eccepirebbero i soci non è la medesima *nullità* che eccepiscono i suoi creditori; ed è solo così che l'incoerenza sparisce.

35) ALAUZET (*loc. cit.* n. 815) riferisce una decisione di giurisprudenza, in cui i creditori sociali e i creditori particolari domandavano a un tempo, gli uni che il socio accomandante eseguisse i suoi impegni versando la quota promessa, e gli altri che la società fosse dichiarata nulla per difetto di pubblicità, onde far cadere il privilegio dei creditori sociali; e le une e le altre istanze furono, come di ragione, accolte. Con ciò, secondo lui, si venne ad ammettere che la società si considerasse *nel tempo stesso* come *nulla* contro gli associati e come *valida* in favore dei terzi interessati. Ebbene, egli, l'illustre commercialista, non sa trovare di ciò migliore giustificazione che dicendo: «s'il y a *bizarrierie*, elle résulte du texte formal de la loi» (!).

7. Disgraziatamente la dottrina italiana non si è saputa orizzontar troppo meglio della francese. La nostra legge (anche nel vigente Codice) non si è scostata in fondo dal sistema francese, che molti vogliono chiamare della *nullità relativa*, per opposizione a quello (della *nullità assoluta*) che si cercò di far trionfare in Senato, consistente nel fare della formalità di legge condizione (così almeno fu detto nelle discussioni in quel consesso) anche per l'esistenza del *contratto sociale*³⁶.

Il Codice Italiano del 1865 (come pure il Sardo) non usava la parola *nullità*. Esso, parlando delle formalità occorrenti per la regolarizzazione delle società, preferì l'espressione, passata poi nel codice attuale: «La mancanza delle formalità non può *dai soci* essere opposta ai terzi» (art. 164).

Il Borsari, nel *Commento*, dopo enunciato che «la società *nulla rapporto ai soci può esser valida rapporto ai terzi*» (n. 541), ammetteva ancora che «poiché sì i creditori *personali* che i creditori *sociali* sono terzi, gli uni e gli altri possono valersi della *facoltà alternativa* che compete ai terzi di tenersi obbligati personalmente i soci, malgrado la imperfezione del loro stato sociale, o di provocare l'annullamento della società» (ivi). E sognava naturalmente un possibile *antagonismo*. Ma sognava a occhi aperti. Poiché quando era a fissare il legittimo interesse degli uni e degli altri, egli trovava che dei creditori *sociali* l'interesse era «che coloro che si sono verso di essi obbligati personalmente siano nella loro obbligazione solidali, e che non aparendo che un solo obbligato, sia possibile di raggiungere anche quei soci che non assumono personalmente la obbligazione» (n. 526 cfr. n. 529, 541); e pei creditori *personali* l'interesse era che «se la società sussisteva essi eran posposti ai creditori sociali, che hanno un privilegio su tutto l'attivo della società» (n. 540). Questi due interessi si elidono forse? Niente affatto, e il Borsari lo capiva benissimo quando osservava: «*In tema generale* la società non costituita nelle forme di legge produce gli effetti d'una società, legittima rispetto ai terzi. Ma in questa *singolare combinazione* la società irregolare *solvitur*

36) Secondo il VIDARI invece il sistema seguito dalla nostra legge, come dalla francese, va chiamato della *nullità assoluta* (*Corso di dir. comm.* 4^a ediz., I, n. 834). Ciò poco importa: l'essenziale è d'intendersi sulla sostanza di esso.

in singularitates: restano tante obbligazioni individuali. Se vi ha fallimento, non è fallimento di società, *né di soci*, ma di individui; ne vengono tanti fallimenti separati, e si formano masse distinte» (ivi). *Singolare combinazione, combinazione sui generis* (n. 521) viene qualificata dal Borsari l'eventualità di un conflitto fra creditori sociali e individuali. Ma se è appunto in essa che l'autonomia del patrimonio sociale assume il suo vero significato! Ecco dunque una società che al momento buono si risolve *in singularitates*. Con ciò la *combinazione sui generis* è spiegata: quella società ha tutti i requisiti della società, tranne quella *unità* che deve servire a far sparire le *singularitates* assorbendole in un'unica *personalità giuridica*.

8. Dopo l'applicazione del nuovo codice, che pareva dovesse avere facilitata la comprensione dell'istituto, specialmente colla declaratoria inserita nell'art. 98, le interpretazioni si fecero più divergenti che mai, perché si cominciò a discutere non più soltanto sulla costruzione, ma sulla portata concreta delle disposizioni di legge.

Fra i trattatisti, l'esposizione forse più corretta, non scevra però da mende, e soprattutto ben poco approfondita, si trova in Vidari. Giustamente egli fissa che ciò che *non esiste* nella società irregolare è *l'individualità giuridica rimpetto alla legge* (n. 830), cioè *l'ente* società (la società, *rimpetto ai terzi* come egli anche dice); che non esistendo società in questo senso, *e non vi essendo quindi patrimonio sociale*, ciascuna delle persone che obblighi la società verso terzi sarà debitrice personalmente (egli dice *a titolo particolare*) e non mai *a titolo sociale* «e quindi nessuna preferenza si dovrà permettere a codesti terzi in confronto degli altri creditori» (n. 831); che il terzo alinea dell'art. 99 significa che «*i soci* non possono mai, *per sottrarsi alle loro responsabilità*, opporre ai terzi la mancanza delle formalità» (n. 832), mentre *esiste un contratto valido nei rapporti interni tra soci* (n. 835), donde egli deriva anche l'ammissibilità in giudizio delle *azioni* derivanti dagli atti compiuti dalla società di fatto (n. 836); che infine nessuna distinzione è a farsi tra le diverse specie di società, circa l'apprezzamento e gli effetti della irregolarità, eccetto che nei rapporti *fra soci* (nn. 834 e 838).

Questo scrittore evita pertanto (e non è piccolo merito dopo quanto s'è visto) così l'equivoco risultante da un duplice senso della parola *esistenza* sociale, come quello derivante dal riunire in una sola categoria i *terzi* che han rapporto colla società o coi soci; quindi nessun *conflitto di diritti* fra terzi e nessuna *facoltà d'opzione* figurano punto nel suo sistema.

La stessa lode va tributata al Marghieri³⁷⁾; il quale però accentua la distinzione tra le società *personali* (collettiva e accomandita semplice) e *di capitali* (anonima e per azioni), pretendendo che per queste ultime valga il regime della *nullità assoluta*, con quali effetti concreti poi verso i terzi non è bene specificato³⁸⁾.

Anche questi scrittori confondono però, come i francesi (v. nota 26), l'esistenza del *contratto* sociale coll'esistenza del *vincolo* d'irrevocabilità; e trovano perciò *in contraddizione* la legge per aver dato ai soci della società irregolare la facoltà di *sciogliere* la società (o di *sciogliersi* da essa)³⁹⁾.

Sul modo poi con cui essi intendono la responsabilità dei *soci* nella società irregolare, avremo occasione di tornare.

L'Ottolenghi⁴⁰⁾, mentre intende benissimo il senso della frase del capov. 3 n. 99, che cioè «nei rapporti *fra i membri della società di fatto* ed i terzi, la stessa società di fatto ha a favore dei terzi medesimi e contro i soci, gli effetti di un a società regolare», scorge tuttavia un *conflitto* tra i *creditori sociali*, che *in base a questo articolo* «invocano la sussistenza della società per escludere il concorso dei creditori dei soci sulle attività che essi dicono appartenere appunto

37) Commento al titolo *delle Società* (Verona 1883) nn. 212 e segg. Al n. 212 pone che la società irregolare *non è un ente giuridico separato e distinto dalla persona dei soci*, e al n. 213, in rettifica ALL'OTTOLENGHI, dice che questa appunto è la *vera ragione* della prevalenza accordata ai creditori personali sui creditori sociali. Nello stesso ordine di idee è lo SCALAMANDRÉ (*Dir. comm.* §§. 220 e 221 v. specialmente i nn. 1454, 1462), il quale marca che la responsabilità dei *soci* sostituisce in tale società quella *dell'ente sociale*.

38) Dello stesso avviso, in ordine a questa distinzione (autorizzata del resto dalle parole della Relazione ministeriale) tra società e società è il CALAMANDRÉ, il quale dice che nelle società *per azioni* «mancando le forme di legge non esiste alcuna società né fra soci, né nei rapporti fra soci e terzi» ai quali ultimi non resta che l'applicazione dell'art. 98 (*Società*, I, n. 195).

39) VIDARI n. 837 - MARGHERI n. 206. («con ciò la società *esiste e non esiste* nel tempo stesso»). Come se non vi fossero contratti validissimi e di loro natura o per legge *revocabili* a volontà di uno dei contraenti.

40) *Il Cod. di comm. illustrato*, II, n. 19.

alla società», e i creditori *dei soci*, che «per essere ammessi al detto concorso sostengono invece (*in base all'art. 98*) che non vi ha società propriamente detta, cioè ente collettivo separato e distinto dai soci e con patrimonio proprio». E nel conflitto dà la prevalenza a quest'ultimo assunto, perché d'ordine più *assoluto*, mentre il primo vale solo *relativamente* ai creditori sociali. E non s'accorge invece che nel conflitto in questi termini i creditori sociali sostengono cosa contraria al senso stesso, come sopra fissato, dell'art. 99, e quindi il loro assunto non regge né in modo assoluto, né relativo.

Peggio ancora il Calamandrei, che dopo aver fissato (per le due prime specie di società) che mancando le formalità «invece di rapporti di *società* esistono tra i soci rapporti più propriamente di *comunione*» che ognuno di essi può far cessare quando gli piaccia (n. 189), e dopo aver distinto la posizione dei terzi «che conservano tutte intiere le azioni (contro chi?) che loro spetterebbero se il contratto sociale fosse stato scritto e pubblicato debitamente» (n. 91), da quella dei terzi che possono opporre tale mancanza «per agire contro tutti i beni del socio debitore» (n. 192), passa a fare una amalgama di tutti questi terzi, per formulare il famoso bisticcio: «adunque i terzi hanno *la libera scelta*: o impugnare *l'esistenza legale* della società e tenere responsabili illimitatamente e solidalmente quelli che in nome di essa contrattarono; o *considerare* la società, *tuttoché illegalmente costituita, come valida*, ed esigere da essa, *quale ente collettivo*, l'adempimento delle obbligazioni assunte» (n. 193).

Né si è sottratta all'equivoco la mente pur così lucida ed equilibrata del Giorgi. Questo scrittore che interpreta senza ambagi la frase *ente collettivo distinto* dell'art.77 come sinonimo schietto di *personalità giuridica*, combattendo la pretesa distinzione di un doppio senso della collettività *tra soci* e *di fronte ai terzi* (op. cit. I, n. 28 p. 63; VI, n. 160 p. 353, 354), e che a p. 375 del suo ultimo, volume qualifica le pubblicazioni come «la forma costitutiva imposta dal Codice a tutte le Società, affinché acquistino il carattere di *enti collettivi*», a p. 381, dopo aver proclamato altrettanto nettamente: «niuna società commerciale acquista la *personalità giuridica*, prima che siano avvenute la trascrizione e l'affissione dell'atto costitutivo, secondo le norme stabilite nel codice», passa subito dopo a proporsi la questione: «se la società irregolare sia *un ente collettivo in faccia*

ai terzi! E trova che se per le società anonime la negativa è fuor di dubbio, per le altre specie di società la risposta non è così assoluta, «giacché la legge permette a chi contraatta con una società di persone di *considerarla come esistente*⁴¹⁾ non ostante l'irregolarità della sua costituzione, *in quanto ciò occorra per mantenere la responsabilità illimitata di tutti i promotori, amministratori e soci senza distinzione*. E non gli toglie la facoltà di considerarla come inesistente *quando lo creda più favorevole al proprio interesse*». (VI, 176).

Cosicché i terzi, per assicurarsi la responsabilità solidale e illimitata di coloro con cui contrattarono, avrebbero bisogno, secondo alcuni, d'*impugnare l'esistenza legale* della società, secondo altri all'opposto d'invocare la *finzione della sua esistenza!* E nessuno si domanda se *l'esistenza della società* non possa prendersi in un senso che renda inutile e quella *impugnativa* e questa *finzione*. Nessuno s'avvede che quella responsabilità che preme tener ferma suppone con pari legittimità l'inesistenza della società *ente*, come l'esistenza della società *contratto*. Nessuno infine considera che *l'esistenza* o la *nullità* sono ad ogni modo *note obbiettive* delle società, non *facoltà subbiettive* di chi tratta con esse.

9. Prima di passare a quegli scrittori che dettero un maggiore sviluppo alla questione, ma per una direzione che doveva essere feconda di nuovi equivoci, ci piace aprire una parentesi per far cenno di una monografia, che, a nostro parere, seppe tenersi sulla buona via, in mezzo alle diverse pubblicazioni cui ha dato occasione tra noi lo studio delle società irregolari. In questo scritto che è opera breve ma succosa dell'avvocato E. Galeotti⁴²⁾, i caratteri distintivi *dell'ente giuridico società*, la cui mancanza appunto qualifica la società irregolare o di fatto, sono nettamente e correttamente così ricapitolati:

a) i beni della società formano una massa speciale *interamente distinta* dai beni particolari dei soci;

41) Egli aggiunge esplicitamente che qui si tratta d'una *finzione*, e non rammenta d'aver dimostrato poche pagine avanti (p. 354) *l'impossibilità* legale di una finzione simile.

42) *La condizione dei creditori nel fallimento delle società di fatto* nel *Diritto Comm.* X (1892) p. 492 e segg.

b) questa massa costituisce la *garanzia esclusiva dei creditori della società*, verso i quali essa ha contratto obbligazioni;

c) i *creditori dei soci* non sono creditori della società, quindi mentre questa ha vita è loro *interdetta qualsiasi azione* sopra i beni di lei;

c) i *creditori della società* sono *preferiti*, sull'attivo sociale, a tutti i creditori particolari dei singoli soci.

e) dichiarata fallita una società, sulle masse del fallimento dei soci concorrono creditori sociali e particolari, mentre *su quella della società figurano solo i creditori sociali*.

Manca dopo ciò un'analisi positiva del concetto di società irregolare; ma, come esposizione dogmatica della relativa teoria, non può a meno di venire segnalata, o pur troppo *albo signanda lapillo*, una pubblicazione che, sebbene ci venga dal Foro e non dalla Cattedra, procede finalmente netta e senza equivoci intorbidatori, sui sani principi trasmessici dal diritto sulle società commerciali.

10. Chi ha sottoposto ad una analisi veramente acuta e sottile, com'è suo costume, l'entità della così detta *società di fatto* è stato il Gabba in una nota inserita nel *Foro italiano* 1886, I, p. 809 e segg. ad una sentenza della Corte di Genova, con cui giustamente si ritennero validi gli atti di vendita che contraenti italiani aveano fatto con una società anonima francese, *legalmente costituita*, ma non ancora *autorizzata* ad operare in Italia. Il Gabba volle trarre occasione da questa fattispecie per entrare nel terreno finitimo delle società nazionali *irregolari*, e per sostenere che esse sono capaci di contrattare coi terzi al pari delle regolari. Lascio andare l'analogia tra i due casi, e prendo la teorica del Gabba per sé stessa, come vien fuori da quella nota.

Società *di fatto* è contrapposto di società *di diritto*, nello stesso rapporto in cui una trasmissione immobiliare *non trascritta* si contrappone alla medesima *trascritta*. Si ha uno *stato di fatto*, in contrapposto a uno *stato di diritto*, ogniquale volta in un atto o negozio giuridico si ha difetto (inosservanza) di formalità che la legge abbia imposto *ma non sotto pena di nullità*, sibbene colla sola sanzione che non si producano *certi effetti giuridici*. Mancando tali formalità, manca dunque un dato effetto giuridico dell'atto o negozio, manca perciò il *carattere giuridico* dell'atto rispetto a questo effetto, ma

rimane l'atto o il negozio in sé e per sé considerato, rispetto a quei naturali effetti suoi che non gli vengono tolti. Lo *stato di diritto* sarebbe la *perfezione* dell'atto o del negozio in ogni requisito suo ed in ogni suo giuridico effetto. Dunque anche lo *stato di fatto* è uno *stato di diritto*, comunque meno perfetto. E così «la *società di fatto* è *società, giuridica*, come è vendita giuridica la vendita non trascritta, ma perfetta in tutti i suoi essenziali requisiti legali; epperò non più impropriamente si dice società quella che vendita questa; né meno direttamente, né meno rigorosamente si applicano a quella i principi ordinari del diritto in materia di società, di quello che a questa i principi ordinari del contratto di compra-vendita».

A primo aspetto si potrebbe credere che un siffatto modo di costruzione potesse essere accettato anche da chi, come noi, nega l'esistenza della personalità giuridica nelle società di fatto. Poiché, pare, si potrebbe dire: la società di fatto è appunto una società giuridica la cui sola imperfezione consiste in questo, che la legge non le riconosce la personalità, e mancano perciò quei tali effetti giuridici che da questa derivino⁴³⁾. Ma il paragone invocato fra le *formalità legali* in rapporto alla costituzione della *società* e l'istituto della *trascrizione* in rapporto all'acquisto della *proprietà immobiliare* tende a stabilire una nozione che crediamo inesatta dello stato così detto *di fatto* della società, assimilandolo allo stato di colui che ha acquistato un fondo senza trascrivere; *ed* è perciò che crediamo non colga nel giusto punto per la nostra questione la distinzione tra *stato di fatto* e *stato di diritto* com'è spiegata dal Gabba. Il paragone non regge, o reggerebbe soltanto in una legislazione che facesse della *trascrizione* una condizione essenziale per *l'acquisto della proprietà*. La proprietà si trasmette col consenso, ma *l'ente* società non si costituisce legalmente col consenso; col consenso si pone in essere soltanto un *contratto* di società. La proprietà non trascritta è sempre un *collegamento reale* della stessa natura della proprietà trascritta, e che solo è soggetta a taluni limiti nei suoi effetti, per riguardo alla buona fede dei terzi.

43) Per la tesi del GABBA questo bastava; infatti egli aveva da fare col quesito: se contratto di vendita posto in essere con una società *di fatto* sia o no *valido*. Ora la mancanza dell'*ente giuridico società* non è decisivo per la risoluzione di tale questione; poiché anche una società che non esiste come ente può validamente contrattare, colla sola differenza che i soci o amministratori che contrattano impegnano la società *come collettività*, cioè impegnano *gli altri soci*, in forza del mandato espresso o tacito loro conferito.

Invece la società non trascritta è una collettività *non unificata*, e quindi, *come ente distinto, inesistente* di fronte a tutti e per tutti gli effetti. C'è una vera e propria differenza di categoria giuridica fra società *irregolare* e società *regolare*, appunto come c'è tra società *civile* e società *commerciale*. Come *stato* (complesso di rapporti giuridici) ciascuna delle due categorie è in sé perfetta (salvo la mancanza del *vincolo irrevocabile* tra soci che rende la società commerciale irregolare un rapporto sempre revocabile e risolubile per l'avvenire, come il mandato). Come *ente*, la prima non è già di fronte alla seconda un ente *meno perfetto*, ma non è *ente in nessun modo*. Siamo sempre pertanto di fronte all'ambiguo significato del termine *società*. Non necessariamente esso denota una nuova *subbiettività giuridica*; anzi, nel suo primo senso, *società* è un *modo di essere* d'una collettività di persone, e nulla più. Ed è allora un modo di essere che costituisce un perfetto *stato di diritto*, non è punto un semplice *stato di fatto*, del quale la subbiettività una volta formata costituisca lo *stato di diritto*⁴⁴. Che se nell'ambito stesso della nozione di *società-subbietto giuridico* si pretenda separare uno *stato di fatto* da uno *stato di diritto*, una tale distinzione potrà per avventura utilizzarsi per contrapporre le società (regolari) straniere *non autorizzate* ad operar nello Stato alle stesse società *autorizzate*, ma non certo per contrapporre le società che non sono ancora legalmente costituite a quelle che hanno adempiuto tutte le formalità richieste dalla legge; poiché ciò sarebbe attribuire alle prime una *subbiettività di fatto*, che non avrebbe nessun significato apprezzabile.

11. Dal prof. Vivante, che col suo eccellente *Trattato di diritto commerciale* viene dando all'Italia un modello di esposizione giuridica, a cui i nostri trattatisti e commentatori non ci aveano abituati, si era in diritto di sperare che gli equivoci sarebbero stati dissipati, e con termini chiari e netti sarebbe stata ristabilita la nozione dello stato *irregolare* delle società di commercio. Ma neppure egli, così preciso di solito nelle

44) È perciò che aderisco volentieri a questi scrittori che rifiutano l'espressione società *di fatto*, per indicare la società di commercio *irregolare* (V. SALV. SACERDOTI nel *Dr. Comm.*, V, p. 319 – VIVANTE, I, §. 33 not. 29). La distinzione si basa sul presupposto che il termine *società* sia assunto univocamente in significato di *ente patrimoniale*. Infatti la sola società commerciale regolarmente costituita è *ente di diritto*. Ma se *ente* deve essere l'espressione di una *unità reale* in genere, questo termine non conviene nemmeno coll'aggiunta *di fatto* alle società irregolari, come non conviene alle società civili; ciò fu già sopra dimostrato.

sue formulazioni, e che dà un'idea esattissima di tutte le conseguenze giuridiche concrete che quello stato produce, sa poi elevarsi ad una concezione generale di questa figura, e, lungi dall'evitare, accentua anzi il deplorato bisticcio trasmessoci dalla scuola francese.

Manca in lui anzitutto una nozione precisa della *personalità giuridica*, che pur riconosce espressamente alle *società commerciali* (n.º 286 e segg.). Egli si limita ad escludere che queste siano *corpi morali*, ed enumera poscia una serie di conseguenze che derivano dal riconoscimento della personalità giuridica (n. 290), trascurando però di dimostrare per ciascuna di esse l'esattezza di una tale derivazione, e lasciando perciò nel dubbio che parecchie di esse derivino invece semplicemente dallo stato di *comunione* consacrato con uno *speciale* contratto di società, e quindi siano riconoscibili anche nelle società *irregolari*, e perfino nelle società *civili*. Fra queste conseguenze ha bensì un posto importante quella dell'esistenza d'un *patrimonio proprio* (n. 290 lett. *b*), e l'A. subordina benissimo il verificarsi di tale conseguenza alla condizione della *regolare costituzione* della società; ma appunto in ragione di questa *espressa* limitazione introdotta proprio a questo punto, non si capisce se per lui le società irregolari restino tuttavia *persone giuridiche* sotto qualche altro aspetto. Anche al n. 302 egli proclama che «la costituzione pubblica e solenne nelle società commerciali è imposta dalla legge *per farle comparire agli occhi di tutti come soggetti di diritto*». Ma anche qui l'elasticità della frase lascia posto per l'ipotesi che senza tali solennità la *subbiettività giuridica*, benché non apparente agli occhi di tutti, esista tuttavia.

Né è fatto per chiarire tali dubbi quanto lo stesso A. aggiunge parlando delle *sanzioni pel difetto di forme* (n. 305): «Il difetto delle forme legali *non produce l'inesistenza della società*, (collettiva), che si appoggia sopra un *contratto* fornito di tutti i suoi requisiti essenziali, né potrebbe produrla, ancorché fosse pronunciata dalla legge (?), perché questa non può distruggere i fatti compiuti, quelli che si vengono via via eseguendo in forza di quel contratto⁴⁵⁾. La società, non

45) Qui è dunque addirittura l'*esistenza* del nudo *rapporto contrattuale* che si lascia sussistere, ma con effetto verso i terzi. Invece per le società *anonime*, secondo il VIVANTE, l'irregolarità per mancanza delle pubblicazioni, pur non togliendo di mezzo il *contratto* fra soci (n. 393), non dà ad esso alcun effetto *verso i terzi* (quindi nessuna azione contro gli azionisti), e da ciò l'A. si sente tranquillo a dedurre nettamente la mancanza della *persona giuridica* (d. n. 393) e l'*inesistenza* in senso assoluto («la società anonima che non esiste legalmente è *inesistente*» n. 394).

ostante quel difetto, *esiste, ma esiste irregolarmente*, ed è disciplinata *per tutto ciò che subisce l'influenza della sua imperfezione(?)*, colle norme scritte nel codice per le società regolari. Come conseguenza di questa regola deve ritenersi che il socio amministratore di una società irregolare obblighi senza limiti tutti gli altri *senza bisogno di alcun mandato*, e che si applichino anche alle società irregolari le *norme vigenti* per lo scioglimento, per la liquidazione, pel fallimento, per la moratoria di una società regolarmente costituita⁴⁶⁾. Ma, come si disse, la sua esistenza, a motivo della sua imperfezione, non trova nella legge tutta intiera quella tutela che si concede alle società regolarmente costituite». Confessa, dopo ciò, l'A., che questa regola è *poco precisa*, ma l'imprecisione è messa a carico, naturalmente, del legislatore.

E l'imprecisione tocca il colmo al n. 307, ove si ripete il vecchio ritornello, che «i creditori della società irregolarmente costituita si trovano in questa felice condizione giuridica: che *possono valersi dell'esistenza della società, o disconoscerla, secondo il loro tornaconto*»⁴⁷⁾.

Disconoscerne l'esistenza! Ma di quale altra *esistenza* si può qui parlare, fuorché di quella che s'è convenuto testé di attribuire alle società irregolari, cioè dell'*esistenza contrattuale*? Or bene quale può essere l'interesse dei creditori sociali di disconoscere questa

46) Per le società *anonime* la prima conseguenza è in fatti espressamente esclusa (n. 395), e la seconda deve esserlo logicamente a molto maggior ragione. Qui il punto equivoco sta in quella parola *norme* e nel senso in cui si può prendere, come si vedrà appresso; perché v'hanno norme compatibili colla esistenza meramente *contrattuale* della società e norme che sono incompatibili in mancanza d'un *ente reale* a cui applicarsi. La questione essenziale è abilmente schivata, anche là dove si risponde a coloro che negano la società irregolare possa cadere in fallimento, perché *non ha vita propria come ente collettivo distinto dalle persone dei soci*. Risponde VIVANTE: «ma il vero si è che anche la società illegalmente costituita è un *ente collettivo di fronte ai terzi*, perché i soci non possono opporre ai medesimi il difetto di formalità, (n. 307, p. 350). Sta bene; ma si trattava di sapere se ha anche *vita propria*, come ente collettivo *distinto dalle persone dei soci*. A questo la risposta del VIVANTE non risponde. Parrebbe anzi difficile che potesse essere affermativa, ricordando che altrove (p. 325) egli ammette che queste società non possono ricevere né per donazione, né per testamento, perché non *hanno esistenza legale*.

47) Si noti qui la trasformazione che ha finito col subire la formula francese; questa parlava generalmente di *nullità* della società e di facoltà nei terzi di *prevalersi o no della nullità*; qui si parla dell'*esistenza* della società (v. anche n. 306: «a tenore della legge, art. 99, la società *esiste* di fronte ai terzi, benché manchi la scrittura»), e si dà ai creditori la facoltà di *disconoscerla*. Egli è che i francesi alludono di preferenza *all'ente* società e allor il favore concesso ai terzi non può assumere (come appunto vedemmo ancora nel linguaggio di GIORDI) che il significato di una *finzione* (si finge un ente che non c'è). Qui invece si ha di mira piuttosto la società come *contratto* o si scambia l'*ente* coll'unità formale della collettività. E allora il favore concesso ai terzi diventa più difficile a comprendere logicamente.

sorta d'esistenza? Sentiamolo: «Essi potranno esigere il pagamento dai soci, ed espropriarli anche prima d'aver tentato l'esecuzione *sul patrimonio sociale*, chiedere il fallimento di taluno di essi risparmiando gli altri, opporre in compensazione il loro credito ai debiti che hanno verso i soci, respingere la prescrizione quinquennale, come un favore concesso alle sole società regolarmente costituite» (*ivi* p. 352). Qui si fa allusione anche ad un *patrimonio proprio* (eseguibile) della società: ammesso il quale ha certamente ragione l'A. di sostenere che i creditori sociali possono avere un qualche interesse ad escluderla, per non essere obbligati alla sua escussione: ma questo *patrimonio proprio*, non si concilia affatto coll'esistenza meramente *contrattuale* attribuita alla società irregolare, e vedremo tra poco che in realtà nemmeno l'A. glielo riconosce; dato il *patrimonio proprio* è data la *persona giuridica*, è dato l'*ente collettivo distinto*, e nulla più differenzia l'esistenza delle società irregolari da quella delle regolari. Viceversa per chiedere il pagamento ai singoli soci, per farne dichiarare il fallimento individuale, per opporre a ciascuno la compensazione, per superare l'eccezione di prescrizione, i creditori non hanno bisogno affatto di disconoscere la società come contratto. Anzi la irresponsabilità personale dei soci non fu detto essere una conseguenza dell'*esistenza* della società, di quella specie d'esistenza naturalmente che si fonda sulla presenza di un contratto valido anche di fronte ai terzi? Disconoscendo questa esistenza, i creditori raggiungerebbero adunque il risultato opposto all'intento loro; resterebbero privi della responsabilità dei soci con cui non contrattarono. E la prescrizione quinquennale, che la legge non accorda per le società irregolari, si vorrà forse far dipendere dal beneplacito del creditore e dalla sua intenzione di riconoscere nella società irregolare una forma d'esistenza piuttosto che un'altra? Basterà che il creditore dica: *io vi riconosco come esistenti* (o lo dimostri con uno degli atti che ad esso passeremo a vedere), per render quinquennale la prescrizione, contro il disposto dell'art. 919 n. 1?

Possono valersi dell'esistenza della società! Ma finché ciò s'intende all'effetto di «esercitare il loro credito solidalmente e illimitatamente contro tutti i soci, anche contro quelli che non contrattarono con loro e respingere la concorrenza dei soci che volessero adire come creditori sul patrimonio della società», siamo d'accordo. È questa una facoltà perfettamente conciliabile con

quella unità di rappresentanza fra tutti i componenti la collettività, che costituisce quanto vi ha di *obbiettivo* nella *esistenza* delle *società irregolari*. Ma anche qui l'A. va troppo in là quando soggiunge: «provata l'esistenza della società, potranno (i creditori) far valere *contro di essa tutti i diritti* che avrebbero contro una società legalmente costituita, anche quello di farne pronunciare il fallimento» (*ivi*, p. 350).

Prescindiamo per un momento dal *fallimento*. Ma il diritto più essenziale e veramente ed unicamente caratteristico *contro la società*, è quello di considerare il patrimonio sociale come *proprietà* della società, distinto da quello dei soci. Or bene, al momento di far valere questo *diritto*, ecco che sopravviene *l'equità* a farlo piegare sotto il contrario e più forte diritto dei creditori particolari che quella distinzione contrastano (n. 308)⁴⁸⁾.

Ora, in un modo o nell'altro che ciò si formuli, il voler vedere in questa posizione un *conflitto di due diritti* è una costruzione sbagliata. L' *esistenza* che convien riconoscere alla società prima delle formalità di legge non è un'esistenza capace di unità e autonomia patrimoniale, ma è esistenza di rapporti contrattuali, sia pur speciali (in armonia col contratto da cui emanano), ma il cui efflato patrimoniale non supera la sfera della comunione. Quindi *nessun diritto* dei creditori sociali di considerare il patrimonio come una *proprietà distinta* da quelle dei soci, *nessun diritto* di trattare la società *come se fosse legalmente costituita*. Per loro, come pei creditori particolari, come pei soci, per tutti, la posizione è unica, perché ha una portata *obbiettiva*: non esiste un patrimonio *unico*, che non sia il patrimonio *comune*; esistono i patrimoni *dei soci*, nei quali rientra, a misura delle rispettive quote concorsuali, anche il patrimonio comune. Il diritto dei creditori sociali è contro *tutti* questi soci, e nella misura, nell'estensione, nelle proporzioni e nella forma che essi stessi, i soci, hanno determinato nel contratto sociale; poiché

48) «Nel *conflitto* tra creditori sociali e particolari, o gli uni o gli altri devono disgraziatamente restare vittime della negligenza o della malafede dei soci; ma in questo conflitto anche l'*equità* è pei secondi, imperocché questi non potevano conoscere l'esistenza della società che non fu pubblicata, mentre ai creditori sociali si può imputare la colpa ecc.» (p. 355). Una questione di *equità* e di *colpa*, là dove è fuor di discussione che la conseguenza non cambia, anco provandosi che i creditori particolari conoscevano altrettanto bene dei sociali quella tale *esistenza* della società?

questo contratto sociale, coi rapporti che esso genera, è l'unica cosa che veramente esista, e che esista *per tutti*, soci, creditori particolari, creditori sociali o terzi estranei che siano.

12. Dopo gli scrittori, come i su nominati, a cui non si può rimproverare, a mio sommo avviso, che un'analisi incompleta o una nozione equivoca del concetto di società *irregolare*, vengono quelli che, spingendosi più innanzi nelle conseguenze logiche di un tale concetto, arrivano a deduzioni decisamente erronee, non più soltanto dal punto di vista teorico, ma dal punto di vista pratico. La reazione al sistema della *nullità*, passando il giusto punto, va fino ad attribuire all'*esistenza* delle società irregolari le stesse note e lo stesso contenuto preciso che a quella delle regolari, e trasforma così le prime in altrettanti *enti patrimoniali*, senza più preoccuparsi dell'interesse dei creditori particolari dei soci, che risentono così le conseguenze di questa occulta formazione d'una personalità giuridica fuori della legge.

Su questo indirizzo segnaliamo anzitutto l'Errera, il quale in un primo studio sulle *società irregolari*⁴⁹⁾ si domandava che cosa intenda l'art. 98 colla frase *la società non è legalmente costituita*. E rispondeva che non s'intende dire che *non esiste*, ma solo che esiste *irregolarmente*; tanto che nello stesso art. e nel successivo si parla di *soci*⁵⁰⁾, e si parla altresì di *scioglimento della società*. Ma è chiaro che per aversi dei *soci* basta che la società esista come collettività determinata dal mero contratto; anche la società civile è composta di *soci* e anche la società civile *si scioglie*. Fin qui perciò eravamo molto indietro nell'analisi del concetto di *esistenza irregolare*⁵¹⁾.

Ma in un successivo lavoro⁵²⁾ lo stesso autore, meglio precisando il suo pensiero, non si peritava di formulare nettamente la seguente

49) Nel *Diritto commerciale*, 1881, p. 203 e segg.

50) «Se per legale costituzione della società s'intendesse veramente *esistenza giuridica* della stessa, è chiaro che fino a quando quella non si verificasse, si potrebbe bensì parlare di persone che contraggono sotto il nome di *soci*, ma non mai *di soci*».

51) Il merito dell'A. di quello studio fu appunto di aver insistito per applicare uno stesso punto di vista per l'apprezzamento dello stato irregolare nelle società anonime, come nelle collettive e in accomandita. Però anche per lui le società anonime non esistono in nessun modo e per nessun effetto *prima dell'atto costitutivo*.

52) *Il fallimento delle società irregolari*, nel *Dir. comm.*, 1890, p. 785 e segg.

tesi: «Nelle società di commercio irregolari, non ostante alcuni perniciosi effetti *pei soci*, deve riconoscersi *un ente collettivo e autonomo con patrimonio speciale e separato*. E perciò, salvi i detti effetti (art. 98 e 99), tutte le disposizioni dettate dal codice per l'ente collettivo debbono ad esse pure applicarsi, quindi anche le disposizioni degli art. 79, 85 e 106, e tutte le disposizioni relative al fallimento delle società»⁵³). Comunque radicale, questo sistema almeno è logico, rompe con tutte le tradizioni, ma non s'involge in ambiguità e non crea bisticci.

Lo Sraffa, a sua volta, sebbene molto meno esplicito, ha scritto⁵⁴: «Fino a che uno o più soci non fanno dichiarar sciolta la società, questa esiste; di fronte ai terzi che abbiano interesse a considerare la società irregolare esistente, la società esiste pure; orbene, in questi casi *se la società esiste* deve esistere con i caratteri essenziali della società, *primo dei quali si è di avere la personalità giuridica*». Altrimenti (egli aggiunge) si ammetterebbe che non fossero necessariamente due termini inseparabili *società commerciale e persona giuridica*. E perché questo ente collettivo non dovrebbe considerarsi persona giuridica «una volta che la più forte ragione per sostenere che le società di commercio sono persone giuridiche si è che esse costituiscono *enti collettivi?*» (p. 51). Dunque: «Le società irregolari non sono un ente medio tra le società esistenti e le società inesistenti, per la contraddizione che non consente la contemporanea esistenza e non esistenza *di una persona*. La loro condizione è questa: *esse sono esistenti*; i terzi però

53) Egli abborda francamente la questione del *conflitto*, e dà torto senza altro ai *creditori particolari*, dicendo che ad essi non si riferisce il capoverso dell'art. 99 colla parola *terzi*: essi infatti non sono che degli *aventi causa dei soci, dei quali corsero la fede*, e quindi, tolto il caso della frode pauliana, non possono lagnarsi, se parte dei beni dei loro creditori vennero sottratti alla loro garanzia individuale per formarne la garanzia collettiva dei creditori sociali. – Certo, il capov. 3.º dell'art. 99 non è applicabile ai creditori del socio, per la ragione che il socio non opporrebbe mai al suo creditore la mancanza delle formalità, ma piuttosto gli opporrebbe, se potesse, l'esistenza regolare dell'ente società, onde valersi dell'art. 85. Se poi s'intende dire che nemmeno essi, al pari dei soci di cui sono *aventi causa*, possono opporre agli *altri* terzi la mancanza delle formalità, rispondiamo ripetendo che i terzi, a cui riguardo la legge richiede quelle forme di pubblicità, sono principalmente essi, i creditori particolari, i quali d'altronde, mentre agiscono contro il loro debitore, non ne esercitano punto i diritti, né lo rappresentano. Infine il terzo che sa quali formalità esiga la legge per la costituzione dell'ente società non ha punto inteso *correre la fede* del suo debitore, ritenendo che senza quelle formalità l'ente non avrebbe avuto vita.

54) *Il fallimento delle società commerciali*, p. 50 e segg.

possono rifiutarsi di sottoporsi alle condizioni⁵⁵⁾ che di fronte a loro produrrebbe il fatto che la società irregolare esiste».

Lo Sraffa non s'avvede ch'egli in tal guisa assume proprio quella *contemporanea esistenza e non esistenza di una persona*, contro cui il suo buon senso logico in massima si ribella; poiché non bisogna dimenticare che qui parliamo di persona *giuridica* (e d'altronde non sarebbe nemmeno possibile, come per l'uomo, assumere in altro senso la *personalità*), cioè persona nei suoi *rapporti patrimoniali* coi terzi. Ora, se le società sono persone, chi tratta con esse non può che considerarle come tali, poiché appunto in tale considerazione consiste tutta la loro realtà di persone.

13. Ed eccoci al Manara.

Fin qui si era sempre più o meno esplicitamente ritenuto che l'azione concessa ai creditori contro le persone indicate nell'art. 98 rappresentasse, oltreché una specie di sanzione per la contravvenzione di queste persone alla legge, una compensazione dovuta ai creditori sociali sorpresi nella loro buona fede e danneggiati dalla inesistenza d'un asserto patrimonio sociale. In ispecie poi per le anonime, l'azione concessa contro i promotori e gli amministratori in proprio aveva chiaramente questo significato. Se non che, equiparata la società irregolare nel rapporto coi terzi ad una società regolare, colle stesse responsabilità di fronte ai creditori tanto pei soci che per la società, l'azione personale contro gli amministratori non sembra più in alcun modo giustificata, tanto più che alle sanzioni penali provvede l'art. 248. Infatti, nessuna giustificazione trova l'Errera alla interpretazione che egli adotta di questo articolo⁵⁶⁾, per cui i terzi che contrattano con una società irregolare guadagnano, oltre le solite responsabilità della società e dei soci che scaturirebbero dalla società legalmente costituita, anche le responsabilità delle persone di cui all'art. 98⁵⁷⁾.

55) Forse dovrà dire *conseguenze*.

56) Nella citata monografia sul *fallimento delle soc. irregolari* nel *Dir. comm.* 1890, p. 785.

57) Anzi, secondo ERRERA, la responsabilità di queste persone *presuppone* obbligazione *della società*. Donde si arriva a questo singolare risultato: che nelle società anonime, le quali *prima dell'atto costitutivo* non hanno nessuna esistenza, né possibilità di obbligarsi, *nessuno risponde* delle obbligazioni contratte a nome della società, in mancanza dell'atto suddetto.

È questa considerazione che ha spinto il Manara a fare l'ultimo passo nella teoria del *diritto d'opzione* dei creditori sociali dicendo:

«I terzi creditori della società anonima irregolare (egli però generalizza naturalmente la tesi per *tutte* le società irregolari) hanno due vie, tra le quali possono scegliere quella che loro meglio convenga provocare. Essi possono disconoscere la società appunto perché non è legalmente costituita, e *in tal caso* faranno valere i loro crediti fondandosi sulla responsabilità solidaria e illimitata di tutti coloro che per qualunque titolo e in qualunque veste operarono ed assunsero, di fronte a loro, obbligazioni in nome della società irregolare: è questa la via loro tracciata dall'art. 98, Cod. comm. Ma essi possono invece preferire altra via: quella di riconoscere la società come se fosse legalmente costituita (art. 99); *in tal caso essi non possono più far ricorso alla disposizione dell'art. 98 Cod. comm. che presuppone il disconoscimento*; ma *invece* della responsabilità solidaria e illimitata delle persone che hanno operato e contratto obbligazioni verso di loro in nome della società irregolare, avranno a lor garanzia *la responsabilità normale della società e dei soci*».

L'art. 98 sarebbe dunque anch'esso una mera facoltà del creditore sociale, da esercitarsi però a caro prezzo: la rinuncia a tutte le altre azioni derivantigli dal contratto di società. Non si può negare che a questo modo quel diritto d'opzione comincia ad acquistare un senso logico: mentre prima non si capiva che interesse potesse avere il creditore sociale a sostenere l'inesistenza della società anche come contratto, ora tale interesse si capisce benissimo, poiché questo disconoscimento colle rinunzie che esso importa, è per lui condizione onde valersi del beneficio dell'art. 98.

Se non che questo nuovo senso dato al diritto d'opzione lo rivela subito inaccettabile per i risultati a cui arriva. In quale caso potrebbe mai indursi un creditore d'una società *collettiva*, e molto più quello d'una società *in accomandita*, a valersi dell'art. 98, che non gli darebbe azione se non contro i soci operanti, piuttosto che lasciare il suo corso all'art. 99 che glielo assicura contro tutti? I soli interessati a una possibile opzione sarebbero i creditori di una società *anonima* irregolare, i quali coll'art. 98 si assicurano la responsabilità dei promotori e degli amministratori, rinunziando al patrimonio sociale e a ogni altro diritto contro gli azionisti, e viceversa coll'art. 99 perdono quella, ma non questi. Ora che cosa può far credere

che il legislatore dettasse quell'art. 98 proprio soltanto per i creditori delle anonime? Se anzi espressamente vi si parla di responsabilità dei soci? E donde mai scaturisce poi che la sua applicazione sia subordinata alla condizione, o abbia per necessario risultato, che il creditore rinunci a qualche altra azione che normalmente gli competerebbe? L'articolo non dice nemmeno che quelle tali persone *potranno* esser ritenute solidariamente responsabili; esso dice che elleno *contraggono* responsabilità senza limitazione ecc. E come pretenderebbero sottrarsi a tale responsabilità per il solo fatto che il creditore, valendosi d'un suo diritto altrettanto incondizionato, qual'è quello derivantegli dall'art. 99, mostrasse di riconoscer la società nella sua esistenza contrattuale, agendo contro gli altri soci?

È così che scostandoci dalla sola posizione giuridica che risponda alla legge, illuminata da tutte le tradizioni del diritto commerciale sulle società, si arriva a risultati inattesi ed insostenibili di fronte alla legge, non meno che di fronte alla logica. E il germe di tali deviazioni deve ricercarsi nella incompleta e inesatta nozione della personalità giuridica della società, e nel conseguente inesatto apprezzamento delle conseguenze della sua mancanza.

14. Indubbiamente, ha contribuito a ingenerar confusione il modo con cui vennero fuori dai lavori preliminari del Codice le disposizioni degli art. 98 e 99. Come quasi sempre accade, nel cozzo delle opinioni non si riuscì ad una formulazione veramente netta ed esente da equivoci. E il guaio si è che (come giustamente osservò lo stesso Manara)⁵⁸⁾, invece di dar luce per l'intelligenza della legge, quei lavori non ci presentano che incongruenze, incertezze ed incognite. Non è che in fondo il pensiero di tutti non coincidesse press'a poco nella affermazione di pochi concetti altrettanto semplici, quanto da molto tempo incontestati. Ma gli equivoci ingenerati dalla indeterminatezza delle formule in cui si concretavano davan luogo a una irrequieta vicenda di modificazioni, di verifiche, di sostituzioni, ispirate ai punti speciali di vista, da cui si mettevano i singoli proponenti.

Così, per limitarci all'art. 98 che più interessa; tutti intendevano dire questo, che le operazioni fatte a nome d'una società irregolare dovevano impegnare in proprio tutte le persone che si presentavano

58) Nelle sue *Consideraz. sull'art. 98* citate.

di fronte ai terzi come membri o come organi responsabili di quella società, dandola come se fosse regolarmente costituita. Non è mica che la legge tedesca dica qualcosa di diverso, quando sanziona la responsabilità personale e solidale degli *accomandanti* in una accomandita irregolare; poiché l'art. 183 capov. di quella legge, ha cura di aggiungere che quella responsabilità non ha luogo se si prova che il terzo *conosceva* la loro qualità d'accomandanti (anzi, *la loro partecipazione limitata nella società*). Pure anche il richiamo della legge tedesca nei lavori preparatori contribuì ad imbrogliare la matassa. Nel *progetto preliminare* il disposto dell'attuale art. 98 non esisteva⁵⁹⁾. In seguito, esso comparve tanto nel *progetto Senatorio*, che nel *progetto Ministeriale* (Mancini), ma fuso colla regola generale che la mancanza di formalità non può essere opposta ai terzi, e come una derivazione di essa⁶⁰⁾. Tutti e due questi progetti usavano formule troppo ampie, e che sorpassavano il pensiero che si voleva esprimere. Invece il *progetto della Commissione Senatoria* (accettato dal Governo e dalla Camera) ne usò una troppo ristretta, formulando così l'art. 94 bis (poi 95): «Fino a che non siano avvenute le pubblicazioni ... la società non è legalmente costituita e *chiunque contrae in nome di essa* è tenuto solidariamente e senza limitazioni per gli obblighi che assume». Fu la Commissione di coordinamento, che non arbitrariamente (stante il compito assegnatole), ma con poco successo ridusse questo articolo nella forma attuale dell'art. 98. Non arbitrariamente, perché essa sapeva che la formula ultimamente adottata dal Senato non rispondeva al concetto giusto, lasciando, se non altro, fuori i soci della collettiva e gli amministratori che *non* avessero contrattato (ciò che non era certo nelle intenzioni del Senato); ma non si può dire che avesse poi la mano troppo felice nel sostituire a quel testo le parole: «i soci, i promotori, gli amministratori e tutti coloro che operano in nome di essa».

59) L'art. 99 del Prog. Prelim. dopo aver parlato del diritto dei soci di recedere dalla società finché non fossero adempiute le formalità, soggiungeva soltanto: «La mancanza però delle dette formalità non può dai soci essere opposta ai terzi, i quali possono provare l'esistenza di fatto della società con ogni mezzo di prova».

60) Art. 18 del Prog. Senatorio: «Di fronte ai terzi la mancanza dell'atto scritto o pubblico e delle relative formalità, rende responsabili solidariamente e senza limitazioni per le operazioni fatte *tutti quelli che avevano preso parte alla società*. A coloro che hanno contrattato con una società di fatto, non possono essere opposti, gli atti non pubblicati». – Art. 97 cap. 4.° del Prog. Ministeriale: «Tale mancanza non può essere dai soci opposta ai terzi i quali, avendo contrattato con una società esistente di fatto, hanno diritto di ritener responsabili senza limitazione *tutti i soci*. (L'art. si riferiva alle sole società collettive e in accomandita semplice. La responsabilità delle persone che avessero contrattato in nome di società per azioni irregolare era sanzionata in un successivo articolo).

L'interpretazione che queste parole hanno ricevuto per molto tempo portava a questa conclusione: tutti i soci delle società irregolari indistintamente sono responsabili di fronte ai terzi in modo solidale e illimitato per i debiti sociali⁶¹⁾. L'enormità della applicazione d'una tal regola agli *azionisti* delle anonime ha favorito la diffusione della teorica che distingue l'irregolarità delle società *per azioni* da quella delle altre società, come produttore una separata serie d'effetti (*nullità assoluta*)⁶²⁾, appunto com'era detto nel *Progetto Mancini*; tesi però che non trova nessunissimo appoggio nella legge com'è redatta, e di cui era molto vago e dubbio il significato anco nello stesso *Progetto Mancini*. Su questo punto della parità di condizioni fra l'*esistenza* delle anonime irregolari e quella delle altre società egualmente irregolari dovremo tornare, ma diciamo subito di adottare perfettamente l'esauriente dimostrazione datane dal Manara nel suo pregevolissimo lavoro su questo articolo⁶³⁾. Per

61) VIDARI, n. 831: «qualunque sia la specie di società voluta costituire, e qualunque sia la qualità assunta da ciascun socio». – SCALAMANDRÈ, §.219, n. 144: «non essendo tenuto il terzo a riconoscere la qualità di lui (accomandante o azionista), proveniente da un contratto privo, per rispetto a sé, d'ogni legale efficacia».

62) Veramente, né MARGHERI, né CALAMANDREI, benché distinguano le due categorie di società, deducono dalla *nullità* delle anonime irregolari la immunità degli *azionisti* di fronte ai terzi; anzi dal richiamo senza riserve che fanno all'art. 98 anche per esse si dovrebbe argomentare il contrario (confr. MARGH., n. 215 – CALAM., n.195). Ma il VIVANTE, con logica molto più sicura, dalla inefficacia del contratto *di fronte ai terzi* e dalla mancanza di una efficace *rappresentanza*, trae l'applicazione del principio generale dell'art. 1130 c. civ. e il nessun diritto dei terzi verso gli *azionisti* dell'anonima irregolare (v. infra. n.17 in fine). E questo principio è stato replicatamente fermato dalla giurisprudenza, come può vedersi nelle decisioni citate dal MANARA nella più volte lodata nota (*Considerazioni ecc.*). Tien fermo invece lo stesso scrittore (n. 334) l'applicazione dell'art. 98 agli *accomandanti*.

63) Già prima di lui, l'ERRERA aveva protestato contro la distinzione tra società personali e società per azioni, in ordine agli effetti dell'irregolarità (*Dir. comm.*, II, p. 293), ammettendo però, come vedemmo, che lo statuto di società *irregolarmente esistente* non cominci per queste ultime, se non dopo l'*atto pubblico costitutivo*, ma aveva preteso tener ferma la immunità degli azionisti nell'art. 98 così *prima di questo atto* che dopo, e ciò in base all'ultimo capov. art. 99, il quale importerebbe che la loro responsabilità è limitata all'importare della loro sottoscrizione. Che l'*esistenza* anco *irregolare* della società *per azioni* non incomincia prima dell'*atto pubblico costitutivo*, è anche opinione dello SRAFFA (*Fallim. delle soc.*, p. 55), il quale sostiene egualmente che *nessun diritto* compete ai terzi per l'art. 98 contro gli *azionisti* della *irregolare*, e che solo dall'art. 99 si ricava invece *la responsabilità di costoro fino all'ammontare della somma da loro sottoscritta*, vale a dire la perdita *di fronte ai terzi* del diritto che hanno di essere scolti dall'obbligazione derivante dalle loro sottoscrizioni, per non essersi adempiute le formalità di pubblicazione (*ivi*, p. 187). Quanto agli *accomandanti*, essi sono, per tutti e due questi scrittori responsabili illimitatamente e in solido, in forza dell'art. 98 (p. 171). Ma se l'art. 99 non pregiudica l'applicazione dell'art. 98 verso gli *accomandanti*, non si vede perché debba pregiudicarla verso gli *azionisti*.

conseguenza i *soci* di cui parla l'art. 98, se devono prendersi in senso assoluto *sono tutti i soci di qualsiasi società*, non essendovi alcuna giustificazione speciale dell'esclusione dei soci *azionisti* tra essi.

Ma quale interpretazione ha sostituito alla dominante il Manara, per riuscire all'intento di escludere gli *accomandanti* e gli *azionisti* dal novero dei *soci* di cui parla l'articolo? Egli dice: si devono ritenere quelle ultime parole *che operano in nome di essa* come riferentisi una per una a ciascuna delle categorie di persone che nell'articolo trovansi menzionate quasi in via esemplificativa (quindi *i soci che operano in nome di essa - i promotori che operano in nome di essa*, ecc.)⁶⁴.

Contro questa interpretazione, grammaticalmente accettabilissima, fu osservato che, coll'esiger la condizione dell'*operare* per far nascere la responsabilità del socio anche *collettivo* o dell'*amministratore*, si fa ingiustamente ai soci ed amministratori *non operanti* una posizione privilegiata⁶⁵. Ed il Manara ha chiarito il suo pensiero, dichiarando di comprendere tra i promotori o amministratori *operanti* anche quelli che effettivamente *non operano*, in quanto, *in forza della solidarietà che li avvince* (art. 126 e 147), *debbono legalmente essere ritenuti come operanti*⁶⁶. Il simile immagino che dovrebbe dirsi dei soci *collettivi*, egualmente solidali a termini dell'art. 106.

Ma così rettificata, l'interpretazione, mentre non risponde evidentemente alla costruzione grammaticale del testo come

64) V. anche App. Milano, 5 febr. 1892 (*Monit. Trib.*, 388). Anche il DE ROSSI (*Diritti e obblighi dei sottoscrittori d'azioni nelle soc. anonime* nella *Temi Ven.*, 1866, p. 553 e segg.) interpreta l'art. 98 come esprime che «non ci si possa rivolgere se non che a coloro *che operarono* in nome di essa ed assunsero nell'interesse di lei un vincolo giuridico». Donde l'esclusione degli *accomandanti* e degli *azionisti* dal suo disposto. Egli ritiene poi la *responsabilità limitata degli accomandatari*, poiché a ciò si obbligarono contrattualmente anche di fronte ai terzi, e la *limitata responsabilità degli azionisti*, per l'assoluta inesistenza dell'anonima irregolare.

65) V. SRAFFA, *Fallim. delle Soc.*, pag. 182. Questi rileva altresì a carico dell'interpretazione del MANARA, che per essa l'art. 98 sarebbe, per quanto riguarda gli accomandanti, *una inutile ripetizione dell'art. 118* (p. 183). Ma si può rispondere che non sarebbe *inutile* anche il dire che l'art. 118 è applicabile alle società *irregolari*.

66) Così nell'ultimo lavoro sulle *Società anonime irregolari*. Ma anche nella precedente nota sull'art. 98 aveva mostrato chiaramente di voler comprendere tutti i promotori sia che agissero congiuntamente o con *vincolo di rappresentanza*, e tutti gli amministratori *che non si valessero del beneficio dell'art. 149*.

il Manara l'aveva proposta, non guadagna d'altronde in corrispondenza dal punto di vista razionale. Già essa lascia ferma per la responsabilità di tutte queste persone una limitazione che io ritengo per lo spirito dell'art. 98 affatto ingiustificata. Intendo del caso in cui un amministratore abbia fatto constare il suo dissenso nelle deliberazioni relative a una data operazione (art. 149), o peggio ancora, di quello in cui si tratti di operazioni affidate statutariamente ad un ufficio determinato a cui quell'amministratore non appartenga (art. 147 n. 5). Espressamente assume il Manara che in questi casi, venendo meno la regola della *solidarietà*, viene meno anche l'applicazione dell'art. 98, e lo stesso, anzi *a fortiori*, dovrebbe dirsi per i soci collettivi in armonia all'art. 106, che subordina la loro responsabilità alla condizione che chi usò della firma sociale fosse *autorizzato all'amministrazione*. Ora io non credo che l'art. 8 comporti siffatte limitazioni.

Inoltre dal punto di vista della teoria del Manara non è da trascurare il riflesso che, introducendo la considerazione del vincolo di solidarietà e di rappresentanza fra soci o fra amministratori, noi impliciamo un tacito riconoscimento del *contratto sociale*, poiché tale solidarietà e tale rappresentanza sono appunto conseguenza del *contratto di società*, né vengono fuori di per sé dal rapporto dei terzi colle persone che contrattano con essi. Ora, secondo il sistema del Manara, l'ipotesi dell'art. 98 è quella del pieno *disconoscimento* che il terzo faccia della esistenza della società. Che se infatti si riconoscesse il contratto sociale per le conseguenze che esso importa negli amministratori o soci a responsabilità illimitata, estranei materialmente all'apporto col terzo, che ragione vi sarebbe di disconoscere lo stesso contratto nella posizione da esso fatta agli altri soci a responsabilità limitata?

15. Comunque ingegnosa pertanto, io credo che l'interpretazione del Manara non possa accettarsi. La responsabilità dell'art. 98 non va fondata né sul mero fatto *dell'operare*, né sulla *solidarietà contrattuale*. D'altronde neppure è giusto dire che gli accomandanti e gli stessi azionisti non abbiano mai (fuori del caso che *operino*) ragione di esser tenuti responsabili personalmente e solidalmente per le obbligazioni assunte in nome della società. Essi in tanto hanno ragione di esser lasciati fuori (da questa responsabilità *illimitata*, di cui solamente stiamo qui parlando), in quanto nella

società irregolare si presentano effettivamente *come accomandanti ed azionisti*. Ma non così se si presentano *come soci* senza altro; ed è appunto questo il caso letteralmente contemplato dall'art. 98. Esso impegna, oltre quella di coloro che si dettero per mandatari o organi d'una persona che esisteva, la responsabilità illimitata di tutti i *soci* senza distinzione, ma in *quanto non si presentino con altra qualità fuorché con quella di soci*. Ciò che la legge vuole è che non sia sorpresa la buona fede del terzo. Le qualifiche di *accomandante* o di *azionista* aggiunte a quella di *socio* ne modificano notevolmente la portata; ma devono esser note al terzo. Se il contratto sociale fu legalmente pubblicato, tale notorietà si presume; nel caso contrario, no. Ora, il terzo che contratta con una società di fatto non sa nulla di più di quanto gli si dice, o gli si lascia ragionevolmente capire. Se Tizio si presenta come rappresentante di una società, di cui fanno parte con lui Cajo e Mevio, senza aggiungere che si tratta d'una società in accomandita o che quei due soci sono semplici azionisti, il terzo non ha nessuna ragione di ritenere che la responsabilità di questi soci sia in qualche modo limitato⁶⁷⁾. Tocca a costoro d'impedire che tale ragionevole convinzione s'ingeneri nel terzo. Ma da ciò non segue che costui debba guadagnare la illimitata e diletta responsabilità di queste persone, anche quando ignorasse completamente la loro esistenza di soci, come vuole l'opposta teorica⁶⁸⁾.

67) Ciò coincide colla dottrina degli antichi nostri commercialisti, i quali alla regola della responsabilità dei soci limitata al capitale immesso nella società facevano eccezione allorché «nel far nota con le lettere circolari la istituzione della società non siasi fatta alcuna menzione del fondo capitale posto dai soci per formare la medesima»; (v. AZUNI, *Dizion. di giurisprudenza mercantile* §§. 37 e 38). – Appunto in quest'ordine d'idee è la decisione 7 ag. 1894 della Cass. di Torino (*Giur. it.*, p. 994) che ritenne illimitatamente e solidalmente responsabile in virtù dell'art. 98 il socio accomandante della ditta *A. Pinto e C.* da più anni funzionante senza aver ottemperato alle formalità di legge. Chi contrattava colla ditta sapeva d'impegnare, oltre Pinto, anche l'altro socio (benché il suo nome non figurasse nella ditta, e non fosse perciò il caso dell'ult. capov. art. 114), ma non sapeva, né era obbligato a sapere che la ditta fosse un'accomandita che quest'altro socio fosse un semplice accomandante. Da questa decisione non è giusto peraltro generalizzare la massima che la parola *soci* dell'art. 98 comprende anche i soci accomandanti. Se ciò fosse, non si spiegherebbe affatto il 3.º capov. dell'art. 99, il quale negando *ai soci* (anche accomandanti) di opporre la mancanza di formalità di fronte ai terzi, negherebbe loro di valersi d'una eccezione che non avrebbero mai interesse d'invocare. È il terzo infatti e non il socio accomandante che ha interesse di eccepire l'irregolarità, per avere la responsabilità illimitata in cambio della limitata.

68) V. in proposito il caso deciso dall'App. di Torino, 26 luglio 1892 nel *Foro it.*, 1084, colla nota *ivi* del DE PIRRO, ove conclude: «l'art. 98 sottopone ad azione *diretta* non chi rimane occulto, ma chi agi o dimostrò di voler far parte di costituenda società, spendendo o lasciando spendere così il suo nome».

In sostanza è come se la legge dicesse: quando si contratta con un terzo in nome d'una società commerciale non resa pubblica senza aggiungere o far comprendere di che natura sia, il terzo ha diritto di ritenere che si tratti d'una società *in nome collettivo*. Diventa poi questione di prova lo stabilire che il terzo aveva tanto io mano da conoscere di che specie di società si trattava; né in tal caso può egli pretendere di aver dinanzi a sé impegnati tanti *soci* (commerciali) senz'altro, e di trattare come *soci* in senso assoluto quei tali associati in cui le qualità e il carattere di *soci* sono modificati da così importanti e decisive qualifiche come quelle di *accomandanti* o *azionisti*.

Io non pretendo affermare davvero che la formula adottata dalla legge sia felice, e che essa corrisponda esattamente a questo concetto, che poteva esser piuttosto formulato così: «Fino alla legale costituzione della società, coloro che si presentano in faccia ai terzi come soci senza qualifiche limitative della propria responsabilità, i promotori e gli amministratori della società per azioni e tutti coloro che anche senza tali qualità operano in nome della società contraggono responsabilità senza limitazione e in solido per le obbligazioni sociali». Ma sostengo che questo appunto, e non altro, è il senso voluto dal legislatore, poiché questo è stato sempre, e non bisogna dare alla formula legislativa specie nel campo del diritto commerciale, che è in massima parte creazione spontanea della coscienza giuridica, più importanza di quella che le spetti. L'ho già detto: le società di commercio irregolari rispondono ad un concetto che, dacché è sorto l'organismo giuridico delle società commerciali, è stato all'incirca sempre e dappertutto il medesimo. Le formule legislative non rappresentano che l'elemento transitorio ed accidentale di esso. L'essenziale è che la società commerciale, mentre non esiste *come ente distinto*, se non dopo le formalità speciali che la legge abbia disposto per la sua perfetta costituzione, mentre, anche *come contratto*, non può farsi valere di fronte ai terzi se non per ciò che si provi essere a loro notizia, d'altra parte, per la sola sua natura *commerciale*, importa come regola la solidarietà dei suoi membri per le obbligazioni contratte in nome sociale. Di qui la necessità: 1.° di compensare il terzo di buona fede colla responsabilità personale e illimitata di coloro che usarono del nome sociale come organi, mandatari, gestori

d'un ente insussistente; 2.° di concedere al terzo che egli possa provare l'esistenza del contratto ovunque gli giovi e in quanto gli giovi ma possa altresì respingere tutte quelle eccezioni che i patti e le limitazioni contenute nel contratto stesso offrirebbero ai soci, quando non risulti che erano a sua cognizione. Questo è il senso dell'art. 98, che consacra un'azione *in responsabilità*, piuttostoché un'azione *contrattuale*. Le qualità di *accomandanti* e di *azionisti* sono appunto le più importanti di queste limitazioni. Una volta però che queste non possano esser disconosciute dal terzo, costui non può pretendere di impugnarne gli effetti, pel solo motivo dell'irregolarità della società, rendendo illimitata e diretta una responsabilità che si volle e si convenne limitata e mediata.

16. Viceversa, potrà il socio esimersi *anche* da questa responsabilità *limitata*, solo perché il contratto da cui gli deriva, non fu regolarmente pubblicato?

Per *l'accomandante* non si ha difficoltà a rispondere di no. Ma per *l'azionista* è molto diffusa l'opposta sentenza, che si tenta giustificare al solito col dire che la società anonima irregolare è *assolutamente nulla*, dappoiché essa non è una società di *persone*, ma di *capitali*⁶⁹; ed è per ciò che la legge all'art. 99 non ripete per

69) VIVANTE, n. 394 - DE ROSSI, nella citata *monogr.* «La legge permette (dice VIVANTE) a chi contraffa con una società di persone di considerarla come legalmente esistente non ostante l'irregolarità della sua costituzione, perché volle punire i soci negligenti colla responsabilità solidale e illimitata di tutti pei debiti falli da ciascuno in nome della società; ma sarebbe vano e irrisorio concedere una simile facoltà ai creditori di una anonima. Imperocché chi di loro avrebbe voluto considerarla come esistente, e per conseguenza contentarsi della responsabilità limitata degli amministratori e dei soci? L'apparente castigo avrebbe potuto solamente incoraggiare le violazioni della legge». Tutto questo è giusto, se intende a dimostrare che occorre la responsabilità illimitata degli amministratori per dar soddisfazione ai creditori, che, credendo d'impegnare una società anonima, non impegnarono che dei soci a responsabilità limitata. Ma non è punto giusto in quanto intende (preludendo alla teoria del MANARA) far pagare l'acquisto della responsabilità degli amministratori colla perdita della responsabilità limitata dei soci, la quale e tutt'altro che vana e irrisoria pei creditori, e se i soci l'hanno accettata, non è giusto che se ne sgravino, solo perché né essi (che ne avevano la facoltà), né gli amministratori da loro nominati (che ne avevano l'obbligo) eseguirono le formalità di legge. – «Che la sottoscrizione e il versamento anticipato per la costituzione della società anonima non abbiano altro significato che quello d'una promessa, d'un impegno *sotto condizione* che la società sia legalmente costituita» – come pretende il DE ROSSI, è affatto gratuito. Non si può sottintendere in un contratto la condizione dell'adempimento di oneri che la legge impone e lascia a cura di entrambi i contraenti, per poi valersi dell'inadempimento di essi di fronte ai terzi, all'effetto di render nullo il contratto.

gli azionisti ciò che dice nel 3.° capov. per gli altri soci, che cioè la mancanza delle formalità non può da essi opporsi ai terzi⁷⁰.

Io non ripeterò quanto contro questa argomentazione ha scritto egregiamente il Manara nei due lavori più volte citati, e in specie nel secondo in risposta al De Rossi. Siano pur *capitali* e non *persone* che si associano: siano pure le *azioni* e non gli *azionisti* i portatori dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto sociale; io non veggo in che ciò favorisca la pretesa *nullità assoluta* della società anonima legalmente costituita. Converrebbe dimostrare che un contratto, mercé cui si costituiscono delle *azioni* in rapporto fra loro, gravate di certi obblighi e investite di certi diritti, è *invalido* a tutti gli effetti, solo perché non si è ancora costituita la *persona giuridica*, che è condizione per la perfetta manifestazione unitaria di una siffatta collettività al di fuori. La *persona* è *mezzo* e non *fine* all'opera degli azionisti, mezzo al più pronto e comodo conseguimento dei fini sociali, richiesto, se vuolsi, dalla legge anche per ragioni di pubblico interesse, ma non mezzo alla esistenza di fondi messi in comune nell'interesse comune amministrati, all'esistenza d'una collettività *sui generis*, che per esistere come collettività (senza personalità giuridica) non aveva bisogno d'altro che d'una riunione di consensi debitamente manifestati.

La nullità che i soci oppongono ai terzi, quando lo possono (cioè quando la società è irregolare), non è già la *nullità delle loro obbligazioni derivanti dal contratto sociale*, poiché questa nullità non sussiste né punto né poco, per solo effetto della irregolarità; ma è la *inesistenza della persona giuridica* che raccolga in sé il patrimonio sociale sottraendolo alle sfere patrimoniali dei singoli soci. Ora, questa appunto e non quella è la nullità che resta opponibile ai terzi, anche nelle anonime irregolari.

Ne consegue che anche in questa specie di società *i soci a responsabilità limitata* restano colla loro *responsabilità limitata*.

70) Anche in Francia, la legge del 1867, parlando delle società *in accomandita per azioni*, usa la frase: queste nullità non potranno essere opposte ai terzi, (art. 7), che non si trovano poi ripetute per le *anonime* (art. 41); ma tutti gli scrittori sono d'accordo che deve ritenersi sottintesa (PONT, n. 1244 – VAVASSEUR, n. 362 – ALAUZET, n. 554 – BOISTEL, n. 273 – LYON CAEN et R., *Precis*, 470, *Traité*, II, 781). Vedremo più oltre il probabile significato di questo inciso nel nostro art. 99.

Prima e diretta manifestazione della quale si è la responsabilità del *patrimonio sociale* tutto intiero pei debiti sociali. Questi soci non potrebbero mica dire: noi intendemmo di conferire i nostri capitali alla *società ente giuridico*; questa non esiste, dunque, dateci indietro i nostri capitali. L'inesistenza dell'ente impedisce, è vero, che si sia compiuta la separazione di quei capitali dai singoli patrimoni dei soci, ma non impedisce che essi siano stati messi in mano di alcuni gestori (soci o non soci) coll'incarico d'impegnarli specificamente per uno scopo comune, e quindi col risultato di restar vincolati effettivamente alle conseguenze della gestione medesima. E il simile dicasi dei capitali non ancora realmente conferiti, ma promessi, poiché anch'essi fanno parte del *patrimonio sociale*.

Ciò non toglie che una distinzione sia necessaria a stabilire tra le società *in accomandita semplice* e le società *per azioni* ed *anonime*, anche nel nostro tema. Distinzione basata sul duplice fatto che: 1.° la posizione di ciascun *azionista* è di sua natura più indipendente da quella degli altri soci, che non sia nelle altre forme di società; ond'è che, mentre nelle società in accomandita semplice, al pari che nelle collettive, l'irregolarità dà diritto a ogni socio di provocare addirittura lo *scioglimento della società* (art. 99 cap. 1.°), in quelle per azioni l'azionista non ha altro diritto che di ritirarsi, e anche questo diritto non gli è accordato dalla legge che in circostanze speciali (art. 99 cap. 4.°); 2.° contro l'accomandante il creditore sociale ha un'azione *diretta*, per costringerlo al versamento delle quote, che contro l'azionista non ha che in tempo di liquidazione (art. 206); ed è per ciò che la legge ha creduto utile di esprimere per il primo la inopponibilità dell'eccezione d'irregolarità contro il creditore (art. 99 cap.3°), mentre non ne era il caso pel secondo.

Quest'ultima disposizione pertanto significa che *l'azione diretta* dei creditori sociali anche verso gli accomandanti per costringerli ai versamenti non fatti, non è pregiudicata dalla irregolarità della società. In fondo, questa riserva non era strettamente necessaria, sia perché l'irregolarità non dando al socio altro diritto che allo scioglimento *ex nunc* (art. 99 cap. 2.°) non può pregiudicare i rapporti già stabiliti, sia perché lo scioglimento mette più che mai il terzo in grado di esercitare la sua *azione diretta* (art. 206). Ma si

è creduto di mantenere per maggior chiarezza questa disposizione, dei vecchi codici. Infatti è appunto da questa disposizione, dal restar ferma cioè la responsabilità degli accomandanti verso i terzi in caso di società irregolare, che gli scrittori francesi desumono l'esistenza in genere d'una *azione diretta* dei terzi stessi verso quelli⁷¹⁾; azione diretta che la nostra legge ha espressamente consacrata coll'art. 117. A questa azione, del resto, bisogna guardarsi dal dare il significato d'una azione personale (*di pagamento*) del creditore verso il socio accomandante a pagare il debito della società verso di lui, sia pure nei limiti della quota⁷²⁾.

71) V. LYON CAEN et R., *Précis*, n. 354 - BOISTEL, 210.

72) È deplorabile che sia caduto in tale equivoco anche il VIVANTE (n. 344), fondandosi soprattutto sull'art. 117, che dichiara l'accomandante responsabile delle perdite e dei *debiti* sociali. È verissimo, la parola *debiti* fu copiata dalla legge belga, per lo scopo di accennare (così la Relazione *Lampertico*) ad un obbligo non già soltanto fra soci, ma inoltre *verso i terzi*. Se non che la storia di questa disposizione ce ne dimostra la portata. Fu il NAMUR che, in occasione del progetto di legge belga, propose per il primo l'aggiunta della parola *debiti* a quella di *perdite*, che sola figurava nei vecchi Codici. Ed egli stesso ci narra che con ciò non intese che chiarire meglio quello che la Commissione già riteneva, che cioè i terzi potessero perseguire direttamente gli accomandanti affinché versassero la loro quota; e l'emendamento fu accettato. «Il est donc certain (scrive appunto il NAMUR, commentando l'art. 21 della legge nel suo *Code de Comm. belge*, II, n. 902), sous l'empire de celle loi, que les créanciers sociaux ont une *action directe* contre les commanditaires pour les contraindre à effectuer leurs mises». E la Relazione Ministeriale diceva: «La Commissione incaricata dell'esame del nuovo Codice ha troncato la controversia decidendo che l'accomandante sia dichiarato responsabile pel conferimento della massa anche a riguardo dei terzi; il Governo per troncarla egualmente, ha aggiunto la parola *debiti* nell'articolo in discussione». E continuava spiegando che se p. es., un liquidatore non adempiesse il suo dovere costringendo l'accomandante a pagare, era giusto che i terzi potessero compellerlo direttamente (*Annales parlem.*, 1869-1870, p. 422), ma non mai che essi potessero farsi attribuire l'ammontare della somma di cui fosse ancora debitore verso la società (*ivi*, p. 436). – Né diversamente la intesero i legislatori italiani, perché nella *Relazione Lampertico* (da cui partì la proposta) si legge: «Dovendo l'accomandante rispondere anche dei *debiti*, il creditore ha un diritto *proprio* perché la somma sia realmente consegnata». Ciò spiega abbastanza la disposizione (art. 88 cod. comm.) che vuol pubblicati i *nomi* anche degli accomandanti (sebbene ciò sia poi contraddetto dall'art. 8 del regolamento esecutivo). Né altro significato può avere l'azione *personale* di cui parla l'art. 206, il quale se alludesse all'azione di pagamento verrebbe a conferire un simile diritto perfino contro i singoli azionisti; lo che è assurdo. Spiega giustamente questo articolo l'OTTOLENGHI (I, p. 718): «Nel caso in cui i liquidatori non si valessero della facoltà loro competente, i creditori della società non sarebbero obbligati a passare per il lungo tramite dell'azione contro di essi, per farli dichiarar tenuti appunto a valersene». – È anche vero che un tale equivoco è comune nel linguaggio a molti scrittori francesi, ma non pare che in sostanza anch'essi intendano di dare come contenuto di questa azione diretta altra cosa che il *versamento delle messe* (v. LYON CAEN et R., *Traité*, II, 473 e segg. – BOISTEL, n. 210). – Tra noi il MARGHERI (n. 349, 350) è quegli che ha meglio sviscerato la questione; ma dopo avere esattamente stabilito il vero concetto dell'azione diretta al creditore sociale contro l'accomandante, nonché i precedenti storici e parlamentari della questione, sembra quasi ritenere che la legge italiana abbia dato alla questione una soluzione diversa dalla giusta, mentre inesatta, o meglio, poco opportuna dovrebbe ritenersi al più, pel suo stesso ragionamento, soltanto l'espressione *debiti*, usata nell'art. 117.

Ciò non è stato mai ammesso da nessuna legge, che io mi sappia. La responsabilità *limitata* è di sua natura, come dicemmo, *indiretta* e *mediata*. La novità del diritto moderno (inaugurato colla legge belga, e seguito dalle leggi tedesca, svizzera e italiana) su quello del cod. francese del 1808 sta unicamente nell'aver messo fuori di questione ciò che sotto quel codice e derivati era dubbio, che cioè i terzi potessero costringere direttamente l'accomandante a far la sua messa sociale, senza rivolgersi perciò agli accomandatari (unici soci apparenti secondo il vecchio diritto)⁷³). Ma questa azione, appunto perché diretta a far pagare un debito *verso la società* non può dirsi esercitata in sostanza che a nome e *utendo jure* di questa, salvo a valersene anche in nome proprio, come qualunque altro creditore può fare, in caso di frode fra il suo debitore e il debitore del suo debitore. In altri termini, i creditori sociali hanno un'azione verso gli accomandanti, ma non hanno il *credito verso di*

73) Della legge belga e nostra abbiamo già parlato nella nota precedente. Il Cod. federale svizzero ha queste due disposizioni: «Art. 602. L'accomandante risponde verso i terzi fino a concorrenza della somma iscritta nel registro di commercio ... Art. 603. Finché continua la società, i creditori di essa non hanno alcuna azione diretta contro l'accomandante. Sciogliendosi la società altrimenti che per fallimento, essi hanno azione diretta contro l'accomandante solo in quanto non abbia ancora versato o abbia ritirato il proprio capitale. Nel caso di fallimento della società, i creditori della medesima possono chiedere soltanto che venga conferito alla massa il capitale non ancora versato o già ritirato». – «Cela ne veut pas dire (spiega il HABERSTICH, *Man. du dr. fed. des oblig.*, Trad. Gillieron, 1890, III, p. 94) que les tiers (créanciers de la société) aient une action directe contre les commanditaires pour les force à accomplir une prestation vis-à-vis d'eux. Cela veut seulement dire que l'engagement de verser comme commandite dans la société le somme inscrite sur le registre du commerce ne doit pas être une duperie, mais que cet engagement doit être rempli, et qu'en cas de faillite de la société les tiers peuvent en forcer juridiquement l'accomplissement». MARGHERI (n. 350) crede che coll'art. 603 sia stato permesso ai creditori, in caso di dissoluzione della società senza fallimento, di agire contro gli accomandanti e per ottenere il soddisfacimento del proprio credito, non il versamento della quota nelle casse sociali». Ma è in equivoco. Il citato scrittore spiega: «Dans ce cas encore l'action tend à forcer le commanditaire à verser la commandite qui n'a pas été complètement versée ou qui a été retirée, mais non à désintéresser les créanciers» e soggiunge che la sola differenza dal caso del fallimento è che qui manca al creditore l'azione *individuale* contro il socio, spettando essa al curatore. Egli critica questa disposizione, perché non subordina l'azione contro l'accomandante alla previa escussione degli accomandatari, e perché non le sostituisce il diritto di far dichiarare il fallimento, ma non mette in dubbio che vada intesa nel senso suddetto, ed anzi ritiene che l'accomandante *non possa* pagare in mani d'un creditore sociale, se non quando questi provi di essere *il solo* creditore, altrimenti deve piuttosto fare il deposito giudiziale della somma (p. 95 e 96). - Molto più grave e (come era da prevedersi) più approfondita è stata la controversia in Germania, dove tuttavia le argomentazioni specialmente di WENDT (in *Hendemann's Handb.*, I, p. 462 e segg.) in favore della tesi da noi sostenuta, mi paiono irricusabili. L'art. 165 del cod. germanico dice che «pei debiti sociali l'accomandante risponde colle sue messe, e, in quanto queste non siano ancora versate, col contributo promesso». Donde si desume che il non versato è considerato alla stessa stregua del versato; entrambi concorrono ai debiti sociali, ma come parte del patrimonio sociale, non come obbligo personale degli accomandanti, verso i creditori.

loro, né potrebbero sottrarsi infatti alle *eccezioni* (non fraudolenti) che questi avessero da opporre *alla società*⁷⁴⁾.

Contro gli *azionisti* nessuno ha mai osato sostenere un *diritto personale* dei creditori sociali durante l'esistenza della società, nemmeno per costringerli al saldo del debito del versamento verso la società. E anche in caso di liquidazione, nessun diritto può attribuirsi ai creditori se non dopo che il versamento sia stato chiamato dai liquidatori; l'azione personale cui allude l'art. 206, non può perciò intendersi se non dopo che con tale chiamata collettiva, il debito stesso sia divenuto liquido per ciascun azionista. Sempre però debito *verso la società*, non *verso ciascuno dei creditori*. Non era perciò affatto il caso di precedere che l'azionista affacciasse l'eccezione d'irregolarità di fronte al terzo, con cui non ha rapporto diretto fuori del caso di liquidazione.

Non si esprime peraltro troppo esattamente l'illustre Vivante quando dice: «i creditori (d'una società anonima irregolare) non potranno agire direttamente contro gli azionisti, nemmeno nei limiti della loro quota od azione, se non esercitando i diritti e le azioni degli amministratori. Per renderli *responsabili direttamente degli impegni assunti da questi*, bisognerebbe ammettere che la società *esistesse* di fronte ai terzi» (n. 395). Con che mostra di ammettere l'esistenza perfino d'una *azione diretta al pagamento* dei creditori verso gli azionisti d'una società *regolare*, mentre ripetiamo che non può ammettersi nemmeno nel senso in cui è ammessa contro gli accomandanti fuori del caso di liquidazione. Se una tale azione esistesse, non vi sarebbe ragione di negarla nella società irregolare, la quale *contrattualmente* esiste quanto la regolare. Prosegue il Vivante, rispondendo all'obiezione, che gli amministratori della società irregolare agirono come *rappresentanti dei singoli azionisti* e per tal modo impegnarono la costoro responsabilità; e replica che *tale rapporto di rappresentanza è inammissibile*, «perché né i creditori vollero acquistare un diritto contro gli azionisti, né gli amministratori vollero conferirglielo, né gli azionisti vollero assumerlo» (*ivi*). Qui è evidente che questi argomenti sono egualmente applicabili alla anonima, *regolare*, dove infatti creditori

74) V. LYON CAEN et R., *Traité*, n. 475 – BOISTEL, n. 210; i quali avvertono infatti che, da questo punto di vista, niuna differenza intercede tra il sistema dell'azione *diretta* e quello dell'*azione obliqua*.

e amministratori intendono impegnar la società, non gli azionisti, né questi intendono assumerne impegno alcuno di fronte ai terzi. E quindi si dovrebbe concludere anche per questa, che «la posizione giuridica degli azionisti è analoga a quella di *committenti*, che non acquistano azioni, né obbligazioni verso coloro coi quali gli amministratori hanno contrattato». Ora, ciò non parmi esatto, e può condurre a conseguenze esagerate. Il commissionario contratta *a nome proprio*, gli amministratori contrattano *a nome della società*. Né sopra tutto i beni *della società* sono, anche di fronte ai terzi, beni *degli amministratori*, ma sibbene, finché manca *l'ente società, dei soci*, cioè, *degli azionisti*.

Gli *azionisti* sono qualcosa di più che dei *committenti*; essi sono dei *soci*, ed è su questa qualità che deve fondarsi la responsabilità loro, quale essa esiste, verso i creditori sociali, sia o non sia regolarizzata la società colle formalità volute dalla legge. Essi non contrassero nessun obbligo verso i terzi, né direttamente, né per rappresentanti; ma essi affidarono agli amministratori dei capitali e si obbligarono a darne loro degli altri fino a una data somma, perché *con essi* mettessero in essere i rapporti giuridici occorrenti pel conseguimento di certi fini loro comuni. Esiste pertanto un *fondo sociale*, il quale ebbe, per volontà di coloro stessi che lo costituirono, la *destinazione* di servire agli scopi sociali e di soddisfare i creditori sociali. Non c'è ragione alcuna di disconoscere tale destinazione, per il fatto che mancavano le formalità di legge richieste per dare a questo fondo la *personalità giuridica*.

17. Tutto ciò premesso, come possono concretarsi i diritti dei creditori sociali di una società di commercio *irregolare*?

Rispondiamo:

1.º Regola generale per ogni specie di società: *l'ente società non esiste*. Per i soci o per i non soci, per i terzi di una o di un'altra categoria, per i terzi volenti o nolenti, sempre sta che l'ente società non esiste. Quindi non può avere obbligazioni *proprie*, e nessuna azione può esser fatta valere contro la società in *proprio*. Esiste però, e sempre *per tutti* senza distinzione, come sopra, il *contratto di società*; esistono perciò dei soci aventi una responsabilità contrattuale e obblighi determinati così verso gli altri soci come (direttamente ed indirettamente) verso i terzi. Le azioni dei creditori

sociali in una società irregolare non possono essere sostanzialmente che azioni *contro i soci*, se ed in quanto loro spettano. E diciamo *sostanzialmente*, per far subito riserva del lato *formale* dell'azione stessa, su cui ritorneremo.

2.° Appunto in compenso di questa azione *contro la società*, su cui contava e che gli viene a mancare, il creditore sociale ha un'azione *in responsabilità* contro tutti coloro che si presentano come costituenti *la società*, ovvero il suo *potere esecutivo*, nelle società in cui si ha una tale distinzione. Chiunque si presenta cioè come *membro costitutivo* o come *organo gestore* d'un *ente società* che non esiste, risponde in proprio; di qui l'azione da una parte contro tutti i *soci* che non si presentarono con una qualifica limitativa di questa generica qualità, dall'altra contro i *promotori* e gli *amministratori* delle anonime, contro *tutti quelli che operarono in nome della società*. Tutti costoro sono tenuti *personalmente* e in *solido per tutte le obbligazioni sociali*. (Art. 98).

3.° Insieme all'azione *in responsabilità* (e non alternativamente con essa, come ha preteso il Manara) spetta ai creditori sociali quell'azione che contro ciascuna categoria di soci è determinata dalla responsabilità da essi contratta entrando in quella data società. (Art. 99). Incominciando perciò dalla società in *nome collettivo*, i soci (art. 106) sono obbligati in solido per le obbligazioni della società, della quale sono pertanto come fidejussori solidali. Ora, essi non potrebbero pretendere di sottrarsi a tale responsabilità allegando l'inesistenza della società, debitrice principale, poiché in mancanza di questa la garanzia solidale s'intende fatta *agli altri soci*, per tutti gli affari d'interesse sociale, tale essendo in sostanza la loro reciproca intenzione. Essi hanno garantito solidalmente il debito d'un debitore che non esiste, e che essi stessi doveano creare; ebbene l'unica conseguenza di ciò, è che la loro obbligazione solidale, in luogo di essere accessoria, è principale. Ciò può sembrare un mero duplicato della responsabilità fissata dall'art. 98; tuttavia essa è d'altra natura, ed ha luogo anche in casi in cui potrebbe non aver luogo questa, come viceversa può essere esclusa senza che questa resti pregiudicata. La responsabilità dell'art. 98 colpisce infatti coloro che hanno accreditato nel terzo l'opinione della sussistenza dell'ente società; quelli perciò che non si presentarono in nessun modo, e che il terzo non ebbe nessun

motivo di credere che fossero soci, non credo che potrebbero dirsi tenuti in virtù di quella azione in responsabilità. La vera fonte della loro responsabilità è il contratto sociale. Al contrario, la responsabilità *contrattuale* resta esclusa per l'art. 106, se chi usò della firma sociale non era stato debitamente a ciò autorizzato; ma il terzo può aver ragione di agire tuttavia *in responsabilità* se, non essendo stato il contratto portato a sua cognizione, egli ebbe ragione di ritenere in ogni socio la facoltà di rappresentare la società⁷⁵⁾.

4.° Nella società *in accomandita semplice* la posizione degli *accomandatari* è identica a quella dei soci della collettiva. Quanto ai soci *accomandanti*, la loro obbligazione è verso la società, o, in mancanza di questa, verso i soci gestori. Qui bisogna distinguere gli apporti fatti dagli accomandanti nella società, o in genere la loro parte di condominio nel patrimonio sociale, dai versamenti che sono ancora obbligati a fare. Sulla prima, i creditori sociali hanno sempre diritto di rivolgersi direttamente; sui secondi indirettamente, esercitando i diritti degli altri soci, quando il patrimonio sociale risulta insufficiente, per costringere gli accomandanti alla loro effettuazione. Se non che costoro potrebbero allegare il diritto che hanno acquistato di sciogliersi dalla società per rifiutare ai soci i versamenti non fatti. Non sarebbe giusto che ciò potesse accadere a danno dei terzi, ed è specialmente in riguardo a ciò che l'art. 99, 3.° capov., nega ai soci il diritto di opporre ai terzi la mancanza delle formalità. Questi adunque potranno in ogni caso, così esercitare il loro diritto sulla quota di condominio di ciascun accomandante, come costringere, quando ne è il caso, l'accomandante a versare nel patrimonio sociale quanto deve tuttora.

5.° Nella società *per azioni* finalmente i soci (azionisti) hanno anch'essi ben distinte: la loro *partecipazione nel patrimonio sociale* e *l'obbligazione ai futuri versamenti*; obbligazione questa contratta formalmente verso la *società* nel supposto della sua legale costituzione, ma non per questo meno valida in sé stessa,

75) Così pure è da questo punto di vista, a mio credere, che si giustifica il principio che il *recesso* d'un socio dalla società irregolare non basta a liberarlo dalla responsabilità (dell'art. 98), se non è reso pubblico nelle forme di legge, poiché i terzi non hanno obbligo di saperlo (App. Lucca, 15 aprile, 1890, nel *Dir. comm.*, p. 503. Cf. De Rossi nello stesso *Dr. comm.* 1890, p. 483). Ma dovrebbe ammettersi il socio a provare che il terzo conosceva il suo recesso.

e da intendersi contratta *verso gli amministratori* detentori del patrimonio sociale, se la società non si costituisce legalmente. Ed egualmente i terzi, dovendo, in mancanza dell'ente società, considerare gli *amministratori* come *mandatari e rappresentanti legali* di tutti i soci e il patrimonio sociale come un condominio degli azionisti da quelli legalmente amministrato, hanno diritto, pei loro crediti sociali, di rivolgersi su questo, nonché, *ma nel solo caso di liquidazione*, di provocare le misure occorrenti per i versamenti che si rendessero necessari. Però ciascun azionista di una società, nella quale non sia stato effettuato il deposito dell'atto costitutivo, ha il diritto (dopo tre mesi) di sciogliersi dalle sue obbligazioni di azionista, e facendolo in tempo opportuno, cioè prima che la società diventi insolvente non può più esser molestato né dalla società, né dai terzi⁷⁶.

18. La specialità più caratteristica che distingue la società di commercio irregolare dalle altre collettività meno organizzate, p. e., dalle società civili, è l'importanza che assume la *rappresentanza sociale*, in forza di cui, essa si presenta come una vera *unità formale*; utilissima pei terzi che devono contrattarci, e più specialmente che devono entrare con essa in rapporti giudiziali. Per essa si può dire che tutte o quasi tutte le norme procedurali che valgono per le società regolari, restano applicabili alle società irregolari. La società irregolare ha anch'essa un *nome*, una *ragione sociale*⁷⁷, per cui è suscettibile di portare e di esser portata in giudizio⁷⁸, in persona dei suoi rappresentanti, non solo ma lo stesso patrimonio sociale è suscettibile d'una procedura esecutiva unitaria, in forza di cui è lecito agire su beni di spettanza dei soci (la loro parte nel patrimonio sociale), senza che questi siano in causa, altro che nella loro rappresentanza.

76) Con ciò egli cessa di essere azionista, e quindi ha anche diritto di riprendersi i versamenti fatti (v. PATERI, *Società anonima*, n. 115). Ma non a pregiudizio dei terzi che avessero già cominciato a sperimentare le loro azioni sul patrimonio sociale.

77) V. DE PIRRO, nel *Foro it.*, 1892, 1084. Quindi si concepisce benissimo un credito iscritto al suo nome, p. es., in un titolo nominativo o in una ipoteca (v. Cass. di Roma, 13 giugno 1894, *Foro it.*, 642).

78) V. A. Venezia, 11 luglio 1893, *Giur. it.*, 540 - Cass. di Firenze, 21 giugno 1894, *Giur. it.*, 839 - in giudizio di graduazione Cass. di Roma citata alla nota precedente. A torto il VIDARI (*Dir. comm.*, 1893 p. 661) combatte la prima di queste sentenze, fondandosi sulla *inesistenza* della società, che egli intende in un senso troppo assoluto.

Difatti il Codice di procedura civile agli articoli 137, 139 parla della notifica delle citazioni alle *società commerciali* in persona di chi le rappresenta, e non distingue, né è il caso qui di distinguere, tra società regolarmente o irregolarmente costituite.

Con ciò peraltro, né quel patrimonio diventa una *proprietà della società*, né questi beni cessano di essere *proprietà dei soci*, e come tali devoluti *non solamente* ai creditori sociali, ma insieme anche ai rispettivi *creditori particolari*.

Questa *unità formale* è un effetto della speciale *organizzazione* data contrattualmente alla collettività, ed è specialmente visibile nelle *anonime*, dove le persone dei soci perfino spariscono affatto dalla direzione e amministrazione del patrimonio sociale ma traspare anche nelle *collettive*, appunto in virtù della solidarietà amministrativa che lega i soci tra loro. Ed ecco perché razionalmente (e lo conferma l'indirizzo sempre più spiegato delle moderne legislazioni in questo senso) il carattere proprio, speciale, della società *commerciale* deve desumersi non già dall'*oggetto*, ma dalla *forma organizzatrice* della società. Infatti l'*associazione in partecipazione*, benché abbia oggetto commerciale, non ha le caratteristiche delle *società di commercio*. Viceversa, se una società *civile* assume la forma *dell'anonimato*, con ciò stesso acquista le note più caratteristiche della società di commercio, cominciando dalla *personalità*⁷⁹⁾.

Questa speciale organizzazione è pertanto come il *substrato* contrattuale della personalità. Ma essa non basta a produrla, poiché la personalità giuridica ha sempre bisogno della consacrazione della legge, e la legge subordina siffatta consacrazione per le società alla osservanza di talune forme di *pubblicità*, senza le quali *l'unità*

79) La tendenza del diritto è difatti a fissare nel *modo di costituzione*, non già nell'*oggetto*, la caratteristica della *società commerciale*, e cioè a lasciar disciplinare colle norme del codice di commercio tutte le società che si costituiscono nei modi in esso contemplati. Così è nelle maggiori parti delle legislazioni, e tale è l'opinione dominante tra gli scrittori, anche in Francia, (v. citazioni e richiami nella nota del MEYNIAL nel *Journ. du Pal.* di cui sopra *nota* 12), dove infatti la recente legge sulla *liquidazione giudiziaria* (1 agosto 1893) art. 68 dichiara *commerciali* tutte le società con forma in accomandita o anonime. Il nostro codice coll'art. 229 s'è fermato a metà, ma la Commissione per la riforma delle società commerciali propone di modificarlo così: «Le società civili che assumono i caratteri indicati nell'art. 76 sono sottoposte a tutte le disposizioni dettate dal presente codice per le società commerciali». Cfr. anche l'art. 418 del cod. civ. (ove si definisce la quota della società avente personalità giuridica): «delle società di commercio o d'industria...».

formale conferita dal contratto non acquista mai un contenuto *sostanziale*.

19. Quando sia bene scolpita nella mente la precisa portata di questa *unità formale* che deve attribuirsi alle società di commercio irregolari, non è più possibile ingannarsi nel risolvere la questione che ci siamo proposta, relativa al *fallimento* di codeste società.

E prima di tutto *possono esse fallire?*

Se si parla del fallimento come *procedura*, rispondiamo: certamente, esse possono fallire. Cioè può proclamarsi una liquidazione unitaria del patrimonio sociale, nella quale però i veri e soli falliti saranno le persone illimitatamente responsabili.

Ma se s'intende dire che il patrimonio sociale venga, come nell'ordinario fallimento d'una società avente personalità giuridica, *devoluto intieramente ai creditori sociali*, ciò che sarebbe il vero e sostanziale significato dell'espressione *fallimento della società*, applicato naturalmente alla società come *ente*, si dice cosa assurda in estremo grado, poiché si dà al fatto del fallimento la capacità di creare un ente che prima non esisteva.

Si ripete qui pertanto negli stessi termini la questione già lungamente svolta sulla *esistenza o non esistenza* di queste società. Come esse esistono così falliscono; la loro esistenza di collettività non unificata non può dar luogo che a un fallimento collettivo di più persone. La energia del vincolo formale che unisce la collettività conferisce anche al rispettivo fallimento un'unità formale, che permette di parlare d'un *fallimento della società*, come non sarebbe possibile in un altro caso di comunione.

Ed è in questa disparità di significati d'una medesima espressione che trovano la loro conciliazione le due opposte tesi che dividono scrittori sostanzialmente d'accordo tra loro più assai che non paiano. Coloro che, come Borsari e Vidari⁸⁰⁾, negano che le società irregolari possano fallire hanno ragione perché ed in quanto alludono al fallimento dell'*ente-società*, dotato di

80) BORSARI, n. 540 sopra citato. – VIDARI, I, 831: «una società di puro fatto non potrà mai cadere fallita, perché fallite non possono cader che le *persone fisiche* o gli *enti giuridici* che esistono secondo la legge». – Nello stesso senso in generale gli scrittori francesi (ALAUZET, n. 818; VAVASSEUR, n. 1032; BOISTEL, n. 361).

patrimonio proprio; quelli che sostengono che possono fallire⁸¹⁾ hanno ragione egualmente, finché, abbiano o no coscienza esatta di questa restrizione, essi considerano il fallimento dal solo punto di vista *formale*, benissimo applicabile alle società commerciali, per l'unità formale che esse presentano, anche prima e senza che siansi verificate le condizioni perché il loro patrimonio si elevi ad *ente giuridico*. Più esattamente pertanto deve dirsi che le società commerciali possono fallire, ma il loro fallimento si risolve nel fallimento delle persone che sono in esse solidariamente e illimitatamente responsabili. Il torto sta nel credere che si tratti di due tesi contrapposte, laddove non si deve vedere in esse che due parti, che si completano fra loro, d'un medesimo principio⁸²⁾. E come conseguenza logica di un tale erroneo apprezzamento non si è mancato naturalmente di applicare anche in tema di fallimento il famoso bisticcio: le società irregolari falliscono o

81) VIVANTE, n. 307, ma per le sole *collettive* e in *accom. semplice*, non così per le *anonime* (come si desume dal confronto fra questo e il n. 394). – Nello stesso senso cfr. LUCIANI, *Fallimento*, I, n. 107. Invece, secondo SRAFFA e MANARA, *anche le anonime*, dopo che quest'ultimo scrittore ha provato coll'art. 863 che il legislatore conosce anche un fallimento delle anonime. Se non che, secondo lo SRAFFA (p. 57), unico argomento per ammettere il fallimento delle anonime è il testo dell'art. 863 che lo suppone, e quindi non deve ammettersi fuori del caso ivi configurato; e siccome ivi non si configura punto il caso d'una società anonima ove manchi l'*atto pubblico* di costituzione, così, se l'irregolarità consiste in tale mancanza, il fallimento non può ammettersi. Più razionalmente il MANARA (nel *Dir. comm. loc. cit.* col. 33) ritiene che «quand'anche questo articolo non fosse scritto nella legge, quand'anche il legislatore non avesse espressamente supposto il fallimento d'una società anonima irregolare, l'interprete della legge avrebbe per forza dovuto ammetterlo. Se la società anonima, benché irregolare, può manifestarsi al pubblico e operare ... è chiaro che ove gli affari della società prosperino, i soci ne avranno i vantaggi ecc.».

82) Giustamente perciò la Cass. di Torino in causa del fallimento Algotino decise con una *prima* sentenza che la ditta, benché irregolare poteva e doveva essere dichiarata in fallimento (21 lugl. 1888, *Mon. Trib.* 1889, 54), ma con una *seconda* sentenza (6 febb. 1889, *Foro it.* 855) avvertì che il patrimonio sociale doveva in quel fallimento riunirsi a quello dei singoli soci falliti, poiché «la distinzione del patrimonio sociale dal patrimonio particolare dei soci la legge non l'ammette che nelle società legalmente costituite, ma la distinzione non ha luogo nelle società di mero fatto». Queste due sentenze dettero occasione al più volte menzionato studio del prof. ERRERA, il quale naturalmente le trova in contraddizione l'una coll'altra e non riesce a spiegare come si possa parlare d'un fallimento della società, che non sia anche sostanzialmente distinto da quello dei soci. Nel giusto senso merita d'esser consultata la sent. dell' App. Trani 21 dec. 1896 (*Foro it.* 97, 424), sebbene qualifichi la società irregolare come un *soggetto di diritti imperfetto* e invochi l'analoga della *trascrizione*, lo che trovammo (parlando della teoria del Gabba) non intieramente esatto. Nello stesso senso del resto può dirsi decisamente prevalente la nostra giurisprudenza. Ricorderò l'App. Casale 10 marzo 1890 (*Giur. Casal.* 275), altra decisione della Cass. Torino 24 maggio 1893 (*Giur. it.* 967) e altra dell'App. Trani 28 agosto 1893 (*Giur. it.* 1894, 198).

non falliscono, secondoché piace ai creditori di ritenerle capaci o no di fallire⁸³⁾!

20. Vediamo ora, alla applicazione dei singoli casi, gli effetti d'un siffatto fallimento.

a) E prima nelle società in nome *collettivo*. - Il patrimonio sociale non è che una comproprietà degli stessi soci, ciascuno per la sua quota. Il fallimento della società *come ente* non è concepibile, poiché essa non esiste. Ma appunto perché esiste la società come rapporto *di fatto*, implicante *unità formale*, può parlarsi di un *fallimento della società*, in quanto il tribunale può dietro una sola domanda e con una sola sentenza dichiarare il fallimento (da svolgersi con unità di procedura) di tutti i singoli soci che lo costituiscono; poiché a ciò basta *l'unità di rappresentanza*, che non è però *unità di patrimonio*. L'effetto è che i creditori individuali dei singoli soci possono opporsi, ciascuno per ciò che riguarda il proprio debitore, e in ogni caso concorrono in pari grado coi creditori sociali su tutto il patrimonio di ciascun socio fallito, compresa la quota di compartecipazione sociale. Vi hanno dunque *in sostanza* tanti fallimenti quanti soci, ma nessun fallimento *della società*, comunque la *dichiarazione formale* accenni al fallimento di questa⁸⁴⁾.

L'intende forse diversamente il Vivante? Non credo, poiché egli si guarda bene dall'enunciare che i creditori dei singoli soci siano tenuti a riconoscere siccome fallito il *patrimonio sociale* ed escluso perciò ogni loro diritto sul medesimo. Ma l'erronea costruzione adottata per spiegare il preteso *conflitto* fra creditori sociali e creditori individuali, conflitto derivante da una fantastica *facoltà d'opzione* concessa indistintamente agli uni e agli altri, e che solo *l'equità* può dirimere, doveva condurre l'egregio scrittore ad una inesatta

83) Infatti la fallibilità si dà spesso dagli scrittori francesi come conseguenza della regola che la nullità non può essere opposta ai terzi, e quindi rientra sotto il dominio di quella stravagante *facoltà d'opzione* di cui conosciamo il significato e il valore. Se ne desume che il fallimento della società può esser provocato dai creditori sociali *in presenza dei soci*, ma non *in presenza dei creditori particolari che si valgono del diritto d'annullamento* (PONT, n. 1275 LYON CAEN et R., *Traité* n. 239. – BOISTEL, n. 894 in f., PIC, *Faill. des Soc.* pag. 43). Nella stessa direzione sta, come ora vedremo, tra noi il Vivante.

84) Così infatti l'intese la Cass. di Torino nella sentenza 9 febr. 1889 sopra citata: «Ove queste società *falliscono*, non havvi in faccia ai terzi altro *patrimonio* che quello *dei singoli soci* ... *Dato il fallimento d'una società* che nella sua costituzione non siasi uniformata alla legge, chi risponde delle obbligazioni delle società *sono i soci*, ma non è la *società*, la quale non ha esistenza di faccia alla legge e ai terzi, né *patrimonio proprio*.

comprensione del conflitto medesimo anche in tema di fallimento. Se la inesistenza dell'ente società non è una tesi obbiettiva, ma soltanto il portato d'un *diritto d'opzione* del creditore particolare, che *per equità* deve prevalere all'identico diritto del creditore sociale, ne deriva logicamente che il primo potrà benissimo opporsi all'esercizio dell'opzione da parte di quest'ultimo, impedirgli cioè di far dichiarare il fallimento della società; ma una volta esercitata l'opzione da quest'ultimo col far dichiarare in fallimento la società e non fatta dal primo opposizione nei termini di legge, cioè lasciata passare in giudicato la dichiarazione di fallimento e con essa la dichiarazione d'*esistenza* della società, il creditore particolare non ha più alcuna opzione, e deve subire le conseguenze di una siffatta *esistenza*, conseguenze che il Vivante non enuncia, ma che logicamente divengono irricusabili⁸⁵⁾.

Ora ciò è doppiamente erroneo: da una parte, in quanto conferisce ai creditori particolari il diritto d'opporvi alla dichiarazione di fallimento della società solo in base alla *irregolarità* di questa, dall'altra (e con logica connessione) in quanto implica che, non spiegando tale opposizione, i creditori particolari restino esclusi da ogni concorso nel patrimonio sociale.

85) Tale costruzione si desume dal seguente passo che trascriviamo: «Il conflitto diviene più aspro quando la società e i soci cadono in stato di fallimento. Mentre i creditori sociali sostengono l'esistenza della società per farne dichiarare il fallimento, i creditori particolari la negano per poter esercitare il loro credito su tutto il patrimonio del debitore, anche su quella parte che fu conferita nella società; quale interesse dovrà prevalere in questo conflitto? In tale conflitto deve prevalere il diritto dei creditori particolari che si oppongono alla dichiarazione di fallimento della società illegalmente costituita, poiché l'art. 99 vieta ai soci, ma non ai creditori particolari dei soci, che esercitano un proprio diritto, di *opporre ai terzi la mancanza delle formalità* prescritte dalla legge. *Questi hanno diritto di contare su tutto il patrimonio del loro debitore, anche su quello che venne conferito nella società* (art. 1949 c. civ.), dacché i creditori sociali non possono invocare rispetto ai creditori particolari nessun diritto di prelazione *che ha per condizione l'esistenza d'un patrimonio sociale. Revocata la dichiarazione di fallimento della società illegalmente costituita*, i fallimenti dei soci resteranno completamente distinti, e per ciascuno dovrà fissarsi la data della cessazione dei pagamenti secondo il tempo in cui il fallito li ha realmente sospesi. I curatori di ogni fallimento ripeteranno la parte che spetta al fallito sui beni sociali, e quindi tanto i creditori particolari come i creditori sociali che hanno diritto alla responsabilità illimitata di ciascun socio faranno valere in concorrenza gli uni degli altri l'intero credito» (*ivi* p. 355, 356).

Ho detto che il Vivante quest'ultima conseguenza esplicitamente non enuncia⁸⁶); ora aggiungo che al suo senso giuridico, spoglio di preoccupazioni sistematiche, esso non si presenta affatto accettabile. Infatti là dove parla dell'interesse giuridico che hanno i creditori sociali a far dichiarare il fallimento della società egli si limita a dire che tale interesse consiste «nell'istituire una sola procedura di fallimento nella sede sociale e a far fissare una sola data di cessazione dei pagamenti per tutti i soci» (p. 351). Evidentemente o qui o mai più altrove era il caso di far risaltare l'interesse dei creditori sociali a distinguere il fallimento della società da quello dei soci, *per escludere ogni concorso di creditori particolari*. Invece l'interesse d'istituire una sola procedura è altrettanto legittimo, quanto poco lesivo dei diritti dei creditori particolari, i quali non avrebbero ragione di fare solo per ciò opposizione. E quanto alla unicità della data di cessazione, essa è, a senso nostro⁸⁷), una inesattezza anche applicata al fallimento delle società regolari, non essendovi ragione di togliere ai creditori particolari il diritto di far risalire p. e. a data più remota la cessazione dei pagamenti del loro debitore, solo perché la società di cui egli era socio non si trovava ancora in tale stato.

Dunque non sussiste che i creditori particolari del socio possano opporsi al fallimento della società, *solo* perché questa è irregolare, poiché da ciò nessun danno apprezzabile può loro derivare, e quindi non è vero che vi siano due interessi in conflitto. Il diritto che loro spetta *di contare su tutto il patrimonio del loro creditore, compreso quello che venne conferito in società*, e di *opporre* perciò ai terzi *la mancanza delle formalità a senso dell'art. 99* non può essere compromesso da quella dichiarazione di fallimento. Questa dichiarazione non può creare un patrimonio che non esiste, e non può perciò conferire ai creditori sociali un diritto di prelazione *che ha per condizione l'esistenza d'un patrimonio sociale*⁸⁸). È illegittimo

86) Esplicitamente l'abbraccia invece lo SRAFFA (*Fallim. delle Società* pag. 268). E soprattutto l'ERRERA (Il *fallim. delle Società irregolari* nel *Dir. Comm.* 1890 p. 785 e segg.), il quale logicamente non ammette neppure il diritto d'opposizione al fallimento da parte dei creditori particolari, poichè per lui, come vedemmo, nessun *conflitto* esiste fra questi e i creditori sociali, i quali soltanto hanno ragione di sostenere la perfetta esistenza della società. All'ERRERA hanno fatto adesione il MASÈ-DARI (*Fallimento* p. 374-376, sebbene a pag. 371 par che dica il contrario) e il CUZZERI (*Fallimento* n. 989).

87) E abbiamo in ciò d'accordo lo SRAFFA, *Fallim. delle Società*, p. 167.

88) V. il citato brano del VIVANTE, nel quale implicitamente, ma chiaramente, si riconosce che manca nelle società irregolari un *patrimonio sociale* in senso giuridico.

pertanto il subordinare la tutela dei creditori particolari e il loro diritto sui beni sociali alla condizione della *revoca del fallimento*, come è illegittimo dar loro il diritto a tante distinte procedure con altrettanti curatori.

b) Nelle società in *accomandita semplice*, l'effetto del fallimento è il medesimo che nelle *collettive*, limitatamente ai soci *accomandatari*. Ma con questo di più: che siccome il patrimonio sociale è in parte comproprietà anche degli *accomandanti* (per ciò che vi hanno immesso e per la quota d'utile), di cui quelli sono *mandatari*, così il fallimento involge senz'altro nella procedura di liquidazione anche quella parte. Ma ciò s'intende nel senso che sulle singole quote spettanti agli accomandanti (considerate come se fossero dei loro *crediti*), concorrano insieme coi creditori sociali i rispettivi creditori particolari. Inoltre i soci accomandanti sono anche debitori di ciò che hanno promesso e non versato, e la legge dice che essi *non possono opporre ai terzi la mancanza delle formalità*, per sottrarsi ai loro impegni nella società (art. 99 cap. 3). Quindi la loro quota di apporto non versata si riunisce in ogni caso, *in quanto ve ne sia bisogno* (arg. art. 852), alla quota loro spettante nella liquidazione, in tante masse distinte quanti sono gli accomandanti stessi, e su di esse i creditori sociali e i creditori individuali concorrono a parità di condizioni.

I creditori sociali dell'accomandita hanno dunque dinanzi a sé: 1.° in pari grado i patrimoni degli accomandatari e il fondo sociale esistente: 2.° gli ulteriori versamenti degli accomandanti. Ma sempre in concorso coi creditori particolari degli uni o degli altri, secondo che si tratti di fondi (o di quote) agli uni o agli altri spettanti.

c) Finalmente nelle società *anonime* irregolari il fallimento *della società* si risolverebbe, secondo il De Bossi,⁸⁹⁾ nel fallimento *degli amministratori*.

Ma, osserva giustamente il Manara (*loc. cit.* pag. 37), ciò non è ammissibile, poiché gli amministratori, non operando in nome proprio, non sono commercianti, epperció non sono passibili, come tali, di fallimento. Quindi è più giusto dire che normalmente in tali falli-

89) V. sopra nota 2.

menti non vi ha nessuna *persona fallita*; si ha un caso (diciamo pure) di procedura fallimentare senza fallito. Anche nelle società anonime *regolari* il fallimento ha quasi esclusivamente un significato procedurale; tanto che è stato per lungo tempo contestato che esso fosse loro applicabile⁹⁰, e in qualche legislazione è loro triplicato con norme affatto speciali. È il caso perciò di dire che il fallimento delle società anonime irregolari è un fallimento *puramente formale*. Gli amministratori del patrimonio sociale: 1.° sono vincolati a tutti i divieti e le prescrizioni che derivano dallo stato di cessazione dei pagamenti, perché questo stato non è il loro, ma bensì del patrimonio da loro amministrato, e che è commerciale per la destinazione impressagli dai suoi comproprietari; 2.° offrono il substrato personale occorrente allo svolgimento della procedura, a sensi dell'art. 849 cod. comm.

Ma dopo ciò (e questo è il punto essenziale) il *patrimonio sociale* non si liquida già a favore dei creditori sociali; non ha luogo cioè l'applicazione dell'art. 850. Bensì su di esso, completato, ove occorra coi versamenti non ancora fatti, e considerato come distribuito a ciascun azionista, concorreranno *pro rata* i creditori sociali e individuali di ciascuno. D'altronde questo diritto non può negarsi ai creditori sociali. Imperocché non può disconoscersi negli azionisti (in forza del contenuto dell'*atto costitutivo* e delle deliberazioni dell'assemblea, di cui all'art. 134) la qualità di *mandanti*, benché a *responsabilità limitata*, degli amministratori. Il capitale fu loro affidato appunto per lo scopo di amministrarlo e aumentarlo, e con ciò di farne la prima e immancabile garanzia di chi intese contrattare colla società.

Nel capitale sociale entrano normalmente anche le quote non versate delle azioni. Tuttavia rapporto ai versamenti non ancora effettuati la legge distingue: se la irregolarità dipende dal *mancato deposito dell'atto costitutivo*, ogni azionista dopo tre mesi acquista il diritto di sciogliersi da ogni obbligazione; se invece il deposito fu effettuato, e la irregolarità dipese solo dalle mancate iscrizioni di cui agli art. 94 e 95, gli azionisti non possono più sottrarre ai creditori sociali l'apporto che costituisce la loro quota di contributo sociale; però agli ulteriori versamenti non possono esser costretti che in caso di bisogno, cioè se né il fondo già esistente, né l'esecuzione sul patrimonio degli amministratori,

90) Cfr. PIC, *op. cit.* p. 26 e segg.

resi personalmente responsabili dal fatto delle omesse formalità, hanno bastato a soddisfare il passivo sociale (arg. art. 852).

Cosicché si hanno tre masse distinte da escutere successivamente: 1° il fondo sociale esistente; 2° i patrimoni degli amministratori; 3° i decimi non versati⁹¹⁾. Ma se sulla seconda è naturale che i creditori sociali trovino il concorso dei creditori particolari degli amministratori, non è meno naturale che sulla prima e sulla terza trovino il concorso dei creditori degli azionisti, perché le quote spettanti a ciascuno d'essi sul patrimonio sociale sono pur sempre quote di *comproprietà*, di *comunione*, su cui nessun diritto di *prelazione* ha potuto costituirsi a favore dei creditori sociali⁹²⁾.

91) Se si tratta di *accomandita per azioni*, la sola differenza è che il *patrimonio degli accomandatari falliti* va in pari grado col *fondo sociale*, e questo si ripartisce anche con loro, e quindi coi loro creditori particolari.

92) Molto si accosta a questa nostra esposizione quella che sinteticamente riassume il BOISTEL, parlando appunto degli effetti del fallimento nelle diverse società irregolari – «Les associés *en nom* sont copropriétaires du fonds social dans la mesure de leurs mises; il faut donc repartir d'abord ce fond social entre eux dans celle mesure; puis, sur la part de chacun d'eux et sur leurs biens personnels réunis, nous ferons concourir à la fois ses créanciers personnels et les créanciers sociaux agissant solidairement contre cet associé et figurant par conséquent à son passif pour l'intégrité de leur créances. – Quant aux *commanditaires* ou *actionnaires*, qui ne peuvent être tenus des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leurs mises, il faudra, en l'absence du corps moral, les considérer comme créanciers de ces mises à l'encontre des gérants ou des fondateurs et administrateurs; et ils seront censés exercer cette action sur la masse des biens du gérant ou fondateur, concurrentement avec les créanciers sociaux agissant pour l'intégralité de leur créances; un dividende sera ainsi de terminé; puis sur le dividende afférent à chaque associé, les créanciers personnels concourront avec les créanciers sociaux au prorata de leurs créances propres» (n. 361). Il difetto principale di questo sistema consiste, secondo me, nell'evitare di parlare di *fondo sociale*, e nel considerare addirittura i soci capitalisti come creditori personali della rispettiva *messa* verso i gestori. I beni sociali, anche in una società irregolare, sono *di fatto* distinti dai beni dei gestori. Ora se la società ha consumato tutto il suo patrimonio prima di fallire, non è giusto che i soci capitalisti figurino creditori della loro *messa* e concorrano coi creditori sociali sul patrimonio d'ogni gestore; la responsabilità personale dei gestori e verso i terzi, non verso di loro (salva la eventuale e ben distinta azione in responsabilità verso gli amministratori delle anonime, art. 147). Viceversa se il patrimonio sociale supera il valore delle messe, non c'è ragione di escludere i soci capitalisti dal diritto di parteciparvi. Inoltre il BOISTEL non si occupa della parte di capitale non versato. - Anche più semplicemente se n'escie l'avv. GALEOTTI nella lodata monografia sulla *Condizione dei creditori nel fallimento delle società di fatto*: «Il concorso (egli dice) dei creditori sociali e particolari sull'attivo di una società di fatto non avviene indistintamente in una sola massa, ma considerandolo come *comproprietà* dei soci *in proporzione del versamento effettuato*. Accertata a questo modo la quota di ciascun socio, sopra la quota e sopra i beni particolari del singolo socio si faranno concorrere insieme i creditori personali e i creditori della società che hanno diritto di agire solidalmente contro tutti i soci (art. 98). Così verranno a formarsi tante masse per quanti sono i soci, e in ciascuna di esse verranno a concorso *pro rata* i creditori personali del socio coi creditori della società» (*loc. cit.* in fine).

21. In conclusione, noi consideriamo la società di commercio irregolare come una società civile perfezionata e come una società commerciale in embrione. La nota che la distingue dalla prima è la sua *unità formale*, derivante dal suo modo speciale di costituzione. Con ciò è dato il simulacro, la configurazione esterna dell'ente, non però ancora l'ente; il quale non si ha che in embrione ed ha bisogno, per nascere, delle formalità ordinate a questo scopo dalla legge.

Quando si parla di *società*, la mente si rivolge per una duplice direzione; o si parla del *contratto* sociale, dei rapporti che esso genera tra soci, o tra soci e terzi, del vincolo che li unisce, dei diritti e degli impegni che ne derivano; o si parla d'una formazione giuridica a cui questo contratto dà occasione, d'un nuovo *subbietto* di diritti e di obbligazioni, d'un *ente* patrimoniale distinto dai patrimoni dei soci, e operante in modo autonomo nel mondo giuridico. La volontà dei soci, diretta a questa formazione, non è per sé sola sufficiente a produrla, mentre tutte le conseguenze che si collegano al *contratto* sono legittimate dalla sola volontà dei soci. Soltanto *l'uomo* nel diritto moderno può affacciarsi nel mondo con una personalità giuridica sua propria e innata; ogni altra unità patrimoniale ha bisogno della consacrazione della legge, ed in tanto è persona giuridica in quanto la legge la riconosce come tale. Una società non è persona giuridica se non si costituisce legalmente colle forme volute dal codice di commercio.

Finché tale costituzione non è perfetta, la persona non si produce, ma il contratto può foggiare la collettività dei soci con norme tali da darle l'impronta di una perfetta unità. Questa unità si riferisce al funzionamento esterno della collettività, ma non va più in là dell'organizzazione d'una *rappresentanza*, cioè d'un apparato meramente *formale*. Dietro alla rappresentanza, chi vive, chi contratta, chi si obbliga sono le persone dei soci, i membri della collettività, cioè i loro rispettivi patrimoni, sia esponendosi intieramente, sia con una limitata parte di sé stessi. Il patrimonio sociale è l'involucro d'una massa di patrimoni o frammenti di patrimoni, non ancora *un* patrimonio con propria individualità giuridica.

La società *irregolare*, che *come contratto* è messa dal legislatore in un livello più basso della società civile, inquantoché, come sanzione

appunto dell'inadempienza delle formalità, la legge conferisce ai singoli soci il diritto di *sciogliersi* a piacere dalla società o perfino di *sciogliere la società, come organizzazione* possiede al più alto grado questa unità formale di rappresentanza, che le dà tutte le apparenze di una persona giuridica. Distinguere da questa unità *formale* l'unità *sostanziale* (personalità) che manca, onde evitare da una parte di dare un significato troppo ampio all'*esistenza* della società, e dall'altro di sacrificare anche questa esistenza di unità formale alle esigenze logiche dell'assenza di personalità giuridica, ecco lo scoglio che ha reso sempre difficile lo studio di questa speciale figura che è la società di commercio irregolare, e che ci sembra possa evitarsi, solo tenendo presenti i principi da noi esposti.

Con ciò non pretendiamo d'aver detto cose nuove. Al contrario: abbiám voluto soltanto, per quanto era in noi, dare l'allarme contro una erronea direzione teorica, sempre più marcata nella nostra dottrina, e che ha traviato le menti dei nostri migliori commercialisti. E abbiamo tentato di rintracciarne le origini e di metterne al nudo i difetti, e ciò con tanto maggior libertà d'apprezzamento, quanto più profonda è la stima che professiamo verso gli scrittori da noi combattuti.

Roma, marzo 1897.

La cessazione dei pagamenti e l'art. 705 cod. comm.

Gustavo Bonelli

(*Foro italiano*, 1898, p. I, col. 731-755)

CORTE DI CASSAZIONE DI TORINO

Udienza 12 maggio 1898;

Pres. CUNEO, Est. MARANGONI;

Forno c. Ditta Massone.

Fallimento – Continuazione dei pagamenti con mezzi rovinosi o fraudolenti – Dichiarazione di fallimento – Commerciante morto (Cod. comm., art. 683, 705, 690).

Non solo agli effetti della retrodatazione, ma anche per la pronunzia del fallimento, deve equipararsi alla effettiva e materiale cessazione dei pagamenti la continuazione dei medesimi con mezzi rovinosi o fraudolenti. (1)

Quindi può essere pronunziato nel termine di legge il fallimento di un commerciante morto senza aver sospeso i pagamenti, quando risulti che egli vi abbia fatto fronte con mezzi rovinosamente o fraudolentemente procurati.

(1) Da questa sentenza della Cassazione di Torino, il cui testo leggesi a col. 568 e segg. di questo volume, il nostro esimio collaboratore AVV. GUSTAVO BONELLI ha preso occasione per uno studio sulla cessazione dei pagamenti, specialmente in rapporto all'art. 705 cod. comm., che siamo ben lieti di pubblicare.

I.

Ci fu sotto il passato codice una giurisprudenza che, prendendo in senso troppo materiale la *cessazione dei pagamenti*, ebbe a decidere che «il commerciante che soddisfa *comunque* ai suoi

impegni non può dirsi in stato di fallimento, quand'anche a questo fine ricorra ad operazioni rovinose o fraudolente»¹⁾. La questione però era vivamente controversa²⁾; e la controversia risale alla dottrina e giurisprudenza *francese*³⁾. Il nuovo codice ebbe l'ottimo proposito di toglierla di mezzo, e di qui l'origine dell'art. 705 cod. comm. così concepito:

«Il solo rifiuto di alcuni pagamenti per eccezioni che il debitore in buona fede possa credere fondate non è prova della cessazione dei pagamenti; *ed il fatto materiale di una continuazione di pagamenti con mezzi rovinosamente o fraudolentemente procurati non impedisce la dichiarazione che il commerciante fosse realmente in stato di cessazione dei pagamenti*»⁴⁾.

Ma questo articolo ha sollevato una gran disputa fra i nostri scrittori, occasionata in parte dalla non troppo lodevole collocazione e formulazione dell'articolo stesso, ma più di tutto motivata dall'inesatto significato che si continua ad attribuire alla *cessazione dei pagamenti*, non solo da chi nega, ma perfino da chi approva la così detta teorica degli *equipollenti*.

Prima di esaminare l'articolo in parola sarà bene pertanto fermarsi alquanto su questa *vexata quaestio* del significato racchiuso nella espressione *cessazione dei pagamenti*.

Cerchiamo anzitutto di ricavare questo significato dal testo della legge.

1) V. per ultimo Cass. Torino, 18 maggio 1883 (*Annuario di dir. comm.*, I, n. 41; *Foro it.*, Rep. 1883, voce *Fallimento*, n. 26).

2) V. in senso contrario, e prevenendo l'attuale art. 705, App. Genova 27 marzo 1876 (*Legge*, I, 875), e App. Venezia 6 aprile 1879 (*Monit. giud.* di Venezia, 1879, 267; *Foro it.*, Rep., 1879, voce *Fallimento*, n. 26). Anche la Cassazione di Roma 11 settembre 1877 (*Foro it.*, 1878, I, 141) noverava fra gli *equipollenti* delle inadempienze, ma con un *forse*, anche il caso in cui «trattandosi di un patrimonio irreparabilmente dissestato, si continui per alcun tempo ad eseguire i pagamenti, ma si eseguiscono nello scopo di liquidare d'accordo con pochi creditori a danno degli altri le attività che rimangono al fallito, onde distribuirle con ingiusta preferenza ai consiglieri della frode, lasciando insoddisfatti gli altri creditori».

3) Per le due opposte tendenze in Francia si possono vedere Alauzet (n. 2407) da una parte e Bravard (*Faillite*, p. 22) dall'altra. Su questo punto del resto la giurisprudenza è piena di arresti di *specie*, e la dottrina anche degli ultimi tempi, in Francia, si tiene in termini vaghi e generali.

4) Giustamente notava del resto in proposito di questo articolo la Cassazione di Roma, 5 marzo 1885, che esso «aggiunse una norma direttiva *propria dell'istituto*, e non già una *disposizione nuova e riformatrice*» (*Legge*, 1885, II, 74; *Foro it.*, Rep. 1885, voce *Fallimento*, n. 34).

Da più articoli del codice si rileva manifestamente che il legislatore intese alludere ad uno *stato*, a un modo d'essere, a una condizione patrimoniale del debitore. Già lo stesso art. 705 ha letteralmente la frase «*stato di cessazione dei pagamenti*» e la identica espressione ricorre nell'art. 709 n. 1 («lo *stato di cessazione dei pagamenti in cui si trovava* il commerciante») e nell'art. 848 («se la società non *sia in stato di cessazione dei pagamenti*»). E che si tratti di una condizione *patrimoniale*, avente un contenuto proprio, e non di una condizione qualificata dalla sola circostanza di esser preceduta da un qualche *fatto* del debitore senza influenza sul modo di esser del suo patrimonio, risulta dalla ulteriore specificazione che di questo stato si dà nell'art. 683, *in cui è detto*: «il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti è *in stato di fallimento*» - ove è chiaro che la frase *stato di fallimento* coincide perfettamente coll'altra *stato di cessazione dei pagamenti*, e, comunque sotto un certo punto di vista censurabile⁵⁾, serve però mirabilmente a meglio determinare, come vedremo, quest'ultimo, a darci, cioè, il contenuto vero dello stato di cessazione.

Ma la legge non si ferma a questo primo significato. In altri articoli del codice *cessazione dei pagamenti*, o più incisivamente, *cessare di fare i suoi pagamenti* significa non più lo stato medesimo, ma quel contegno del debitore che costituisce l'*elemento rivelatore*, il *presupposto* di quello stato.

Questo è già il senso della frase nel citato art. 683, e in questo senso l'art. 687 vuole che il creditore per ottenere la dichiarazione di fallimento del debitore ne *dimostri la cessazione dei pagamenti*, e più esplicitamente l'art. 688 autorizza alla dichiarazione d'ufficio il tribunale stesso, una volta accertato che il commerciante *abbia cessato di fare i suoi pagamenti*. Similmente l'art. 690 subordina la dichiarazione del fallimento del commerciante in ritiro alla condizione che *la cessazione dei pagamenti abbia avuto luogo* durante l'esercizio del commercio.

5) È censurabile, perché l'espressione *fallimento* dovrebbe esser riservata esclusivamente a denotare lo stato di cessazione *giuridicamente riconosciuto e proclamato* all'effetto d'iniziare la liquidazione del patrimonio, perciò dopo la *dichiarazione*. Però essa vale a marcare l'identità di contenuto fra i due stati: lo stato di diritto e lo *stato di fatto* del fallimento. Allo stesso modo nell'art. 686 è chiamato *fallito* il debitore a cui si fa obbligo di dichiarare l'avvenuta cessazione.

In questi ed altri passi la cessazione non è più veramente uno *stato*, ma un *avvenimento* che si svolge, qualche cosa che va succedendo (però senza precisa delimitazione di tempo), e per opera del debitore; un suo *modo d'agire*, di comportarsi, di condursi, da cui si desume il presupposto per la dichiarabilità del fallimento; l'*elemento* dunque *rivelatore*, come dicevamo, dello stato di cessazione.

Ma v'è anche un terzo senso. La legge chiama replicatamente *cessazione* anche *il momento da cui decorre* lo stato di cessazione; essa accenna molto spesso al *giorno* o alla *data della cessazione* o *in cui ebbe luogo la cessazione*, ordinariamente all'effetto di poter determinare retroattivamente la durata di questo stato (art. 704, 706, 707, 709, 711), ma una volta anche per l'effetto di farne decorrere l'obbligo di dichiarare il fallimento, o meglio il periodo di mora dato al debitore per evitare le sanzioni penali annesse a un tale obbligo (art. 686 «entro *giorni* tre dalla cessazione dei pagamenti, compreso *quello in cui cessarono*», e art. 857 n. 3). Con ciò sembra alludersi logicamente a un *fatto singolo*, poiché un avvenimento che deve rinserrarsi nel breve spazio d'un giorno difficilmente potrà qualificarsi come un *contegno*, un modo di condursi del debitore, ciò che implica logicamente un complesso di fatti. Tuttavia non è senza importanza osservare che in questo terzo senso l'espressione è sempre usata in una forma impersonale, obbiettiva; si parla della data *della cessazione* o del giorno in cui i *pagamenti cessarono*, non del giorno in cui *il debitore cessò* di pagare; quasi premesse al legislatore evitare un'espressione che facesse necessariamente pensare a un *fatto singolo del debitore*.

Cosicché una stessa frase allude nella legge a tre diversi concetti, o meglio, momenti d'un medesimo concetto: 1° un certo *stato* obbiettivo patrimoniale avente il contenuto dello stato di fallimento; 2° l'*elemento rivelatore* di un tale stato, vale a dire, ciò che occorre provare (il presupposto di fatto) per indurne l'esistenza; 3° il *momento iniziale* del periodo di tempo occupato dallo stato medesimo.

Non è certo lodevole questa equivocità di espressione in una legge, e meno ancora lo sarebbe in una esposizione scientifica. Tuttavia essa è spiegabile, e la spiegazione se ne ha

nella preoccupazione del legislatore di marcare la caratteristica differenziale dell'insolvenza *commerciale* dalla ordinaria. Questa caratteristica, la quale modifica il contenuto generico dello stato di insolvenza, lo specializza, ne subordina la prova a speciali manifestazioni e constatazioni, è quella che si raccoglie appunto nella formula tradizionale *cessazione dei pagamenti*. Un'analisi di questa nozione avrebbe portato naturalmente a distinguere, anche nella nomenclatura, il contenuto obbiettivo di essa dai suoi segni rivelatori e dal suo limite iniziale. Ma la difficoltà e complicatezza di questa analisi rendono scusabile il riservo del legislatore o l'abuso della formula consacrata dalla tradizione, per adattarla a ognuno di questi significati.

Ma ciò di cui la legge non può rendersi davvero responsabile, perché sarebbe l'assurdo, il quale non può mai attribuirsi al legislatore, si è di aver ritenuto un concetto equivoco e variabile dello stesso *stato* di cessazione; in altri termini, di aver ammesso più e diversi *stati di cessazione*, a seconda delle persone da cui muove il rilievo di tale stato, o a seconda degli effetti per cui viene rilevato. Lo *stato di cessazione* non può avere che un contenuto unico, appunto come ha una sola definizione, che è quella dell'art. 683. Non si può essere in stato di cessazione di fronte ad alcuni e non esservi di fronte ad altri; esservi per certi effetti o non esservi per certi altri; lo stato di cessazione ha una esistenza obbiettiva, e potrà non manifestare certi effetti in alcune circostanze, o anche non manifestarsi affatto esso stesso; ma non mai essere e non essere ad un tempo.

Ora è appunto a questo assurdo che in grado maggiore o minore mettono capo le teorie che intendono la cessazione dei pagamenti in un senso *materiale*. Queste teorie possono ridursi a due, tra loro ben distinte. L'una dice: il significato naturale (non certo però il significato storico, come vedremo) della formula ci costringe a pensare alle inadempienze, ai rifiuti di pagamento, come soli segni rivelatori ammessi dalla legge per l'insolvenza del commerciante, capace di costituirlo in fallimento; non si può perciò in nessun caso dichiarare fallito un commerciante che non siasi reso materialmente inadempiente. – L'altra si spinge ben più innanzi, e prende addirittura l'inadempienza, cioè il fatto singolo del rifiuto di pagamento (rifiuto, s'intende, *ingiustificato*

di pagamento *commerciale*), come base unica e sufficiente (almeno in certi casi) della dichiarazione di fallimento; vale a dire che l'inadempienza è la *causa* del fallimento, e lo stato di cessazione non è che lo stato di chi si è reso inadempiente e che va *perciò* dichiarato fallito. Siccome poi tutte e due le teoriche devono necessariamente ammettere che in forza dell'art. 705 esiste anche una cessazione dei pagamenti conciliabile colla *materiale continuazione dei pagamenti*, così esse devono logicamente riconoscere almeno *due* stati di cessazione, ciascuno col suo proprio effetto, uno inteso in senso *materiale* e perciò incompatibile colla *materiale continuazione*, un altro in senso non materiale; uno consacrato nell'art. 683, l'altro nell'art. 705.

Cominciamo dall'esaminare la seconda teorica come più divergente dalla nostra e dalla opinione tradizionale e comune. Essa è rimasta isolata, ma porta un nome autorevole nella nostra scienza del diritto commerciale, quello del prof. Bolaffio⁶⁾, e meriterebbe per ciò, ed anche per la vivacità con cui egli la sostiene, una discussione più minuta e dettagliata di quella che le esigenze di una nota possono qui permettermi.

II.

Nel concetto del Bolaffio il fallimento è essenzialmente un modo d'*esecuzione*, non già soltanto come procedimento obbiettivo, e nel suo intento finale, che è di riuscire alla liquidazione del patrimonio del debitore, ma anche (ciò che è caratteristico) nel suo movente giuridico originario. Infatti esso è motivato da una inadempienza ingiustificata di un debitore commerciante verso un creditore pure

6) Dapprima l'illustre e brillante professore ha sostenuto, e forse con qualche esagerazione, la teorica diametralmente opposta, per cui non solo la cessazione implica uno stato generale e duraturo di non solvenza del commerciante, ma di questa devono anche ammettersi eventualmente indizi parimenti efficaci delle inadempienze mercè fatti *equipollenti* (V. le sue note su questo tema nel vol. I dell'*Annuario di dir. comm.*, 1883). Cambiato indirizzo, s'è lasciato trascinare dalla forza della logica là dove nessun altro scrittore prima di lui era arrivato (V. specialmente il commento al tit. del *fallimento* nel *Cod. di comm. commentato* del CASTAGNOLA, che per questa prima parte del titolo stesso è opera sua).

commerciante, a cui la legge concede, oltre gli ordinari, questo mezzo privilegiato di esecuzione del suo credito⁷⁾.

Si ritornerebbe così al concetto informativo del procedimento concorsuale romano nella *bonorum venditio*. Questo in fatti presupponeva immancabilmente una inadempienza e un giudizio intentato in seguito di essa. La contumacia del debitore autorizzava allora il creditore a immettersi in possesso dei beni di lui e a venderli per soddisfarsi. E ciò faceva posto incidentalmente al concorso degli altri creditori. Poscia il provvedimento si applicò anche verso il non contumace che non dava esecuzione spontanea al giudicato. E ancora al debitore che invitava egli stesso i creditori a prender possesso dei beni (*bonorum cessio*). Quest'ultimo caso incomincia già ad alterare il carattere meramente esecutivo del procedimento, mescolandovisi l'apprezzamento spontaneo della propria *insufficienza* da parte del debitore e il contemporaneo affacciarsi di tutti i creditori nel processo. Ma in diritto romano questa separazione del procedimento concorsuale dall'esecutivo, del concetto d'*insolvenza* da quello d'*inadempienza*, non si verificò mai completamente. Anche la *cessio bonorum* presupponeva una inadempienza⁸⁾. Fu il diritto statutario italiano che, sotto lo pressioni del commercio, compié la separazione anzidetta, e cominciò a rivolgere le sue preoccupazioni, non più soltanto all'*inadempienza* delle obbligazioni, ma anche all'*impotenza* di adempierle, lasciando a difesa del creditore singolo i mezzi d'esecuzione singolare contro l'*inadempiente*, e rivolgendo la difesa collettiva (senza pregiudizio

7) «Quando il debitore (così l'egregio professore al n. 6 del suo *Commento*, p. 15) non soddisfa un'obbligazione commerciale e non adduce eccezioni speciali a quella obbligazione le quali dimostrino almeno la sua buona fede nel ritenere di non doverla soddisfare, *egli ha cessato i pagamenti*». E più sotto: «Il creditore contro il credito del quale non si elevino eccezioni ha diritto o di ricorrere ai mezzi di esecuzione ordinaria per ottenere ciò che gli è dovuto, oppure a quel mezzo di esecuzione più efficace che la legge attribuisce ai crediti commerciali in confronto d'un commerciante, e cioè *alla dichiarazione di fallimento*». Se si pretende di più da lui la prova che quel difetto di pagamento proviene da impotenza a pagare «non si sta più attaccati al *fatto materiale* della cessazione dei pagamenti, ma si prende a criterio l'*impotenza* del debitore, sia pure esteriormente manifestata colla cessazione dei pagamenti. E si entra in quelle indagini preventive che il legislatore volle assolutamente escluse». Il creditore che chiede il fallimento del suo debitore ha da dar la prova della asserta cessazione «e la dà *concludenter* (così al n. 8, p. 20) ognoraché stabilisce che gli fu rifiutato il pagamento alla scadenza, e non per eccezioni opposte od opponibili al credito da lui vantato».

8) ULPIANO, alla L. 8 Dig., 42, 3: «*Qui cedit bonis antequam debitum agnoscat, condemnetur vel in jus confiteatur, audiri non debet*».

della individuale) contro *l'insolvente*. È appunto a quest'epoca che risalgono le origini della così detta *cessazione* del commerciante, considerata come forma e *stato d'insolvenza*, e accuratamente distinta dal fatto dell'inadempienza. Da quel momento il procedimento concorsuale fu anzitutto ed essenzialmente *assicurativo*, ed ogni *creditore* ebbe facoltà di provocarlo.

Le successive evoluzioni modificarono alquanto il concetto dell'insolvenza commerciale⁹⁾ ma non tolsero che essa rimanesse pur sempre la base e il presupposto legale del procedimento di concorso sui beni del debitore. Oggi pertanto parlare di fallimento basato sull'inadempienza e avente funzione di mezzo *esecutivo* per il creditore non pagato, è, o ci sembra, un vero anacronismo¹⁰⁾.

De iure contendo, e per i bisogni della teoria, è innegabile il guadagno che colla tesi del Bolaffio si farebbe in semplicità e determinatezza, sostituendo a un criterio della cessazione del tutto vago e arbitrario, com'è l'apprezzamento dell'insolvenza commerciale, un fatto positivo e palpabile, com'è quello del *protesto* o del rifiuto di pagamento. Ma è anche certo che questo desiderato della teorica si tradurrebbe in pratica molto spesso in un vero sovvertimento dei principi di giustizia. Da una parte si avrebbero commercianti dichiarati falliti affatto prematuramente, per un disappunto isolato e prontamente riparabile. Dall'altra si aprirebbe il campo a mettere in essere con impunità tutte le frodi possibili, pur di evitare una inadempienza verso un creditore più risoluto o minaccioso. Anche correggendo la teoria del Bolaffio col rinunciare a vedere nel fallimento un *modo d'esecuzione*, e ammettendo per ciò qualunque creditore, e non il solo creditore insoddisfatto, a chiedere il fallimento del debitore non appena ed a

9) V. *infra* nota 17.

10) Noi non neghiamo che il fallimento sia nel suo complesso un procedimento diretto alla *esecuzione* del patrimonio, dal momento che tende e riesce alla liquidazione forzata dei beni del debitore. Ma non è parlando d'*esecuzione* in questo senso che il BOLAFFIO potrà dire, come dice, e con ragione, che egli «si allontana dalla opinione più generalmente ricevuta» (*Comm.*, n.3). Per *esecuzione* nel senso proprio e originario s'intende l'esecuzione forzata della obbligazione, che un creditore si procura col braccio forte della legge contro il suo debitore inadempiente (esecuzione del credito). Essa è perciò un mezzo di procedura essenzialmente individuale. Ora è questo il senso in cui l'opinione più generale si ricusa, e giustamente, di considerare come un'esecuzione il giudizio diretto da un creditore alla dichiarazione di fallimento del debitore, comunque ognuno riconosca che l'esecuzione, cioè la liquidazione generale del patrimonio, costituisca lo scopo e il risultato del complessivo procedimento che ne consegue, nell'interesse però di tutti i creditori.

patto che possa provare avvenuto *un* rifiuto di pagamento, questi inconvenienti restano solo di poco affievoliti, se pure talora non aggravati.

Contro questa tesi applicata al nostro diritto vigente sta, oltre la tradizione del diritto commerciale italiano, l'espressione stessa della legge, la quale dicendo «cessazione *dei pagamenti*» in plurale dimostra con ciò stesso di aver riguardo al contegno del debitore di fronte ai creditori in genere, non già di fronte a un determinato creditore¹¹⁾.

Sta l'art. 683, che dà lo stato di cessazione come uno *stato di fallimento*, cioè come uno stato patrimoniale d'insolvenza, obbiettivo, di fronte a tutti i creditori, non come una semplice posizione di *mora* verso un creditore¹²⁾.

Sta l'art. 687, che ammette *ogni creditore* commerciale a chiedere il fallimento *dimostrando la cessazione dei pagamenti*; lo che significa che questa è qualche cosa d'estrinseco al creditore e non si confonde colla sua semplice ragione di credito, non va soltanto provata, ma dimostrata¹³⁾.

Sta l'art. 693, per cui l'opposizione del debitore alla dichiarazione del fallimento si propone non già contro il creditore che la provoca,

11) Dire che non soddisfacendo una obbligazione il commerciante ha *cessato i suoi pagamenti* sarebbe cosa non rispondente nemmeno al senso del verbo *cessare*, il quale ha necessario e logico riferimento a una *serie* d'inadempienze. Si può dire che *cessare di pagare* stia a *rifutare di pagare*, come *latitare* stava a *latere* di cui ULPIANO diceva: «*latitare est cum tractu aliquo latere, quemodum factitare frequenter facere*» (l. 7 § 8 D, 42, 4).

12) Non è sufficiente obbiettare la possibilità d'una dichiarazione di fallimento provocata da un creditore *unico*. Poiché né si può escludere *a priori* l'esistenza di altri creditori *attuali*, né soprattutto si può fuorcludere a quel creditore la via di dimostrare che la cessazione dei pagamenti rimonta ad un'epoca in cui esistevano altri creditori, i cui pagamenti devono esser revocati. Tuttavia è molto dubbio che, senza il ripristinamento di una *massa*, si possa tirare innanzi una procedura fallimentare. La questione non può esser qui che accennata.

13) E si dimostra anche da chi ha crediti in sofferenza, anzi nemmeno liquidi ed esigibili (su ciò è concorde ad eccezione del BOLAFFIO, tutta la dottrina e la giurisprudenza, in Italia, come in Francia e in Germania), invocando debiti insoluti verso altri, perfino verso persone che non potrebbero per legge provocare la dichiarazione di fallimento (v. Cass. Torino 20 dicembre 1893 *Giurispr.* Torino, 1894, 131; *Foro it.*, Rep. 1894, voce *Fallimento*, n. 26).

ma contro il curatore; poiché ciò significa che la formazione della massa è immediata, e questa, non quello, è il vero interessato¹⁴).

Sta l'art. 686, che ammette a provocare la dichiarazione lo stesso debitore *fallito*, prevenendo così ogni via esecutiva dei creditori.

E sta l'art. 688, che dà al tribunale di pronunciare il fallimento d'ufficio, all'infuori anche qui da ogni azione dei creditori.

In questi ultimi due casi anche il Bolaffio è costretto a convenire che il concetto dell'esecuzione si dilegua. Per il debitore «è sufficiente abbia il convincimento della propria *insolvibilità, senza attendere di avere effettivamente cessato di fare i suoi pagamenti*» (*ivi*, n. 14, p.40). Viceversa al giudice non basta di constatare la mancanza di pagamenti materiali; gli bisogna altresì «assicurarsi che questa cessazione è *conseguenza dello sbilancio economico in cui si trova il commerciante*» (n.8, p. 23).

Ma è mai ammissibile che la legge, la quale all'articolo 686 obbliga il debitore a far la dichiarazione «entro tre giorni dalla cessazione dei pagamenti», all'art. 687 ammette ogni creditore a provocare la dichiarazione del fallimento del debitore «dimostrandone la cessazione dei pagamenti», e nell'art. 688 fa obbligo al tribunale di dichiarare il fallimento come abbia sicura notizia che un commerciante «abbia cessato di fare i suoi pagamenti» – che la legge, diciamo, abbia inteso alludere a *tre stati di cessazione*, ciascuno con un contenuto diverso? (e si noti che la espressione più subbiettiva sarebbe stata riservata dalla legge proprio al terzo caso, dove è più evidente l'esigenza d'un contenuto obbiettivo).

Che se si aggiunge che all'art. 704, ove la *data della cessazione dei pagamenti* è oggetto d'una indagine e di una *determinazione* speciale del giudice, sicché non può essere senz'altro la prima

14) Tanto vero che se in luogo del credito, che si provasse non scaduto, del creditore procedente che ne allegava l'inadempienza, ce ne fossero degli altri scaduti e non pagati, il curatore potrebbe benissimo accamparli per far respingere l'opposizione, provando tutti quei fatti e quelle eccezioni che potrebbero esser pronte e fatte valere da ogni singolo creditore interessato nel fallimento (App. Brescia, 17 maggio 1892, *Monit. trib.*, 1892, 868; *Foro it.*, Rep. 1892, voce *Fallimento*, n. 43). Più dubbio è il caso in cui l'opposizione sia diretta a escludere la natura commerciale del credito di colui che chiese la dichiarazione. E tuttavia anche in tal caso la Corte d'appello di Roma 21 febbraio 1893 (*Temi romana*, 1893, 121; *Foro it.*, Rep. 1893, detta voce, nn. 53 e segg.) ha ritenuto da rigettarsi l'opposizione se dal processo risulti una tale quantità e qualità d'inadempienze da desumersene lo stato di cessazione.

inadempienza, cioè un fatto de per sé stesso già determinato, e ove difatti è chiarito dal successivo art. 705 che la cessazione non è punto necessariamente collegata a una interruzione materiale di pagamenti, la cessazione dei pagamenti avrebbe necessariamente un senso diverso da quello degli art. 686, 687 e 688, noi avremo in tutto ben *quattro* significati diversi assegnati a una manifestazione che a buon conto la legge designa con una identica espressione. Riservando l'espressione genuina di legge (*cessazione dei pagamenti*) all'ultimo caso (non buono per la *dichiarazione* di fallimento), dovrebbe dirsi, secondo il Bolaffio, che la causa del fallimento è o una *inadempienza*, o il *convincimento della propria insolvibilità*, o lo *sbilancio economico*, a seconda che esso sia provocato dal creditore, dal debitore o dalla stessa autorità giudiziaria. Come se il fallito dichiarato tale a istanza del creditore fosse supposto dalla legge in condizione patrimoniale diversa da quello dichiarato tale dal giudice *ex officio*, o dietro la propria confessione. Certo, il creditore non *sa* tutto ciò che sa il debitore sul suo patrimonio, e il giudice molto meno, e ciò importa una diversità di condizione subbiettiva per giudicare, e quindi per provocare il fallimento, ma non una diversità nella condizione obbiettiva che a tale dichiarazione deve servire di base.

In fondo ciò che distingue questo sistema è la negazione di un contenuto proprio nella cessazione dei pagamenti capace di dar luogo a fallimento, o, che è lo stesso, la negazione d'un vero *stato* di cessazione. Insomma non si fallisce perché si sia in stato di cessazione, ma poiché si è mancato a una obbligazione, o perché si è creduto di dover depositare il bilancio, o perché il giudice ha ravvisato un dissesto economico (quest'ultima causa si dà la mano, ma pure non si confonde, colla cessazione, di cui agli art. 704 e 705). Ora noi non crediamo che si possa mai costruire un sistema in armonia colla legge costituita, se non si presenta il fallimento come il derivato di un sostrato di fatto unico, di un determinato stato patrimoniale, che sia nel tempo stesso la giustificazione del diritto dei creditori e dell'obbligo del debitore di provocarne la pubblica proclamazione, nonché del dovere del giudice di secondare e, al bisogno, di prevenire tale domanda; come pure (aggiungiamo fin d'ora) sia la giustificazione delle conseguenze che dal ritardo di una tale domanda e dall'inadempimento del relativo obbligo la legge fa derivare a tutela della buona fede e del credito.

III.

Molto più diffusa è la prima teorica, secondo la quale non spetta, è vero, all'inadempienza commerciale il carattere immancabile di causa iniziale dello stato di cessazione, ma resta pur sempre fermo che soltanto una inadempienza può avere la virtù di rivelarlo. Non ogni inadempienza costituisce in cessazione il commerciante, ma a costituirlo in tale stato occorre ad ogni modo una inadempienza; nessun altro fatto può assumersi senza di essa come fatto rivelatore dello stato di cessazione¹⁵).

Lasciamo andare le teoriche omai sfatate che pretendevano assegnare un *dato numero* d'inadempienze per poter dichiarare il fallimento, o escludere in modo assoluto che una sola potesse bastare. La formula più razionale di questo sistema è questa: occorre un qualche rifiuto di pagamento, ma generalmente uno solo è insufficiente per ravvisare (questa teorica non parla più di *causa*, ma di *indizio*, di *sintomo*, di *segno rivelatore*) in cessazione di pagamenti il commerciante.

Certo la pluralità delle inadempienze sembra in perfetta armonia col testo della legge che parla di *pagamenti* in plurale. Ma già cesserebbe d'essere in armonia ogniqualevolta le circostanze permettessero d'apprezzare come sufficiente un solo rifiuto. Eppoi perché più e non uno ? o perché talora uno e talora più? Evidentemente ciò indica che l'inadempienza non è che un elemento *parziale* del fatto di cessazione, e dev'esser completato e integrato da qualche altro elemento. Ed è quest'altro elemento, la cui presenza o mancanza decide del carattere dell'inadempienza come fatto rivelatore della cessazione, che ci occorre di conoscere. Poiché allora saremo in grado di giudicare quale sia la precisa funzione dell'inadempienza rapporto alla cessazione, e se e fino a che punto il suo intervento sia necessario.

Ora per giudicare la concluzione del segno bisogna studiare la natura della cosa significata. Cioè, giacché lo stato di cessazione

15) Qui possono classificarsi, tra i commentatori del vecchio codice, il BORSARI (n. 1729); tra quelli del nuovo, CLAMANDREI (*Fallimento*, n.5 e segg., e n. 174); PAGANI (nel *Digesto italiano*, voce *Fallimento*, n.12); COLARIZI (nella *Giurispr. ital.*, 1891, IV, p. 360).

non è più un concetto vuoto di contenuto, come nella precedente teorica, non riceve la sua esistenza dall'inadempienza, ma *aliunde*, ed in questa ha soltanto un modo di manifestazione, cerchiamo il contenuto proprio di questo *stato* di cessazione.

Abbiamo già accennato come questa natura ci venga senz'altro definita dall'art. 683, il quale ci dà lo stato di cessazione come il substrato di fatto dello stato di fallimento. E' dunque cessante quel commerciante che si trova in condizione di esser dichiarato fallito. Il cessante non è che un fallito, al quale non manca che di esser dichiarato tale dal giudice. Questa dichiarazione è bensì la *conditio juris* perché il fallimento esista con tutti i suoi effetti, ma essa è un fatto estrinseco, che nulla aggiunge di sostanziale alla posizione del commerciante cui si applica. Ora il fallimento è essenzialmente uno stato d'*insolvenza* nel suo stadio ultimo e più acuto, quello in cui il patrimonio deve necessariamente sfasciarsi e convertirsi in denaro per procurar soddisfazione ai creditori.

L'*insolvenza* in fondo non muta significato passando dalla forma comune o *civile* alla *commerciale*. Solo mentre la prima accenna ad uno stato del patrimonio nel senso ristretto e meramente obbiettivo, cioè come avente per contenuto le attività e le passività reali, e null'altro, la cessazione dei pagamenti, che è l'*insolvenza* del commerciante, accenna ad uno stato del patrimonio inteso in un senso più largo, e direi quasi più spirituale, avente per contenuto il *credito* della persona, e con esso la sua capacità di pagare. Ma i due stati non sono già qualcosa d'intrinsecamente diverso tra loro, ma rappresentano piuttosto il momento obbiettivo e il momento subbiettivo di un medesimo stato. Soprattutto essi rappresentano entrambi uno *stato del patrimonio*, quindi un modo d'essere del debitore, non già in rapporto a uno o più singoli determinati creditori, ma in rapporto ai creditori tutti, alla *collettività* dei creditori. E questa nota è specialmente importante in tema di insolvenza commerciale, appunto perché le nostre leggi, a imitazione del codice francese, hanno limitato la *difesa collettiva* dei creditori verso il debitore insolvente al solo caso del debitore commerciale.

L'*insolvenza* commerciale si distacca dalla civile essenzialmente per questa ragione, che si rapporta al patrimonio non già considerato, nel suo valore economico assoluto, ma considerato

in ordine alla sua potenzialità ai pagamenti effettivi. L'indagine perciò nel patrimonio del commerciante, all'effetto di dedurne la solvenza o l'insolvenza, dovrebbe tener conto speciale di due elementi nuovi (o almeno ordinariamente non essenziali): 1° della *attitudine* (naturale economica) del suo attivo ai pagamenti; 2° dell'intervento del *credito* (in senso obbiettivo), il quale consiste nella convinzione ingenerata negli altri di volere e potere far onore ai propri impegni, e per conseguenza nella possibilità aperta al debitore (che ha credito) o di procurarsi mezzi di pagamento o di evitare richieste di pagamento a scadenza, in grazia di questa *fiducia* ispirata negli altri.

Questi due elementi alterano i risultati naturali dell'indagine meramente contabile sull'attivo e sul passivo del suo bilancio, e fanno sì che sia possibile riscontrare commercialmente insolvente un patrimonio ove prevalga l'attivo e commercialmente solvente un patrimonio ove prevalga il passivo.

Il *credito* del commerciante è più specialmente un credito *personale*, cioè basato sulla propria *condotta*, più che sul *possesso* dei beni. Ora il miglior modo d'ingenerare in altri la convinzione di volere e di poter pagare è quello di pagare; come viceversa il più ovvio elemento per la convinzione opposta è il vedere che il commerciante lascia insoddisfatti i suoi impegni. Donde l'equazione volgare tra i due termini: commerciante *insolvente* – commerciante *che non paga*. Ed è in ciò che trova la sua giustificazione l'espressione *cessazione dei pagamenti* adottata dal codice francese e dai successivi per indicare l'insolvenza del commerciante e distinguerla dalla ordinaria.

Tuttavia è facile anzitutto vedere che se si dà a questo fatto del *non pagare* una portata affatto concreta e speciale, se lo si riferisce all'*atto* del rifiuto, anziché allo *stato*, alla *condizione* di *non pagatore* (ciò che appunto si esprime colla qualifica legale di *cessante*), si corre rischio di restare in eccesso o in difetto di fronte alla illazione essenziale e decisiva che è quella del *discredito*. La constatazione del fatto che il commerciante *non ha pagato*, specie se ripetuta, *dà motivo* al sorgere del discredito, ma non è il discredito, poiché il discredito è invece la convinzione che il commerciante *non può né potrà (non è in stato di) pagare*. Ora questa convinzione ha per

ordinario, ma non per unico, né per indispensabile presupposto quella constatazione.

Infatti si può mancare a uno e anche a più pagamenti per circostanze che lascino inalterato il credito, come si può incontrare il discredito e manifestare direttamente o indirettamente la propria impotenza ai pagamenti, prima di avere occasione di rifiutarne. La prima almeno di queste proposizioni è ammessa anche dalla teorica che stiamo combattendo, in quanto tien fermo che di rado un solo rifiuto può bastare alla dichiarazione di fallimento, e che in ogni caso tocca al giudice di apprezzare se il rifiuto o i rifiuti siano a ciò sufficienti, esaminando se essi inducano la convinzione dell'impotenza del commerciante ai propri impegni¹⁶⁾. Con ciò abbiamo dunque rinvenuto qual'è l'elemento che deve decidere del significato dei rifiuti all'effetto di indurne lo stato di cessazione: questo elemento è il *discredito*, cioè la convinzione dell'impotenza di pagare. Ma appunto con averlo trovato, noi siamo arrivati egualmente a stabilire che esso è l'elemento decisivo, e che i rifiuti non hanno altra importanza che come il principale e più ordinario fatto generativo del discredito stesso. Essi sono elementi *rivelatori*, *sintomi* d'uno stato patrimoniale che non merita più credito, ed appunto e soltanto per questo possono costituire anche il *fatto iniziale* d'un siffatto evento.

Donde due importanti conseguenze:

a) che malgrado la tendenza sempre più spiccata nell'insolvenza commerciale a rivelarsi e produrre i suoi effetti legali (vale a dire a qualificare il commerciante *in discredito*), non appena si abbiano i

16) V. Cass. Torino 21 luglio 1882 (*Foro it.*, 1882, I, 683); App. Roma 18 maggio 1889 (*Giurispr. it.*, 1889, 2, 539; *Foro it.*, Rep. 1889, voce *Fallimento*, n. 32), 10 luglio 1893 (*Temi romana*, 1890, 482; *Foro it.*, Rep. 1891, detta voce, n. 46), 21 febbraio 1893 (*Temi romana*, 1893, 121; *Foro it.*, Rep. 1893, detta voce, n. 65); Cass. Roma 3 marzo 1891 *Cons. comm.*, 1891, 83; *Foro it.*, Rep. 1891, detta voce n. 43). - Cfr. COLARIZI, *loc. cit.*, p. 353: «In tesi generale un isolato rifiuto non fa presumere l'incapacità a far onore ai propri impegni; ma se le circostanze che accompagnano tal fatto inducono alla persuasione di un positivo sbilancio, il fallimento dev'esser dichiarato».

primi sintomi d'impotenza¹⁷⁾, non è però assolutamente permesso di formulare come un assioma che non esiste più distinzione tra *dissesto vero e proprio* e *squilibrio momentaneo*. Un certo grado di *permanenza* è sempre necessario nel rifiuto dei pagamenti perché lo stato del commerciante in cui si verifica possa qualificarsi come insolvenza, e quindi come cessazione¹⁸⁾ «Tout ici dépend des circonstances» (come diceva il MASSÈ, *loc. cit.*).

b) Se il fatto rivelatore dello stato di cessazione deduce questo suo carattere dal discredito che esso è capace d'ingenerare, non si capirebbe perché il medesimo carattere non dovesse riconoscersi, oltroché alle inadempienze, ad ogni altro fatto egualmente atto a produrre il discredito del commerciante. Se il commerciante deposita il bilancio, se fugge, se chiude il negozio, se si dà determinatamente la morte¹⁹⁾ prima che venga l'occasione d'un rifiuto, o appunto per non affrontarla, dovremo noi esitare a qualificarlo per insolvente, cioè per cessante? Se la cessazione dei pagamenti si riferisce al momento *potenziale* e non all'*atto* di pagare, è chiaro che in tutte queste ipotesi il commerciante, mettendosi fin d'ora in condizione

17) L'antica giurisprudenza commerciale distingueva, com'è noto, il *facere punctum* ob carentiam promptae pecuniae dal *cessare* (v. CASAREGIS, disc. 192, n. 2). E la distinzione tra *sospensione* e *cessazione dei pagamenti* si mantenne per lungo tempo nella legge e nella dottrina francese. Oggi le cresciute esigenze commerciali o l'essere il caso della *sospensione* regolato, per la nostra legge, coll'istituto speciale della *moratoria*, rendono inammissibile tale distinzione. Ma non bisogna (come avvertiva già il MASSÈ, *Dr. comm.*, n. 1148) spingersi all'esagerazione opposta, di vedere *necessariamente* un fallimento in ogni momentaneo arresto; tesi che se può sorridere per la sua semplicità a qualche dottrinario, troverà sempre ostacolo nella giurisprudenza che sta a contatto colla pratica.

18) V. in questo senso: Cass. Roma 30 giugno 1891 (*Corte suprema*, 1891, II, 277; *Foro it.*, Rep. 1892, voce *Fallimento*, n. 41); App. Torino 26 maggio 1885 (*Giurispr.* Torino, 1885, 498; *Foro it.*, Rep. 1884, detta voce, n. 31, 32); Cass. Torino 31 marzo 1892 (*Giurispr.* Torino, 1892, 656); App. Roma 5 febbraio 1889 (*Temi romana* 1892, 272; *Foro it.*, Rep. 1892, detta voce, nn. 47, 48), ecc.

19) Ciascuna di queste cause di cessazione, e specialmente l'ultima, richiederebbe uno sviluppo che qui sarebbe fuori di luogo.

di non pagare, *cessa i pagamenti* prima ancora che gli siano richiesti²⁰).

Ma v'è di più. Non solo le inadempienze non sono un elemento insurrogabile, come fonte di discredito e sintomo di cessazione, ma lo stesso fatto negatore dell'inadempienza, cioè il pagamento, può essere accompagnato da circostanze tali da importare quel medesimo effetto e da assumere quel medesimo significato.

Come già avvertimmo, il fatto del pagamento o del rifiuto di pagamento non riguarda *direttamente* se non il creditore interessato, mentre lo stato di cessazione è uno stato che ha riferimento non già a un determinato creditore, ma alla collettività dei creditori. E l'adempienza o l'inadempienza verso il singolo interessa la collettività, solo perché ed in quanto questa trae dall'una e dall'altra, e quanto più si ripetono, sintomi significantissimi circa lo stato di solvenza o d'insolvenza (commerciale) del debitore, che determinano il credito o il discredito di esso. Ma se così è, è chiaro che, come l'inadempienza deve avere certe qualifiche e determinazioni per dar fondamento al discredito e porsi come sintomo d'insolvenza, così d'altra parte l'adempienza deve avere un doppio requisito per raggiungere questo fine indiretto di conservare, di fronte alla collettività, un credito atto ad escludere lo stato d'insolvenza: 1° deve esser *reale*, poiché il creditore può contentarsi di un pagamento fittizio, p. e. un rinnovo, ma per la massa il suo significato è equivoco e può esser perciò molto diverso²¹); 2° deve soprattutto esser *sincera*, poiché se per il creditore sono all'incirca indifferenti i mezzi con cui il suo debitore arriva a soddisfarlo, non sono essi

20) Già BRAVARD (*Faillite*, p. 22): «i protesti e altri atti constatanti il rifiuto di pagamenti non sono che sintomi, indizi della situazione in cui si trova il debitore; ora se lo stato del debitore senza manifestarsi con questi sintomi che sono i più ordinari, si manifesta con altri che attestano con pari evidenza il suo dissesto e il suo discredito, come dispensarsi dal riconoscere questo discredito, che supponiamo completo e irrimediabile, e dal contestarlo mercé dichiarazione di fallimento?». Cfr. BEDARRIDE, (*Faillite*, n.21); LYON CAEN ET REN. (*Traité*, VII, 64). – In Italia ammettono questa teorica, che suol chiamarsi degli *equipollenti*, il VIDARI (*Dir.comm.*, 4ª ediz., VIII, 7406), il SUPINO (n. 456), il CUZZERI (n. 16), il VITA LEVI (nella *Rass. commerc.*, 1883, p. 182 e segg.) il SACERDOTI (v. *Encicl. giurid.*, voce *Fallimento*, p. 111), il LUCIANI (*Fallim.*, n. 138). Noi accettiamo la parola *equipollenti* se adoperata in relazione alle *inadempienze*, ma ci pare inesatta e inconciliabile colla legge l'espressione nel senso in cui si usa abitualmente di *equipollenti alla cessazione dei pagamenti*. Deve invece dirsi che la *cessazione dei pagamenti* risulta o da *inadempienze* o da fatti equipollenti ad esse.

21) Può indicar *credito* e può indicare *impotenza*. Contiene in germe ambedue gli apprezzamenti. L'apprezzamento definitivo non può esser dato che dalle circostanze della fattispecie.

indifferenti per la massa. Se questi mezzi sono giuridicamente o moralmente riprovevoli o sono di natura tale da mandare in rovina il debitore,²²⁾ essi sono per ciò stesso intrinsecamente incompatibili col credito del commerciante che li adopera. I pagamenti *fittizi*, al pari dei pagamenti effettuati *con mezzi rovinosi o fraudolenti*, per la collettività dei creditori, cui lo stato di cessazione direttamente riguarda, sono, i primi eventualmente, e i secondi necessariamente, niente altro che inadempienze, poiché hanno lo stesso carattere, di essere cioè rivelazioni o sintomi dello stato d'impotenza del debitore ai pagamenti coi mezzi del proprio patrimonio. Avendo lo stesso significato, sarebbe assurdo che avessero un diverso effetto. La collettività dei creditori dovrebbe chiamarsi soddisfatta e rassicurata, solo perché il debitore è riuscito, in un modo che si risolve di sua natura, in un solenne allarme per la sua condotta avvenire, a soddisfare od acquetare un creditore instante alla scadenza?

Siamo arrivati pertanto alla conclusione che lo stato di *cessazione dei pagamenti* è, obbiettivamente considerato, lo stato d'impotenza del commerciante a far fronte ai pagamenti coi mezzi del suo patrimonio, ivi compreso, anzi in prima linea computato il suo credito personale, col quale elemento sta appunto la sola nota caratteristica dell'insolvenza *commerciale*; che gli elementi rivelatori di un tale stato vanno desunti: 1° direttamente da quei fatti che per sé stessi importano discredito, quali sono in prima linea, non però unicamente, le inadempienze, 2° indirettamente, ma non meno decisamente, da quei fatti che importano discredito non appena se ne penetri il vero significato, cioè di spediti artificiali che tendono a trarre in inganno i terzi o a far vedere nel patrimonio del debitore *ciò che realmente non vi è*, né sotto forma di attività materiali, né sotto forma di credito. Gli uni al pari degli altri meritano di esser qualificati come *fatti di cessazione dei pagamenti*, fatti cioè indicanti che il commerciante ha *realmente*, cioè nella sostanza, e non già soltanto *materialmente*, cioè nell'apparenza esteriore, cessato di fare i suoi pagamenti.

22) Qui rientrano, a mio credere, eventualmente anche le *inadempienze civili*; le quali in tal guisa vanno comprese indirettamente, e malgrado l'esclusione dell'art. 683, tra i possibili motivi di fallimento, *in quanto* si presentano come sintomi di cessazione commerciale, mezzi fraudolenti per la materiale continuazione dei pagamenti commerciali, implicanti dissesto generale e permanente del commerciante.

La circostanza dell'essere noto o ignorato il significato di questi ultimi fatti non soffre di influenza sulla loro portata obbiettiva, appunto come non l'ha, anche per la prima categoria di fatti, la circostanza dell'essere essi stessi noti o ignorati. Non è mai infatti l'*effettivo* discredito, cui si allude, quando si parla del discredito come condizione obbiettiva dello stato di cessazione, ma sibbene l'attitudine di un fatto a produrre discredito, nel presupposto che sia conosciuto. Solamente, i fatti della prima categoria (inadempienze e loro equipollenti diretti) basta che siano conosciuti essi stessi, perché il discredito si produca, mentre per i fatti *dissimulatori* occorre di più la cognizione del loro vero significato, cioè del loro rapporto di dissimulazione con altri fatti. Ma un fatto non cessa di essere, nella sua efficienza concreta e reale, rivelatore di uno stato d'insolvenza, quand'anche, astrattamente considerato, si presenti come indifferente o anche come escludente un tale stato. Poiché il rapporto tra il sintomo e la cosa significata esiste indipendentemente dalla cognizione che le menti degli uomini ne abbiano. Certo, se questa conoscenza non sopravviene mai, non si avrà mai occasione di occuparsi nemmeno delle conseguenze di un tale rapporto; ma se sopravviene, e se le provvidenze della legge saranno invocate in tempo utile, non si potrà né negare che lo stato significato da quel sintomo esistesse, né declinarne in modo assoluto le conseguenze.

La sola influenza che la mancata conoscenza dei fatti o del loro significato eserciti sulla posizione dell'insolvente è quella di rendere inevitabile un *ritardo* (che del resto *può* verificarsi anche data la conoscenza) nell'applicazione dei provvedimenti di legge relativi, e quindi nella manifestazione degli effetti giuridici della cessazione.

Vediamo ora meglio questi effetti e le conseguenze di quel *ritardo*.

IV.

L'effetto più caratteristico dello stato d'insolvenza commerciale, e derivante dalla difesa *collettiva* che la legge ha creduto di dover organizzare a riguardo di essa, è quello di produrre immediatamente un vincolo fra tutti i creditori dell'insolvente e un indebolimento nella capacità giuridica dell'insolvente stesso nei rapporti patrimoniali. Questa, che è la conseguenza immediata di uno *stato di fatto*, non

può peraltro manifestarsi con sanzioni giuridiche finché lo stato di fatto non si trasforma in uno *stato di diritto*, ciò che avviene mercé l'intervento del giudice che dichiara il *fallimento*. Se questo stato di diritto fosse la sequela immancabile di quello stato di fatto, la cosa sarebbe abbastanza semplice: basterebbe l'indagine che sullo stato di fatto attuale avrebbe istituito il giudice d'ufficio, o provocato dai creditori, per chiudere ogni discussione sul passato. Ma rigorosamente ciò non è quasi mai possibile; molto spesso questo *stato di fatto* non è subito conosciuto; più spesso nessuno cura la trasformazione di esso in *stato di diritto*; e quando questa sopravviene, quello ha già prodotto i suoi inconvenienti, siffattamente che, se non si togliessero di mezzo, ne resterebbero ingiustamente pregiudicati gl'interessi e la condizione di tutti o di una parte dei creditori. La legge allora (quante volte non preferisca prescindere da ogni indagine su quello stato di fatto, e fissare uno o più periodi invariabili di presunta incapacità anteriore alla proclamazione del fallimento)²³⁾ deve necessariamente dar riconoscimento a quella unione virtuale e a quella debilitazione di capacità, come prodotti spontanei di quello stato di fatto, ed annettere così *in via retroattiva* allo stato medesimo l'effetto giuridico importato da quei prodotti. Ciò importa la ricerca delle origini *reali* di tale stato e la determinazione perciò del periodo durante il quale quegli effetti si sono prodotti. Questo periodo può e suole chiamarsi *il periodo sospetto*, perché gli atti del debitore, durante il suo decorso, sono come tenuti in quarantena, ed esposti a eventuali impugnative, di fronte a cui occorrerà loro purgarsi dal sospetto di frodolenza che li accompagna.,

Donde si vede che lo *stato di cessazione* ha due effetti giuridici principali²⁴⁾: 1° autorizza e rispettivamente obbliga (creditori, debitore e magistrati) alla dichiarazione del *fallimento*, del quale costituisce appunto il presupposto o substrato *di fatto*; 2° pone il debitore nella situazione di *sospetto* con tutte le conseguenze che

23) In questo caso non esiste un vero stato di cessazione di pagamenti altro che come substrato di fatto dello stato di fallimento: non esiste cioè *periodo sospetto*. Il sistema ha i suoi vantaggi e i suoi inconvenienti che ci asteniamo qui dal rilevare.

24) Essi non sono i soli, perché lo *stato di cessazione* produce anche altri effetti giuridici immediati o mediati, non subordinati punto alla condizione della successiva dichiarazione di fallimento. Tali sono p.e. quelli accennati nel codice civile di fronte al debitore *in stato di fallimento* (art. 1469) e quello di cui all'art. 315 cod. comm. Tale invece non è, a mio credere, quello che il BOLAFFIO ammette come *unica eccezione*, cioè la decadenza del termine a sensi dell'art. 1176 cod. civ.

essa importa rispetto all'efficacia degli atti da lui o verso di lui in tale situazione compiuti.

Il primo effetto (fallimento e conseguente liquidazione) è *mediato* e non si produce se non sia provocato da apposita domanda; mentre il secondo è *immediato* e si produce *ipso jure*, ma con questa avvertenza che la sua manifestazione giuridica è *retroattiva*, cioè subordinata alla *conditio iuris* del sopravvenire della dichiarazione di fallimento, la quale accadendo retroagisce, mentre non accadendo lascia senza efficacia giuridica alcuna l'esistenza del periodo sospetto.

Questo duplice effetto può rendere e renderà molto spesso necessaria una duplice indagine sullo stato di cessazione: una sullo stato presente e una sul passato, e così per l'uno, come per l'altro effetto, si avrà bisogno di trovare un qualche fatto *rivelatore* dello stato di cessazione; con questa differenza che la prima ricerca avendo soltanto una portata futura non richiederà che la constatazione attuale di questo stato, senza che occorra ricollegarlo a un fatto *singolo* o a un dato momento potendo la prova dell'esistenza dello stato di fatto emergere anche da un complesso di fatti e di circostanze slegati nel tempo e illuminantisi a vicenda; mentre la seconda ricerca, di sua natura retroattiva, riuscendo alla determinazione d'un *periodo* di tempo, esige che si rinventa addirittura un momento che possa assumersi come il termine *a quo* del decorso di quel periodo.

Questa differenza peraltro non dà un diverso contenuto allo stato di cessazione nei due casi, quasi provenisse da due cause diverse. Già il fatto *iniziale* in ogni modo non sarebbe che uno dei *fatti rivelatori*, distinto dagli altri solo in quanto si rinverrebbe essere il primo nell'ordine di tempo, tra quelli che denotano in modo non equivoco lo stato di cessazione medesimo. Ma in verità non occorre nemmeno che il momento iniziale si concreti in un *fatto*. La legge non esige che la fissazione di una *data*, di un *giorno*; e questa ha in sostanza per iscopo di poter cogliere in mora colpevole il commerciante reticente e rendere ciò stante invariabili gli atti compiuti nel periodo susseguente. Essa è pertanto, anziché la constatazione diretta d'un fatto concreto e reale, l'espressione indiretta del convincimento del giudice che gli atti posti in essere in quel periodo di tempo vanno tenuti in sospetto. La determinazione del periodo sospetto è preordinata appunto alla messa in sospetto di tali atti; ed è la

determinazione del periodo che implica quella del momento iniziale, non viceversa; cosicché non occorre punto al giudice additare un *fatto singolo*, per farne dipendere la fissazione della data iniziale.

La vera e sola importante differenza fra le due ricerche si ha nella diversa posizione *di fatto* in cui si trova *la mente* investigativa del giudice di fronte alla prova della cessazione. L'errore degli avversari consiste sostanzialmente nel riferire alla posizione obbiettiva delle cose una differenza che si verifica soltanto nella posizione subbiettiva di chi giudica. Non è che la cessazione che deve servir di substrato alla dichiarazione di fallimento sia uno stato diverso dalla cessazione che deve render sospetti gli atti del debitore, né che i fatti che rivelano la prima siano altri o di diversa natura da quelli che rivelano la seconda, e quindi che ci sia una differenza di concezione giuridica tra le due. Ma egli è che il primo effetto (dichiarazione di fallimento) richiede l'intervento diretto del giudice e qualche cosa che lo provochi, mentre il secondo si attua da sé e non richiede che di essere rilevato dal giudice dopo, e talora molto dopo, che si è già verificato. Quindi è che (diceva giustamente la Corte di appello di Roma in una sentenza molto abilmente sfruttata dagli avversari) c'è gran divario tra i *criterî direttivi del giudizio* in un caso e nell'altro²⁵). Nel primo caso infatti si tratta di dare un giudizio sul significato attuale e sulla portata futura di certi fatti non ancora illuminati dallo svolgimento che sarebbero per avere nel tempo; nel secondo caso si tratta di apprezzare quegli stessi fatti in relazione al complesso delle circostanze non solo che l'accompagnarono, ma altresì, e soprattutto, che li seguirono.

L'insolvenza commerciale, appunto per la parte preponderante che vi ha la valutazione del *credito*, elemento così immateriale e impalpabile che sfugge al processo analitico, non si può giudicare con un criterio fisso e invariabile. Per sua natura il giudizio

25) App. Roma, 12 maggio 1877 (*Casaregis*, 1877, 264; *Foro it.*, Rep. 1877, voce *Fallimento*, n. 50-53): «Enorme è quindi il divario che passa e per la portata e per i criterî direttivi del giudizio tra la dichiarazione del fallimento e la determinazione della data di esso. Per la prima occorre o la dichiarazione del fallito, ovvero la istanza dei creditori sostenuta da *prove estrinseche* di cessazione dei pagamenti; tali che basterebbero a indurre il tribunale a pronunziarla d'ufficio. Per la seconda, essendo già accertato pienamente il fatto del fallimento, rimane al magistrato *tutta l'ampiezza di un giudizio complesso*, che esso può e deve dedurre dal concorso di molti fatti coincidenti». – Tuttavia non si può portare questa distinzione fino al punto da ammettere, con una vecchia decisione della Cassazione francese (12 maggio 1841, in DALLOZ, *Faillite*, n. 139), che nel primo caso il giudizio sia di diritto e controllabile dalla cassazione, e nel secondo soltanto sia di fatto e incensurabile. (Cf. LYON CAEN ET RENAULT, *Traité*, VII, n. 118 in nota)

sull'insolvenza commerciale varia di metodo e di criteri, pur essendo la cosa da giudicare oggettivamente sempre una, secondoché il commerciante, a cui il giudizio si riferisce, facilita o intralcia il processo investigatore, e secondoché il processo stesso si istituisce in uno o in altro momento del ciclo percorso dall'insolvenza.

Se il commerciante è sincero, egli, che è il primo a sentire l'abbandono del credito e l'arrivo dell'impotenza ai pagamenti, previene i fatti, e si pone alla mercé dei creditori, rendendo inutile o almeno affatto ovvia l'indagine dell'insolvenza.

Ma questo è il caso più raro. È nella natura umana di cullarsi nella lusinga di tempi migliori, anche credendo lontano ogni pensiero di frode, senza badare che la frode è già insita nel pensiero stesso di correr l'alea e continuare innanzi.

E andando innanzi, o il debitore agisce sinceramente, e subirà e involontariamente manifesterà le conseguenze del suo stato d'insolvenza; o non bada ai mezzi di salvarsi, e dissimulerà le conseguenze naturali del suo stato con raggiri e accumulerà rovine su rovine. Nel primo caso egli incappa nelle *inadempienze*, e per esse prima o poi nel discredito. Nel secondo caso egli può anche evitare il discredito per un tempo più o meno lungo, sfruttando le vittime dei suoi espedienti artificiosi. Durante questo frattempo, se un creditore più avveduto scopre l'artificio, e se unendo all'avvedutezza la diligenza denuncia il caso e provoca la trasformazione dello stato d'insolvenza *di fatto* in stato *di diritto* (fallimento), chi potrebbe lamentarsene? Nessuno. Egli farà opera vantaggiosa a tutti, e perfettamente conforme ai voleri del legislatore. Certamente egli troverà degli ostacoli da superare, derivanti sia dalla natura stessa del *credito* ch'egli intende d'infrangere, sia dalla natura dei *mezzi* adoperati per dissimulare il discredito. Le investigazioni dirette sul credito sono un'arma a doppio taglio: se possono rettificare uno stato di credito illegittimo, possono altresì cagionare esse sole un discredito immeritato. Quindi il giudice deve necessariamente esser molto guardingo e riluttante ad ammettere ispezioni sulla gestione patrimoniale del commerciante che non ha dato ancora segni diretti d'insolvenza; e se il denunciante non ha elementi di prova pronti e spediti, la sua azione sarà respinta. Ma facciamo invece l'ipotesi che quel creditore sia in grado di provare che il

debitore, impossibilitato a pagare alcuni suoi creditori a scadenza, ebbe ricorso, non già al credito, ma p. e. a raggiri fraudolenti o alla vendita a tracollo degli stessi strumenti del suo commercio, per fa fronte a quei pagamenti, rimanendo così più che mai nella assoluta impossibilità di far fronte ai debiti futuri²⁶⁾, – sarebbe assurdo che questo creditore dovesse esser rimandato pel motivo che il debitore bene o male ha pagato i debiti scaduti, e che prima delle nuove scadenze ... potrebbe vincere un terno al lotto! Pure, ridotto in termini volgari il ragionamento degli avversari, non dice più di questo.

Invece, se nessun creditore (né l'autorità giudiziaria, né il debitore stesso) interromperà il corso evolutivo dell'insolvenza, verrà pure il momento in cui nessuno spedito sarà più atto a nascondere il vero stato delle cose; e allora, se da una parte sarà agevole spianar la strada alla risoluzione di legge colla dichiarazione di fallimento, dall'altra anche la ricerca delle origini del processo evolutivo compiuto sarà relativamente facilitata. Il credito rovinato rende possibile frugare tra le sue macerie.

Ma non per questo si deve credere che i fatti compiuti acquistino essi stessi un altro significato, e producano *ora*, per virtù di questa ricognizione, un qualche effetto che prima non avevano. L'effetto di costituire il debitore in condizione giuridica di *sospetto* essi l'avevano già per sé stessi, non lo acquistano per dichiarazione del giudice, e l'avevano solo in quanto e da quando poteano già qualificarsi come sintomi rivelatori dello stato di cessazione, non prima. Così p. e. sarà mille volte più facile al giudice, che pronuncia il fallimento dopo una lunga serie d'inadempienze, di apprezzare la vera portata dei primi rifiuti, di quello che non sarebbe stato quando la domanda di fallimento fosse stata

26) Facciamo le ipotesi più incisive, ma non occorre neppur tanto. Recentemente la Corte d'appello di Brescia, 16 giugno 1897 (*Monit. Trib.*, 1897, 755, dichiarava, e a mio parere giustamente, il fallimento d'un commerciante defunto, sebbene nessuna vera e propria inadempienza fosse stata constatata prima della sua morte, solo perché erano avvenute delle scadenze di cambiali non protestate, ma di cui si offriva provare l'ottenuta *proroga*, visto che «il mancato pagamento non era da ascrivere a momentaneo dissesto a cui il M. avrebbe potuto riparare, ma fu l'espressione del più completo sfacelo economico in cui versava da tempo e irrimediabilmente». Sta bene che la ricerca era facilitata alla Corte di Brescia dalla circostanza che il commerciante era morto, e si trattava di risalire alle origini di uno stato di cessazione divenuto poscia sempre più patente. Ma il principio giuridico non cambia per questo.

proposta subito dopo di essi. Ma è un errore dedurre da ciò, come pur si fa molto spesso, come *massima* assoluta, che «mentre un primo atto di protesto non basta per far dichiarare il fallimento, è ad esso che deve retrotrarsi poi la data della cessazione una volta quello dichiarato». ²⁷⁾ Un atto di protesto solo *può* invece anche bastare a dedurre lo stato di cessazione atto a sorreggere la dichiarazione di fallimento, ma a patto che ricorrano tali circostanze che inducano nel giudice un siffatto convincimento (e talora lo potranno anche le circostanze sole, senza protesti). Ma dichiarato il fallimento dopo una serie di rifiuti, il giudice non potrà risalire al primo per la fissazione della data iniziale della cessazione, *se non* convincendosi egualmente che esso si compié fin d'allora in circostanze tali da ingenerare, se conosciute, la convinzione dello stato di cessazione. ²⁸⁾ Così pure non può ammettersi che la cessazione dei pagamenti possa dedursi retroattivamente da certi equipollenti dell'inadempienza, ritenuti viceversa inabili per sé stessi a giustificare la dichiarazione di fallimento. ²⁹⁾ Certo, vi sono dei fatti occulti, o in cui occulto è il momento della frode, i quali possono *scoprirsì dopo* la sentenza dichiarativa, e in forza delle investigazioni che lo stato di fallimento dichiarato ha reso possibili. Ma se si trova che quei fatti erano già per sé stessi tali da provare che il debitore si conteneva come cessante, vuol dire che essi sarebbero stati anche buoni e validi argomenti di prova per ottenere la dichiarazione di fallimento, e se non poterono essere utilizzati a questo scopo dai creditori o dal giudice fu solo perché rimasero loro occulti. ³⁰⁾ Non fu impotenza *legale* (di diritto) che impedì a suo tempo al creditore di denunciare il fallimento di

27) Cass. Torino 18 maggio 1883 (*Annuario di dir. comm.*, I, n. 41; *Foro It.*, Rep. 1883, voce *Fallimento*, n. 24); App. Bologna 31 gennaio 1885 (*Giurispr. it.*, 1885, 132; *Foro it.*, Rep. 1885, detta voce, n. 28); App. Roma 15 settembre 1892 (*Temi romana*, 1893, 244; *Foro it.*, Rep. 1893, detta voce, n. 49).

28) Cass. Torino 7 aprile 1876 (*Giurispr. Torino*, 1876, 447); App. Roma 10 luglio 1890 (*Temi romana*, 1890, 482; *Foro it.*, Rep. 1891, voce *Fallimento*, n. 46); e 19 dicembre 1891 (*Giurispr. it.*, 1892, 244; *Foro it.*, Rep. 1892, detta voce, n. 50).

29) Cass. Torino 31 maggio 1893 (*Giurispr.*, Torino, 1893, 681; *Foro it.*, Rep. 1893, voce *Fallimento*, n. 68).

30) «La loro condizione di riuscita consiste appunto nel rimaner celati» come disse la Cass. Torino 28 gennaio 1892 (*Giur. it.*, 757).

quel debitore, ma impotenza *naturale* (di fatto), perché essi non conoscevano ciò che la frode del debitore dissimulava.

La scissione dell'insolvenza commerciale in un doppio stato di cessazione, secondo l'effetto che se ne deve dedurre, è tanto più ripugnante al nostro diritto, quando si considera in riguardo dello stesso debitore in cui si verifica; poiché lo stato di cessazione importa in modo immediato l'obbligo del commerciante di denunciarsi come fallito. Questo obbligo è inscindibile dal fatto della di lui costituzione in condizione di *sospetto*, è anzi in rapporto di *causa* con questo: il debitore è in condizione di sospetto, perché è *in frode*, ed è in frode perché non si denuncia come fallito. Ma d'altra parte egli non potrebbe denunciarsi come fallito, se non dato il presupposto dello stato di cessazione, e noi abbiamo già veduto che non può ammettersi che la dichiarazione provocata dal debitore si fondi su un presupposto di fatto diverso da quello su cui si fonda la dichiarazione provocata dai creditori. Breve: il *periodo sospetto* non può avere un contenuto diverso dallo stato di cessazione che dà adito al fallimento, poiché esso è prodotto appunto dal fatto che il debitore abusivamente dilaziona l'apertura del proprio fallimento. Dire che un anno fa Tizio era in periodo sospetto è come dire che avrebbe dovuto in quell'epoca esser dichiarato fallito; e dicendo che era in *stato di cessazione di pagamenti* si dicono appunto tutte e due le cose.

Ciò è in armonia colla disposizione di legge che in via di *presunzione juris* pone come regola la coincidenza dello inizio della cessazione colla dichiarazione del fallimento (art. 704 capov.). In pratica questo sarà, se vuolsi, un fatto piuttosto raro; ma quella presunzione significa che nel concetto della legge (e data la sua rigorosa osservanza) i due momenti coincidono.³¹⁾

31) L'art. 704 non contiene una *finzione* (come sostengono p.e. il VIDARI, n. 7463, il CUZZERI, n. 182, e più diffusamente il RAMPONI, nella *Temì Ven.* 1893, p. 481), poiché non è esatto che «la cessazione dei pagamenti sia avvenuta *senza dubbio prima* del fallimento che ne è la conseguenza. Per la legge l'ipotesi normale è anzi che il debitore reso impotente ai pagamenti ne faccia subito denuncia ed in questa ipotesi (sia pure poco probabile), come nell'altra che un creditore diligente non metta tempo in mezzo a denunciare i primi fatti rivelatori di questo stato, la dichiarazione di fallimento è, sì, la *conseguenza* dello stato di cessazione, ma è la conseguenza *immediata*, nel senso che nessun periodo di tempo legalmente apprezzabile intercede dal momento iniziale della cessazione (che perciò il giudice non ha bisogno di fissare) alla proclamazione del fallimento. Lo scopo poi dell'articolo è di stabilire una *presunzione* in tal senso, la quale durante il primo stadio della procedura (cioè dentro il termine di cui all'art. 706) può essere eliminata con ogni prova contraria, e dopo quel termine diventa *juris et de jure*, come una regudicata (Cf. BOLAFFIO, n. 81).

Una conforma poi decisiva della unicità dello stato di cessazione si ha pensando al caso del commerciante morto o ritiratosi dal commercio (con che siamo nel tema proposto all'esame della Corte d'appello di Genova e della Cassazione di Torino nella fattispecie della sentenza cui si riferisce la presente nota). Poiché questo è l'unico caso in cui il giudice è invitato ad apprezzare a distanza di tempo e con ricerca retrospettiva gli elementi della cessazione, all'effetto di dedurne non già lo stato di suspicione, ma addirittura la pronunciabilità del fallimento. «Può esser dichiarato il fallimento del commerciante che siasi ritirato dal commercio (dice l'art. 690) purché *la cessazione dei pagamenti abbia avuto luogo durante l'esercizio del commercio...*»

Qui evidentemente si parla della cessazione dei pagamenti come substrato per una dichiarazione di fallimento. Ebbene, ecco che in questo caso l'indagine del giudice non trova più gli ostacoli che avrebbe trovato se fosse stato chiamato a pronunciarsi prima del ritiro (o della morte). Egli si trova nell'identica condizione del giudice che ricerca l'inizio del periodo sospetto. I segni più caratteristici dello sfascio, compreso eventualmente le inadempienze, sono di fresca data, e sull'esistenza dello stato *attuale* di cessazione il cumulo dei fatti rivelatori non ammette dubbî; ma il giudice deve spingere la sua ricerca in addietro e frugare tra le rovine, ed egli si gioverà per questa ricerca delle facilitazioni e della luce che la decorrenza del tempo e il succedersi degli avvenimenti lasciano cadere sul passato; egli non sarà più trattenuto dai riguardi dovuti al meccanismo del credito finché funziona; egli potrà operare sulla tavola anatomica con piena tranquillità; e se troverà spedienti artificiosi intesi a prolungare le apparenze d'un credito che non avea più ragione di essere, egli proclamerà senz'altro lo stato di cessazione, anche senza le inadempienze. Quale ragione ci sarebbe infatti per non applicare l'art. 705? non si tratta qui forse di *far risalire* la data della cessazione dei pagamenti (cfr. art. 704), che è appunto il caso a cui la teorica avversaria vuol limitare l'applicazione dell'articolo?³²⁾ E con ciò non resta dimostrato che *anche all'effetto*

32) Fa anzi meraviglia come le citate sentenze in causa Forno dovendo giustificare l'applicazione dell'art. 705 al caso non abbiano sentito il bisogno, più ancora che di dimostrare il senso generale di questo articolo, d'insistere sul riflesso che qui trattavasi appunto di applicarlo per l'effetto di far risalire il fallimento al di là della data della dichiarazione legale, sia pure che una tale rimonta fosse condizione preliminare per la pronuncia della dichiarazione stessa. Tale concomitanza tra la dichiarazione e la rimonta nella stessa sentenza è del resto l'ipotesi normale per l'art. 704.

di poter dichiarare il fallimento non occorre punto che lo stato di cessazione sia costituito da inadempienze?

In Francia né la dottrina, né la giurisprudenza hanno mai dubitato che lo stato di cessazione sia uno solo. Si può anzi dire che fino a questi ultimi tempi s'ignorava perfino la possibilità di una simile questione; qualche scrittore aveva soltanto fatto notare la maggior difficoltà della prova della cessazione nei due momenti della domanda di dichiarazione e di quella di retrotrazione³³⁾. Ma i più recenti scrittori si propongono la questione, e Lyon Caen et Renault nel loro pregevolissimo trattato la risolvono recisamente nel senso da noi sostenuto³⁴⁾. Il Thaller nel suo *Traité élémentaire* del 1898, sembra mostrarsi esitante, e dice la contraria opinione conforme al sentimento d'un gran numero di pratici, ma non a quello della giurisprudenza e della dottrina³⁵⁾. La sua esitanza si spiega del resto facilmente, sia per l'adesione che egli dà alla teorica della cessazione *materiale*, per cui gli spediendi anche i più disastrosi rendono sempre evitabile il fallimento³⁶⁾, sia per la preoccupazione, ch'egli esprime, che si possa riportare l'epoca della cessazione a una data troppo remota e arbitraria³⁷⁾, preoccupazione giusta in Francia dove non esiste un limite di tempo per la retrotrazione.

V.

Raccogliendo finalmente il nostro esame più specialmente sull'art. 705, rammentiamo che nello stesso anno in cui entrò in vigore il codice di commercio non meno di tre interpretazioni diverse furono proposte sulla seconda parte di quell'articolo.

33) V. p.e. BEDARRIDE, *Faillite*, I, n. 63.

34) LYON CAEN ET RENAULT, *Précis*, n. 2606; *Traité*, n. 54: «... les caractères de la cessation des paiements doivent être appréciés de la même façon dans les deux cas», e n. 118: «La même expression (*cessation de paiements*) employée par l'art. 437 et par l'art. 441 ne peut pas avoir deux sens différents dans les deux dispositions».

35) THALLER, *Tr. élém. de dir. comm.*, n. 1519.

36) Id., *ivi*, n. 1488. La chiusura del *servizio di cassa* è, secondo questo scrittore, l'unico fatto che può legalmente sorreggere una domanda di fallimento. Ma l'espressione, fuori di certe classi di commercianti, che sembra essersi tenute troppo esclusivamente di mira, è abbastanza vaga ed equivoca.

37) *Ivi*, n. 1519 in fine.

La prima (che è anche la nostra) leggeva in essa una più precisa determinazione della nozione di *cessazione dei pagamenti* per ogni effetto di legge, senza distinzione.³⁸⁾ La seconda limitava l'applicazione di essa alla determinazione retroattiva della data iniziale della cessazione dei pagamenti, escludendo che essa avesse effetto per autorizzare la dichiarazione di fallimento.³⁹⁾

Una terza interpretazione, rimasta isolata, e poi abbandonata dallo stesso autore, riteneva doversi attribuire all'espressione *continuazione dei pagamenti* il senso di *ripresa dei pagamenti*, applicandosi con ciò alla disposizione al debitore, resosi già cessante (perché inadempiente), e che avesse poi ripreso i pagamenti servendosi di mezzi procurati in modo rovinoso o fraudolento. Il legislatore avrebbe inteso dire che una *ripresa* siffatta non bastava a cambiare l'inadempienza in un semplice ritardo, cosicché i creditori erano sempre in tempo a provocare, come effetto dell'inadempienza incorsa, la dichiarazione del fallimento. L'A. credeva di non poter accettare la prima versione, stante il preconconcetto da lui diviso che la *cessazione dei pagamenti* avesse a intendersi in senso materiale. Ma d'altra parte non poteva consentire nella seconda, trovando inammissibile che ci sia un'epoca durante la quale gli atti del

38) V. in questo senso VITA LEVI, *Elementi costitutivi dello stato di fallim. nel cod. di comm. it.* (Rass. di dir. comm., 1883, p.182 e seg); VIDARI, *Dir. comm.*, (4ª ediz.), n. 7405; BOLAFFIO, nella sua prima dottrina, in seguito ripudiata (*Annuario di dir. comm.*, I, n. 41); BENSA, nel *Dir. comm.*, III, p. 65 e segg.; SACERDOTI, *Fallimento*, nell'*Encicl. giurid.*, p. 117; CUZZERI, *Comm.*, n. 13 c; LUCIANI, *Fallim.*, n.138; SCALAMANDRE, IV, n.8 – È da osservare che il BENSA e il SACERDOTI (cui aderì poscia l'ERRERA) esigono però come estremo essenziale che dai mezzi usati sia seguito l'effettivo *discredito* del commerciante sulla piazza; cosicché essi devono avere una sufficiente *notorietà*, senza di cui l'art. 705 non viene in applicazione per nessun effetto. Ma anche questa restrizione è inaccettabile, ed anzi i suoi inconvenienti sono specialmente gravi nell'applicazione dell'art 705 per la determinazione del periodo sospetto. Quanto al LUCIANI, occorre notare che la sua opinione, nel senso di cui nel testo, viene dall'A. stesso prima debilitata (pag. 278 nota 1) col dire che non corrisponde però alla lettera della legge, e più oltre (se non erriamo) addirittura contraddetta (n. 227). – Ripetiamo del resto qui l'osservazione importantissima già fatta (v. nota 19) sulla comune improprietà di linguaggio che ravvisa degli *equipollenti alla cessazione dei pagamenti*, anziché delle *manifestazioni* di questa, nell'uso dei mezzi di cui all'art. 705, come esige l'espressione stessa dell'articolo (anzi il BENSA chiama addirittura *inesattezza di linguaggio* quella della legge).

39) Per i primo CALAMANDREI, *Fallim.* (1883), n. 174. Seguirono poi tale opinione; VIVANTE, nella *Temi veneta*, V. p. 273 (refer. nel *Foro it.*, 1897, I, 888, nota); BOLAFFIO (*Annuario*, IV p. 254, e *Comm.*, n. 6 e n. 85); PAGANI (V. *Fallimento* nel *Dig. ital.*, n. 12); CAVO, *Cessaz. di pagam.*, p. 12; COLARIZI, nella *Giurispr. it.*, 1891, IV, p. 358; NAVARRINI (in nota alla Cass. Torino 21 maggio 1897, nel *Dir. comm.*, p. 533).

debitore potrebbero esser soggetti ad annullamento, senza che si potesse dichiarare il fallimento stesso.⁴⁰⁾

Del resto, secondo questa terza opinione, non si faceva punto luogo a una *duplice* nozione dello stato di cessazione. Anzi l'esigenza del fatto *materiale* della inadempienza sarebbe imprescindibile non solo per far dichiarare il fallimento, ma anche, e forse più, per qualificare il così detto *periodo sospetto*, perché sarebbe un attentare alla buona fede dei terzi il far dipendere lo stato di cessazione e le conseguenze che ne derivano, cioè gli annullamenti degli atti dal commerciante messi in essere, dal modo con cui questi si procurò i fondi, cioè da *fatti interni della sua amministrazione*⁴¹⁾. Ma gli annullamenti di atti bilaterali sono sempre subordinati alla prova della *scienza* del terzo, o almeno evitabili colla prova dell'*ignoranza* di lui. Quindi, senza negare che un pericolo non indifferente rappresenti pei terzi il prolungarsi d'uno stato di cessazione di puro fatto, (e ciò sarà un argomento di più per la tesi da noi presunta, che vuole appunto aperta la possibilità di trasformarlo in stato di diritto), è eccessivo parlare di attentato alla buona fede, specie quando si pensi quanto maggiore attentato alla buona fede sarebbe il lasciar piena libertà dispositiva al debitore in tale stato. Oltre di che le inadempienze possono essere ignorate dai terzi per lo meno altrettanto come le operazioni rovinose o fraudolente, e né le une né le altre possono essere esattamente qualificate per *fatti interni di amministrazione*.

Ma veniamo agli argomenti della seconda teorica; li riferiamo nella forma più succinta:

Argomenti esegetici: l'art. 705 è collocato dopo il 704, ove si parla della retrodatazione del fallimento e molto lontano dal 683,

40) ERRERA nella *Temi veneta*, 1883, n. 24, e poi nel *Dir. comm.*, 1888, p. 305 in nota. - L'idea della *ripresa* non manca totalmente di base nei precedenti legislativi: l'A. ricorda infatti che la Commissione compilatrice del codice formulò dapprincipio l'aggiunta, che diè poi luogo all'art. 705, in questi termini: «il rifiuto di alcuni pagamenti per eccezione che il debitore in buona fede possa ritenere fondata non costituisce cessazione, né la *distrugge* il fatto materiale della continuazione di pagamenti fatta con mezzi rovinosi e fraudolenti». Ora *distuggere* implica cessazione già nata. Ma l'espressione era tutt'al più impropria, poiché l'intenzione del legislatore traspare chiara dai *motivi* che accenneremo più oltre; e ad ogni modo fu abbandonata.

41) *Sic* ERRERA., *loc. cit.* Questa apprensione è rimasta dominante nell'A. anche quando, rinunciando alla sua vecchia teorica, si è schierato a favore della prima (*Temi veneta*, 1894, 600 in nota) accettandola nel senso stesso del BENZA, esigendo cioè che i mezzi irregolari di pagamento siano «per indole, o per molteplicità atti a scuotere il credito del commerciante, e per la loro *notorietà* lo abbiano infatti scosso».

dove si parla delle condizioni per dichiararlo; e in tale posizione è stato mantenuto non ostante le censure della Facoltà giuridica di Torino. Ivi si parla inoltre della dichiarazione che il commerciante *fosse*, o non già che il commerciante *sia* in stato di cessazione; ciò che ha riferimento a tempo passato, non presente, e suppone la dichiarazione di fallimento già avvenuta su altre basi.

Argomenti razionali: sarebbe una dissonanza col sistema della legge che fa consistere il fallimento nella *cessazione dei pagamenti* (intesa in senso materiale) l'introdurre un'eccezione che implicherebbe ritorno a criteri già rigettati, perché tratti da fatti non percettibili esteriormente. L'art. 705 regola una situazione diversa da quella del 683; prima del fallimento non è ammessa l'indagine sulla gestione economica del commerciante; a fallimento dichiarato la legge non è più tenuta a rispettare l'attività economica del fallito, la vita commerciale di lui essendo già esposta alla più estesa pubblicità, e dovendo quindi il giudice tener conto degli espedienti rovinosi e fraudolenti che prima sfuggivano alla sua indagine.

Ci parrebbe di non esser sinceri negando ogni importanza al primo ordine di argomenti, come del pari il rispetto che professiamo agli avversari non c'impedisce di trovare pochissimo concludenti i secondi, ai quali ci troviamo d'avere in sostanza già risposto.

Bisogna confessare che l'art. 705, per essere, com'è secondo noi indubbiamente, integrativo del 683, è assai mal collocato, e che il verbo *fosse* concorre anch'esso a dimostrare che la mente del legislatore era prevalentemente occupata dall'idea della determinazione della data di un fallimento già dichiarato; caso del resto senza dubbio il più frequente di applicazione pratica di questo motivo di cessazione.

Tuttavia convien considerare:

1° che non si può andare fino a trovare una ripugnanza grammaticale tra il *fosse* e il riferimento dell'articolo al momento e all'effetto della dichiarazione di fallimento. Trattandosi di fissare il significato di fatti già avvenuti, come sono i pagamenti effettuati con quei tali mezzi, il verbo in tempo passato resta naturale, dovendosi marcare appunto la *connessione* tra quei fatti e questo effetto. Non bastava al legislatore dire che si può essere in cessazione attuale pur avendo fatto in passato dei pagamenti artificiali; egli voleva anche

marcare che quei cosiffatti pagamenti possono contenere realmente essi stessi la rivelazione dello stato di cessazione, non ostante la loro esteriore apparenza d'inadempienze. Importava escludere il dubbio che lo stato di cessazione non si dovesse estendere fino a comprendere il tempo di quei pagamenti; dubbio che sarebbe stato legittimo usando l'espressione *sia* invece di *fosse*.

2° Se la seconda parte dell'art. 705 dovesse riferirsi alla sola determinazione del periodo sospetto, a causa della collocazione dell'articolo, lo stesso bisognerebbe ammettere per la sua prima parte, vale a dire che anche il rifiuto di pagamenti fondato su eccezioni di buona fede, mentre toglierebbe di potersi retrotrarre la data della cessazione all'epoca in cui avvenne, non toglierebbe di potersi in base ad esso dichiarare il fallimento: ciò che nessuno vorrà sostenere. Ma allora sarebbe molto singolare che in un solo contesto il legislatore avesse conglobato due disposizioni, separate da un solo punto e virgola, una delle quali si riferisse alla cessazione dei pagamenti intesa in un senso e l'altra alla stessa cessazione intesa in un altro senso.⁴²⁾

3° Qualunque sia l'imprecisione della dizione usata dal legislatore e della collocazione data all'art. 705, ogni dubbio vien meno leggendo la Relazione ministeriale alla Camera dei deputati; poiché ivi s'incomincia appunto dal parlare dei *tre sistemi* che fanno consistere lo *stato di fallimento* nella *cessazione dei pagamenti*, nel *disordine economico* e nella *pronunciazione giudiziaria che lo dichiara*, e si dice subito di essersi preferito il primo, *ma con una doppia condizione*: «la prima è che la cessazione dei pagamenti abbia un carattere di generalità, e costituisca l'esterno indizio e la manifestazione del disordine e dell'impotenza del commerciante ad adempiere le obbligazioni del suo commercio. Laonde la cessazione dei pagamenti debbesi riguardare come un fatto complesso,

42) Pure ciò è assunto implicitamente od esplicitamente (v. p. e. CAVO, *loc. cit.*, p. 14) da tutti i sostenitori della teorica. Solo il COLARIZI (*loc. cit.*, p. 359) ha tentato superare l'obbiezione dicendo che le eccezioni di buona fede giustificanti il rifiuto *possono anche* riferirsi alla retrotrazione della data del fallimento, come nel caso che il debitore avesse fatto in addietro eccezioni che fossero state respinte da giudice; sopravvenuto il fallimento non lo si potrebbe retrotrarre a quell'epoca, se le eccezioni, comunque infondate, si giudica che furono elevate in buona fede. Siamo in ciò d'accordo; ma che la disposizione di legge si riferisca proprio e soltanto a questo caso abbastanza straordinario, e non a quello delle eccezioni sollevate per rifiuti attuali e in rapporto a una domanda pendente di fallimento, non è verosimile, ed è poi grammaticalmente smentito dall'uso della parola *possa*, anziché *potesse* o *avesse potuto*.

sottoposto all'indagine ed all'apprezzamento del magistrato; *sicché viene espressamente dichiarato che* esso non può dirsi provato dal solo rifiuto di alcuni pagamenti, legittimato da eccezioni che il debitore in buona fede possa credere fondate, come del pari il solo fatto materiale di una *apparente* continuazione di pagamenti, quando consti che si operarono con mezzi rovinosamente o fraudolentemente procurati a danno del patrimonio comune dei creditori, non impedisce la dichiarazione che il commerciante fosse realmente in stato di cessazione dei pagamenti, *e perciò di fallimento*⁴³⁾. [La seconda condizione è la qualità *commerciale* delle obbligazioni inadempite]. Né ci può esser dubbio che la Relazione qui parli appunto delle condizioni *per potersi dichiarare il fallimento*; tanto che poco dopo passa ad esaminare e confutare il sistema che *identifica lo stato di fallimento colla dichiarazione che ne fa il giudice*.⁴⁴⁾

Similmente la Commissione legislativa, in ordine all'art. 705, osservava, alludendo al sistema del codice del 1808, il quale *enunciava* gli atti determinanti la apertura del fallimento: «La cessazione dei pagamenti è un fatto complesso di cui l'apprezzamento deve esser rimesso all'autorità giudiziaria... Il determinarne precisamente le condizioni di essenza presenta somma difficoltà, e il tentativo del codice francese di caratterizzare il fallimento col designare certi segni esterni particolari non è riuscito. Sicché le leggi posteriori si astennero dal somministrare alla pratica alcun indirizzo. *Eppure non essendo conveniente il completo silenzio della legge in questa materia, una qualche disposizione è necessaria*». E qui segue la parafrasi delle due disposizioni conglobate nell'art. 705, che si dicono introdotte a scopo di servire al giudice *di utile direzione* nelle relative questioni.⁴⁵⁾

4° È tanto chiaro il senso annesso a questo articolo nel progetto, che in questo senso appunto lo intesero, senza neppur dubitarne, le Facoltà di giurisprudenza di Pisa e di Torino (le sole che si

43) V. CASTAGNOLA, *Fonti e motivi del cod. di comm.*, 1035. Notinsi in questo brano; 1° l'esatta definizione data del contenuto dello stato di cessazione dei pagamenti sotto forma di *condizione* della sua ammissione come base del fallimento; 2° la forza dell'aggettivo *apparente* aggiunto alla continuazione dei pagamenti; 3° l'implicito ma chiaro riferimento della seconda parte dell'art. 705 all'art. 638, fatto colle ultime parole: «*e perciò di fallimento*».

44) Del vizio logico in cui cade la Relazione a questo punto non occorre che ci occupiamo.

45) CASTAGNOLA, *loc. cit.*, 1066.

pronunziarono) nelle loro *Osservazioni* sul progetto stesso sebbene tra loro discordi nell'apprezzarlo, biasimando la prima e lodando la seconda di esse la disposizione che stiamo esaminando⁴⁶⁾. Anzi la Facoltà di Torino non mancava di osservare che «questa disposizione, *come quella che definisce l'indole e il carattere della cessazione dei pagamenti*, dovesse costituire un capoverso dell'art. 740 (attuale 683), ove si stabilisce appunto che lo stato di fallimento è determinato dalla cessazione dei pagamenti». È vero che il suggerimento non fu ascoltato, ma ciò non basta a provare che non fosse fondato.⁴⁷⁾

Non torneremo dopo ciò sugli argomenti d'ordine razionale, se non per riassumerne e prospettare, in altrettante proposizioni, che faranno seguito alle precedenti, le ragioni che c'inducono a tener ferma la nostra tesi.

5°. Intesa la *cessazione dei pagamenti* come quello stato patrimoniale del commerciante, per cui egli non può far fronte ai propri impegni, le inadempienze non sono che un sintomo, un indizio molto naturale e normale, ma pur sempre indiretto (tanto che ammette interpretazione contraria) dello stato di cessazione. Ma questo indizio non ha un valore assoluto; può esser surrogato da altri indizî, e soprattutto può esser *dissimulato*. Ora quando il processo di dissimulazione viene scoperto e denunziato; quando perciò si prova che le inadempienze non furono evitate altro che

46) La Facoltà di Pisa partiva dallo stesso concetto dei nostri avversari e censurava il progetto, perché «dopo aver adottato la massima di quelle scuole che fanno dipendere il fallimento dal *fatto materiale* della cessazione dei pagamenti» (il solito equivoco immanente su questa disgraziata espressione), a questo punto *mutava sistema*, e ciò *non era conveniente*; «perché secondo il suddetto principio il commerciante non può chiamarsi fallito finché paga i suoi creditori, e il ricercare se i mezzi ch'egli adopera per pagare siano rovinosi, conduce, nella definizione del fallimento, a quella incertezza per la quale si rifiutarono giustamente le teorie di altre scuole». Invece la Facoltà di Torino lodava il progetto per aver dato con quest'articolo *una più equa e larga spiegazione del concetto della cessazione dei pagamenti* (Cfr. CASTAGNOLA, *op. cit.*, 1047). Dunque chi la pensava come noi approvava, chi la pensava come gli avversari biasimava il progetto. E il progetto diventò legge.

47) Che fosse fondato lo ha confermato recentemente il legislatore rumeno. È noto che il codice di commercio di Rumania del 1887 fu quasi testualmente ripreso dal nostro del 1882. In quella prima redazione anche i nostri art. 683 e 705 furono riprodotti e conservati nella stessa forma e collocazione che nel nostro. Ma modificato il libro del fallimento colla legge 29 giugno 1895, l'articolo corrispondente al 705 è sparito, e la relativa disposizione, ridotta ben vero alla sola prima parte, è stata intercalata subito dopo l'articolo corrispondente al 683, del quale forma così il complemento.

con artifizî e raggiri rivolti a ingannare i creditori, con ciò stesso è assodato che il commerciante si trova appunto in quello stato in cui normalmente avrebbe dovuto rendersi inadempiente, e solamente a questa reticenza colpevole del debitore si è aggiunto il tentativo di una frode diretta ad aggravare il danno dei debitori. Si ha dunque una ragione di più e non di meno, per far luogo alla dichiarazione di fallimento.

6°. La legge contempla e colpisce la *cessazione dei pagamenti* non pel danno diretto verso i creditori insoddisfatti, ma pel turbamento generale che reca nella massa dei creditori; e per rapporto a quest'ultimo effetto, che è il solo decisivo, tanto vale aver rifiutato dei pagamenti che averli effettuati, ma con mezzi rovinosi e fraudolenti.

7°. Non si tratta di far luogo a indagini dirette sulla consistenza patrimoniale e sulla gestione economica del debitore, come quando si accettasse per valido criterio di fallimento lo stato di *dissesto*. Qui si tratta di fatti precisi e determinati che vengono denunziati al giudice siccome contenenti in sé stessi gli elementi per esser qualificati come *rovinosi* o *fraudolenti*. Se per approfondire tali caratteri occorresse una ispezione dello stato patrimoniale (e il caso sarà probabile finché il ciclo evolutivo dell'insolvenza sia ai primi stadî), il giudice potrà e dovrà respingere la domanda. Ciò riguarda l'ammissibilità della prova e la sua maggiore o minore difficoltà, ma non altera il principio di diritto.

8°. Pel concetto giuridico della *cessazione* e del *periodo sospetto* nella nostra legge, è incompatibile l'ammissione d'un *duplice* stato di cessazione, uno dei quali metta semplicemente il commerciante in stato sospetto e l'altro ne renda possibile la dichiarazione di fallimento; poiché lo stato sospetto è in dipendenza causale dal fatto dell'omessa denuncia da parte del commerciante divenuto cessante; sicché bisognerebbe ammettere o che il commerciante sia in obbligo di denunciare uno stato di cessazione che non esiste, o che esista un periodo sospetto senza obbligo per il commerciante di evitarlo.

9°. Non sussiste che nel concetto della legge la *cessazione dei pagamenti* vada generalmente intesa in senso *materiale*, e che qui nell'art. 705 l'espressione stessa sia usata in un senso improprio, allusivo a una cessazione meramente fittizia. La legge ha della cessazione dei

pagamenti un concetto solo, e se può appuntarsi d'imprecisione è soltanto per non aver trovato, come un'esigenza rigorosamente scientifica avrebbe voluto, espressioni diverse per denotare lo stato medesimo e i suoi elementi rivelatori. Ma quella cui allude l'art. 705 è cessazione *reale*, non c'è da equivocare (ivi: «non impedisce la dichiarazione che il commerciante fosse *realmente* in stato di cessazione»). Non giova pertanto escogitare una specie di cessazione *fittizia* o *potenziale*, a cui riappicare gli effetti di questo articolo, in contrapposto alla cessazione *reale* produttiva del fallimento⁴⁸. Le parole dell'articolo sfatano inesorabilmente siffatta costruzione.

10°. Vi sono dei casi in cui la dichiarazione di fallimento è per legge subordinata alla constatazione dello stato di cessazione non più soltanto *de presenti tempore*, ma in un'epoca anteriore a quella della domanda e relativa sentenza dichiarativa. Tali casi sono quelli del *ritiro* e della *morte* del commerciante insolvente (art. 690, 704). Qui il fatto della cessazione *attuale* non ha più forza, da solo, di produrre il fallimento. Bisogna dunque *risalire* fino al momento voluto dalla legge, e riscontrare ivi le origini di tale stato, prima di dichiarare il fallimento.

Ora, o si pretenderà che anche in tali casi lo stato di cessazione originario sia rivelato allo stesso modo e colle stesse condizioni dello stato attuale (cioè mercé materiali inadempienze), e la violazione dell'art. 705 sarà evidente, poiché allora nessuna delle argomentazioni né esegetiche, né dommatiche, né razionali, con cui normalmente si tenta disapplicarlo, resta più accettabile, dal momento che queste argomentazioni sono tutte dirette a dimostrare che il riferimento dell'articolo è (logicamente, grammaticalmente e razionalmente) a un periodo anteriore a quello della dichiarazione,

48) L'ingegnoso ripiego è del BOLAFFIO (*Comm.*, p. 170): «Vi ha una situazione affatto speciale in cui, pronunciato il fallimento, quale conseguenza della cessazione dei pagamenti, si può tuttavia far decorrere quella cessazione da un momento *in cui in realtà non esisteva*... Allora come non affermare che *in realtà* la insolvenza *potenzialmente* esisteva prima della dichiarazione giudiziale del fallimento?... L'uso di quei mezzi sostituisce la *effettiva cessazione*, perché senza quegli spedienti la cessazione sarebbe avvenuta».

e nel caso la cessazione dei pagamenti è fatta appunto risalire a un periodo anteriore, o precisamente all'inizio del periodo sospetto.⁴⁹⁾

Ovvero si concederà che in tal caso eccezionalmente la dichiarazione di fallimento possa venir fuori da uno stato di cessazione desunto senza l'aiuto delle materiali inadempienze, e con ciò rimane distrutta ogni forza logica al principio che occorrono necessariamente delle inadempienze per promuovere il fallimento. L'art. 683 è redatto in termini assoluti, e non ammette eccezioni, né la legge in seguito dà punto a dividere di volerne fare. Se si ammette che *in qualche caso* possa essere in stato di fallimento chi non ha commesso materiali rifiuti, ciò significa che questo non è un elemento essenziale della cessazione dei pagamenti a senso di legge.

Seguono non meno importanti riflessi d'ordine pratico:

11°. Dato che questi pagamenti artificiali abbiano l'efficacia d'iniziare lo stato di cessazione come *periodo sospetto*, l'impedire che essi valgano a far dichiarare il fallimento si risolve nell'aggravare la condizione dei terzi inscienti a beneficio dei consapevoli. Poiché non si può negare che lo stato di *cessante* non dichiarato espone a svariati pericoli tutti coloro che trattano col commerciante che vi si trova. Ora è dovere non del solo cessante, ma di tutti coloro che conoscono lo stato delle cose e del giudice stesso, d'impedire che un tale stato si prolunghi in qualsiasi misura. E sarebbe estremamente assurdo che l'adempimento di un tale dovere trovasse ostacolo nella legge.

12°. La pretesa inapplicabilità dell'art. 705 alla cessazione dei pagamenti giustificativa della dichiarazione di fallimento sarebbe particolarmente grave, se si ammettesse anche per dichiarare il fallimento del commerciante ritiratosi o defunto, poiché per esso l'uso dei mezzi rovinosi o fraudolenti rimarrebbe allora *senza nessuna sanzione*, dato che prima della morte o del ritiro (o dell'anno successivo al ritiro) non si fossero verificati rifiuti. Infatti se quegli spredienti non

49) Non si ha mica difatti un *periodo sospetto* che si estenda poi al di là della cessazione dei pagamenti del commerciante morto o ritirato, fissata a norma dell'art. 690! Ciò dimostra che la retrotrazione non è qualcosa di estrinseco alla vera cessazione, che la legge per fini speciali sovrapponga a questa, ma è la stessa, identica cessazione, di cui la legge ha in certi casi interesse non soltanto di constatar l'esistenza, ma di trovare il momento iniziale.

costituissero condizione sufficiente per la dichiarazione di fallimento, non vi sarebbe luogo a dichiarazione, e con ciò stesso neppure a determinazione d'un periodo sospetto. Quindi in caso di definitiva decozione resterebbero senza applicazione le sanzioni relative agli atti compiuti in periodo di cessazione dei pagamenti a danno della massa.

Chiudiamo, come abbiamo cominciato, ricordando che la *cessazione dei pagamenti* ha un significato tecnico, consacrato dalla tradizione, e che non coincide col significato materiale che la parola *pagamento* tenderebbe ad evocare. Ed è alla frequente dimenticanza di questo significato tecnico che noi dobbiamo da una parte l'erroneo supposto di un *doppio stato* di cessazione dei pagamenti con regole e contenuto diversi, e dall'altra l'inesattezza teorica che dà la cessazione dei pagamenti come un fatto giuridico non imprescindibile, ma sostituibile con fatti *equipollenti*, per tutti gli effetti di legge.

La rappresentanza del curatore nel fallimento

Gustavo Bonelli

(*Diritto commerciale*, 1902, col. 5-30)

I. – I fatti fondamentali per cui si manifesta la vita di ogni subbietto giuridico sono due: *volere* e *agire*. Ma queste sono due facoltà dell'uomo individuo; questi soltanto può volere e agire *per sé*. Tutti i subbietti giuridici che non hanno una volontà individuale, o l'hanno incompleta o anormale (quindi non riconosciuta dalla legge), vogliono e agiscono *per mezzo d'individui*, i quali, in quanto ciò fanno, possono qualificarsi come *organi* di quel subbietto.

In quanto gli organi agiscono o dichiarano con effetto legale la volontà del subbietto di fronte ad altri subbietti con cui si pongono in rapporti di diritto, essi chiamansi *rappresentanti* di quel subbietto.

Un subbietto dotato di volontà propria, nonché l'organo individuale rappresentante di un subbietto organizzato, possono delegare ad altri la facoltà di agire e di dichiarare la volontà propria o dell'ente rappresentato di fronte ai terzi; il rapporto contrattuale con cui questa delega si effettua si chiama *mandato*, e chi accetta l'incarico si dice *mandatario*, e, in quanto esplica l'incarico stesso a nome del mandante, si pone anch'egli come suo *rappresentante*. Per cui la *rappresentanza* è duplice: *organica* e *contrattuale*. La prima può essere *originaria*, *immediata*, *legale*, cioè conferita dalla stessa legge regolativa dell'ente, come può essere *derivata*, *mediata*, per lo più *giudiziale*, cioè conferita mediatamente da un organo immediato della volontà dell'ente, che per lo più è l'autorità giudiziaria. La seconda è sempre *volontaria* epperò di sua natura *revocabile*. Non esiste quindi per noi la figura del preteso *mandato legale* o *giudiziario*; queste espressioni involgono contraddizione, perché affermano e negano nel tempo stesso l'origine contrattuale dell'incarico o funzione demandata, e ingenerano così confusione in un a materia che ha bisogno d'un linguaggio proprio e preciso.

Con ciò resta intanto eliminato che il curatore del fallimento sia un *mandatario* di chicchessia. Non lo è del fallito, perché per nessuna legislazione egli riceve dal fallito l'incarico di rappresentarlo. Non lo è dei creditori, nemmeno nelle legislazioni in cui la sua nomina

è devoluta esclusivamente a questi, perché in ogni modo essa proviene non dai singoli creditori, né dal rappresentante o organo *esecutivo* della creditoria, ma dall'assemblea, corpo collettivo, da cui (come pure dall'autorità giudiziaria o dalla legge) possono esser nominati *organi*, ma non *mandatari*.

Egli è infatti un *organo*, e la sua rappresentanza è di natura *organica*, non contrattuale. Ma organo e rappresentante di chi?

II. – Perché il curatore potesse essere organo e rappresentante *del fallito*¹⁾, bisognerebbe che questi da una parte fosse tuttora proprietario dei beni devoluti all'amministrazione del curatore, e dall'altra non avesse più una capacità volitiva riconosciuta dal diritto. Ma la massima parte delle leggi (e forse in sostanza tutte) sono d'accordo colla nostra nel riconoscere al fallito la capacità giuridica di volere e di agire come prima del fallimento, salva l'intangibilità dei beni devoluti alla massa. Egli perciò non ha bisogno di organi; e senza esser organo non si rappresenta un nolente²⁾. D'altra parte il fallito è privato del diritto d'amministrare e di disporre; ora la rappresentanza organica supplisce alla *capacità*, non al *diritto* mancante: si rappresenta chi *non può* – in quanto *non è capace di* – fare una cosa, non chi *non può* – in quanto *non ha diritto di* – farla, poiché ciò che il diritto ci vieta di fare non possiamo fare neppure per via di rappresentanti; il rappresentante non può avere maggiori diritti del rappresentato.

Anche ammesso che la separazione operata dal fallimento abbia lasciato al fallito un diritto di proprietà che possa ancora chiamarsi tale, sempre sta che da questo diritto sarebbero state separate le

1) Questa è tuttavia dottrinalmente la teoria che può ancora dirsi la più diffusa. V. in Germania FITTING, *Concursrecht*, § 23, i commenti del PETERSEN-KLEINFELLER, del WILMOWSKI, del WENGLER, e recentissimamente dello JÄGER sul § 6 dell'*Ordin. concurs.*; nonché SHULTZE, *Deutsch.Concursr. in sein. Jurist. Grundl.* 1880, MANDRY-GEIB, *Civilrechtl. Inbalt. d. Reichsges.* 4^a ediz., p. 551 e seg.; STAUB, *Handelsr.*, § 171, n. 7 etc.; in Austria POLLAK, *Concursrecht*, § 29. In Francia e in Italia, comunque meno nettamente, quasi tutti gli scrittori fanno capo a questo sistema. - Tra le legislazioni, solamente il *Cod. portoghese* (art. 700) esprime che l'amministratore e i curatori fiscali *rappresentano il fallito in giudizio e fuori* (nondimeno il fallito va citato insieme con essi).

2) Questa proposizione ha per noi un valore assoluto, è una *legge logica* inderogabile. L'ente individuale fornito di volontà (riconosciuta) non ha altra rappresentanza possibile fuorché la contrattuale. Il creditore che agisce in luogo del suo debitore o agisce per un diritto acquistato sui beni di lui e in cui perciò è *succeduto* a lui, o agisce, come nell'azione *surrogatoria*, per uno speciale permesso della legge, nei limiti dell'utile gestione, supplendo il debitore inerte, ma non *rappresentandolo*, non essendo questi mai vincolato dai risultati di tale azione.

facoltà tutte che ne costituiscono il contenuto attuale ed essenziale, e separate non già per tenerle transitoriamente paralizzate (come nel sequestro), ma per farle esercitare da altri e non più nell'interesse personale del fallito; e siccome l'opera del curatore si esplica appunto nell'esercizio di *queste* facoltà, e non di *quel* diritto evanescente di alta proprietà rimasto ipoteticamente al fallito, così non sarebbe mai in rappresentanza di questo che la sua azione si svolgerebbe.

Quanto v'è di vero e di legittimo nei postulati del sistema che dà al curatore la rappresentanza del debitore è il fatto che quegli è subentrato *al posto* di questo nella gestione del patrimonio; e per conseguenza egli, o meglio, il subbietto da lui rappresentato, deve considerarsi come *suceduto* al fallito, epperò come *avente causa* da lui, in tutto ciò che riguarda quella gestione; sia pure che si tratti di una successione *sui generis*, analoga a quella che si ha tra la giacenza d'una eredità e il defunto. Anche *succedere*, come *rappresentare*, è prendere il posto di un altro, ma colla differenza che è il subbietto stesso del diritto che allora è cambiato.

E che il subbietto qui sia cambiato è messo fuori d'ogni dubbio dal fatto che i debiti che contrae il curatore nella gestione *non sono debiti del fallito*: tanto vero che essi non entrano cogli altri nel passivo fallimentare, né subiscono la falcidia del *procento*; e così i contratti *continuativi* fatti dal fallito e continuati dal curatore fanno capo nei due stadi a un termine diverso.

III. – A esautorare il principio della rappresentanza del fallito nel curatore basterebbe il fatto che parecchie delle attribuzioni di questo sono precisamente in diretto o indiretto antagonismo colla persona di quello. Infatti il curatore è parte processuale contro il fallito nel giudizio dichiarativo, egli inizia e conduce i giudizi per revoca e annullamento di atti fatti dal fallito, egli può, nella sua qualità, contrattare col fallito; inoltre egli non è punto vincolato dalle antecedenti obbligazioni personali di lui, e può disconoscere la data delle sue scritture private³⁾.

È chiaro che in tutti questi casi il curatore *non può rappresentare il fallito*. Ed è perciò che la maggior parte degli scrittori partigiani di questo sistema non danno al principio una portata assoluta, e

3) Questi punti sono largamente discussi ai nn. 251 e seg. del mio *Commento sul fallimento*.

si acconciano, specialmente in tema di revocatoria, a riconoscere che *talora* il curatore agisce in rappresentanza non più del debitore, ma *dei creditori*⁴⁾, e per conseguenza formulano il principio così modificato: *il curatore rappresenta ora il fallito, ora i creditori*⁵⁾; oppure addirittura: *il curatore rappresenta insieme il fallito e i creditori*⁶⁾. In fondo l'una formula si riduce all'altra, la prima non differendo dalla seconda, se non in quanto considera il curatore nei singoli atti, anziché nella sua qualità permanente. Ma la seconda accentua meglio il vizio logico del principio; poiché è logicamente ripugnante ed inammissibile che una persona si trovi investita nel tempo stesso della rappresentanza di due subbietti in permanente potenziale antagonismo tra loro. Infatti sia che si riguardi il fallimento come una varietà del processo di *esecuzione*, sia che lo si riguardi come un *accomodamento giudiziale* tra debitore e creditori, sempre sta che esso implica due parti in presenza l'una dell'altra. Si capisce, ciò stante, un procedimento che abbia per condizione di sopprimere queste due parti e provvedere diversamente alla sistemazione dei reciproci interessi, ma non un procedimento che lasci sussistere le due parti conferendone la *rappresentanza* a una sola persona. Quando il curatore rappresentasse il fallito, sarebbe naturale che per l'interesse dei creditori, là dove questo si manifestasse in conflitto con quello, il diritto provvedesse, come in altri casi, colla creazione d'un distinto apposito organo provvisorio che li rappresentasse, non già trasferendo per il momento al curatore quest'ultima rappresentanza e lasciando così sprovvisto di rappresentanza il fallito.

Non è invece contraddittorio che uno stesso subbietto raccolga in sé la posizione giuridica di due enti anche in conflitto tra loro,

4) In Francia e in Italia, dove le preoccupazioni sistematiche non sono molto gravi, la dottrina non trova in genere difficoltà a modificare il termine passivo della rappresentanza (nessuno dice p.e. che nelle azioni di nullità il curatore rappresenti il fallito). Ma in Germania l'attaccamento alla logica del sistema ha spinto autorevoli scrittori a sostenere che anche spiegando l'*Anfechtung* il curatore rappresenta il *debitore* (v. tra gli scrittori citati alla nota 1, PETERSEN, WILMOWSKI, FITTING, MANDRY).

5) Così LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, VII, 424. E così gli altri scrittori tedeschi citati alla nota 1.

6) DERNBURG, *Preuss. Privatrecht*, II, § 115. La legge *prussiana* del resto qualificava gli amministratori come *rappresentanti della creditoria e della massa* (§§ 131 e 215), ma il significato dell'espressione non era pacifico (cf. KOCH, not. 33 al § 131). Anche il *Codice portoghese* pur attribuendo all'amministratore e ai curatori fiscali la rappresentanza *del fallito* (art. 700), parlando delle contestazioni dei crediti in sede di verifica, dice che costoro rappresentano *tutti i creditori e il fallito* (articolo 719). Esempi di queste formule ricorrono spesso nelle nostre decisioni giudiziarie (v. p. es. Cassazione di Roma in causa *Volpini*, 13 agosto 1900 nella *Corte Supr.*, parte spec., p. 305).

come procedente da entrambi e ad entrambi succeduto, per il conseguimento di uno scopo che entrambi li comprenda. Allora infatti tutte le funzioni ed azioni che conferiscono al vantaggio di *quel patrimonio* rientrano nel compito di questo ente, sia che provengano dall'una o dall'altra delle due parti interessate, e il curatore agirà, secondo i casi, come avente causa dall'una o dall'altra di esse, ma sempre in rappresentanza del nuovo ente, in cui s'incentra il patrimonio.

IV. – Ma si dice dai partigiani d'un altro sistema:

Non occorre far capo a un altro ente. Chi prese il posto del fallito furono *i creditori*; essi provocarono e per essi si svolge il fallimento; il curatore non è che il *loro rappresentante*.

Questa posizione è certamente più netta, più logica e più vicina al vero delle precedenti; essa rappresenta un progresso nella costruzione sistematica del fallimento⁷⁾. Tuttavia neppur essa è accettabile e, appena si comincia ad analizzare, si presenta sotto ogni rispetto insostenibile.

Perché il curatore rappresentasse *i creditori* nella gestione del patrimonio, converrebbe che questo fosse divenuto cosa loro. Il diritto di *surrogazione* di cui all'art. 1234, anche rafforzato da un diritto reale di pegno, non basta a sostituire il debitore nella disponibilità del patrimonio e nella rappresentanza giudiziaria⁸⁾. Ora

7) Questa teorica è propria di tutti quegli scrittori che attribuiscono ai creditori sulla massa fallimentare un diritto proprio, costituendoli per lo più in *unità collettiva*, capace di presentarsi come *subbietto di diritto*. V. in Germania CANSTEIN nella *Z. für priv. u. öff. Recht*, IX, 466, KOHLER, *Lebrb. d. Concursrecht*, § 22 e *Leifaden*, § 7, SEUFFERT, *Conc.*, § 25; in Austria SCHWARZ, *Oesterr. Concurr.*, I p. 68; in Francia, THALLER, *Traité*, 2^a ediz., n. 1674, 1675, 1805; in Italia BOLAFFIO, *Comm. al tit. del fallimento*, p. 108 (v. anche PESCATORE, *Filosofia e dottr. giuridiche*, I, p. 311). – Il principio della rappresentanza *dei creditori* nel curatore, specialmente nello stadio della liquidazione, si trova il più frequentemente enunciato nelle leggi. Così il Codice 1808 all'art. 528, parlando dei sindaci dell'*unione*, diceva: «essi rappresenteranno la massa dei creditori». E questa dichiarazione è mantenuta nell'art. 532 del *Cod. francese* attuale (come nel 645 del cessato *Cod. italiano* e in altri calcati sul francese). Anche il *Cod. belga* all'art. 528: «se non interviene concordato, i curatori continueranno a rappresentare la massa dei creditori». *Mandatari dei creditori* sono detti i sindaci nel *Cod. chileno* (art. 1414) e gli *amministratori* nel *Cod. russo* (art. 552). La legge *austriaca* poi così si esprime al § 76: «L'amministratore (*Masseverwalter*) è *rappresentante della creditoria* e amministratore del patrimonio appartenente al concorso».

8) Eppure generalmente gli scrittori di questo sistema non riconoscono ai creditori nulla di più d'un *diritto di pegno*, e talora neppure questo, senza poter spiegare naturalmente come mai il rappresentante dei creditori possa colle sue obbligazioni vincolare i beni *del debitore*, per ciò solo che quelli vi hanno un diritto di pegno (v. il cit. *Commento*, n. 248, note 4 e 5 e n. 237).

è certo che il patrimonio fallimentare non diviene *dei creditori*, né può dirsi destinato *esclusivamente* a uno scopo loro, sui risultati della liquidazione essendo interessato subordinatamente anche il fallito.

Ma neppure nell'esercizio di quelle azioni che interessano i creditori nella loro contrapposizione al fallito è esatto il dire che il curatore *li rappresenti*. Non li rappresenta *uti singuli*, perché non ebbe da loro alcun mandato, e perché al bisogno si contrappone a ciascuno di essi (p. e. nel giudizio di verifica dei crediti). Inoltre i diritti tolti per legge ai creditori singoli non potrebbero essere esercitati nemmeno da un loro rappresentante. E nemmeno li rappresenta come *collettività*.

I così detti diritti *della massa* (in senso subbiettivo), quelli appunto che il curatore fa più specialmente valere quando agisce nell'interesse diretto dei creditori, si riferiscono tutti alla massa ente astratto, composto dei creditori *concorsuali* (cioè aventi diritto a concorrere), vale a dire di elementi individuali incerti di numero e di identità, che non costituiscono quindi punto una collettività concreta.

Ma riferire dei diritti a un ente siffatto non significa *attribuirli ad un subbietto*, ma bensì *riservarli ad un fine*. E questo fine è per l'appunto tutt'una cosa col fine essenziale del fallimento, che è la soddisfazione dei creditori. Sicché può dirsi che la *massa subbiettiva* è compresa nella *massa obbiettiva*, come il suo principale elemento unificatore⁹⁾, la sua principale ragione d'esistere. Ed è la miglior realizzazione di questo fine che ha reso necessario spogliare i singoli creditori dei loro diritti, come il fallito dei suoi beni, e riunire presso un solo ente questi e quelli fino alla realizzazione del fine. Se dunque il curatore del fallimento esercita in esso, comunque

9) *Principale non unico*, ed *esterno non interno* all'ente; e qui è la differenza dalla *società* (la cui assimilazione colla *creditoria* vagheggia il THALLER). L'amministratore di una società commerciale può dirsi, senza molta improprietà, rappresentante la collettività dei soci per la ragione che questa collettività costituisce *tutto* l'elemento *subbiettivo* (investito) dell'unità patrimoniale. Ma il fallimento rientra fra gli enti giuridici aventi lo scopo patrimoniale *fuori* di sé; nella divisione di questi enti in *corporativi e istituzionali*, il fallimento appartiene alla seconda categoria, mentre la società appartiene alla prima. E difatti il fallimento può esistere *senza* che una collettività di creditori sia presente. Esso può sorgere *senza* e fino a un certo punto *contro* la volontà dei creditori; per un buon tratto del procedimento, questo cammina senza che la massa dei creditori abbia potuto purificarsi e concretarsi; e anche successivamente l'*assemblea dei creditori* è ben lungi dall'aver l'importanza che ha l'*assemblea dei soci*; e tutte le questioni capitali, compresa l'approvazione del concordato, fanno capo al *tribunale*. Egli è che mentre l'interesse dei soci è il solo che costituisce lo scopo della società, la legge che regola il fallimento, non può prescindere dall'interesse del *fallito*, da cui il patrimonio proviene, e, trattandosi in sostanza d'un fenomeno sociale patologico, non può prescindere dalla considerazione altresì dell'interesse *pubblico*.

rafforzati, quei diritti che sarebbero spettati ai creditori (non ai tali e tali creditori, ma ai creditori *in astratto*), non è già perché *rappresenti* quei creditori (concretamente ignoti e inesistenti), ma perché così facendo soddisfa uno dei fini essenziali dell'ente. - Ora la *rappresentanza* non è data a un *fine* o a un *interesse*, ma ad un *subbietto* per integrarne la *volontà*.

Quanto alla *collettività dei creditori concorrenti*, cioè effettivamente partecipanti alla liquidazione, essa è un subbietto concreto, che ha diritto di prender parte, con appositi organi di volontà, alle operazioni di gestione e di liquidazione, ma in ciò non è punto rappresentata dal curatore. Il suo compito è allora di arricchire di nuovi organi il fallimento, organi la cui funzione è intesa pur sempre alla tutela di questa dominante finalità che è l'interesse dei creditori. Ma essa non entra in rapporti giuridici. Quando il curatore eseguisce una deliberazione dell'assemblea debitamente presa, egli è pur sempre il rappresentante dell'ente, non della creditoria; anzi, quand'anche egli stesso curatore debba la sua nomina agli organi direttamente emanati dalla creditoria, ciò non basta a trasformarlo in un organo di questa, poiché ogni deliberazione della collettività dei creditori organizzata, presa secondo le leggi del fallimento, emana dall'ente fallimento, in cui quella organicamente rientra, ed impegna perciò la massa (obbiettiva)¹⁰.

Quando poi la *collettività concreta dei creditori* si presenta con individualità distinta dall'ente fallimento a trattare direttamente col fallito, come avviene nel *concordato*, essa non è in nessun modo rappresentata dal curatore¹¹. Eppure sarebbe quello il momento più propizio per spiegare la sua funzione di rappresentanza, dato che egli fosse veramente un organo della creditoria.

V. – Della insufficienza dei due sistemi che fanno capo alla rappresentanza del *debitore* e dei *creditori*, unite o separate, è testimonia il movimento più recente della dottrina tedesca in senso ostile all'una e all'altra; ostilità, che, per eccesso di reazione, ha preso

10) Eccezionalmente, nel caso dell'art. 795 *Cod. comm.*, la responsabilità *dei creditori* è impegnata, ma non *come collettività*, sibbene *individualmente*, da parte dei soli creditori *autorizzanti*.

11) Chi tratta e contratta è anche qui la collettività di creditori *concorrenti*, sebbene gli effetti del concordato vincolino poi i creditori *concorsuali* tutti, anche non concorrenti. L'ente fallimento è estraneo a questo contratto, e il curatore vi compie in fondo una figura accessoria e quasi ingombrante.

di mira lo stesso concetto di *rappresentanza* in genere. È specialmente la giurisprudenza del Tribunale dell'Impero e del Supremo tribunale di commercio che ha reso prevalente questo indirizzo¹²⁾, sul cui punto di partenza, che è la critica del sistema della rappresentanza *del fallito*, nulla abbiamo da opporre. Se non che il nuovo sistema¹³⁾, esclusa questa rappresentanza, e constatato che il curatore agisce *al posto* del fallito, ma non *a nome* di lui, che amministra e dispone in virtù d'un *proprio diritto* che è anche un *proprio dovere*, in altri termini un *officium* devolutogli *dalla legge nell'interesse pubblico*, crede aver escluso con ciò qualsiasi rappresentanza, almeno nel senso privatistico (patrimoniale). Osserva giustamente Jäger (§ 6, n. 16) che anche il tutore riveste un *officium* in questo senso, eppure *rappresenta* il pupillo. Dall'esser *proprio* l'*ufficio* del curatore e il diritto di esercitarlo non si può argomentare che sia proprio il diritto esercitato, cioè ch'egli agisca *a nome proprio*; come dall'esser pubblico l'interesse che l'istituto esista non discendo che siano *di diritto pubblico* i rapporti messi in essere dal curatore: quindi in nessun modo potrebbe elevarsi il curatore ad *organo dello Stato*. Questi rapporti hanno sempre come termine di riferimento attivo o passivo il *patrimonio* affidato alla sua amministrazione; sono dunque rapporti di diritto patrimoniale privato¹⁴⁾.

Certamente, finché il *patrimonio* non vuole assumersi come staccato dal suo antico investito, e si continua a ritener *proprietario* di esso il fallito, è impossibile scinder la rappresentanza di quello dalla rappresentanza di questo. Ma appunto su questo collegamento il nuovo indirizzo della giurisprudenza e della dottrina germanica

12) A cominciare dalla sentenza 30 marzo 1892 del *Reichsgericht*, riassunta in JÄGER, § 6, n.12 e seg. Tra gli scrittori citiamo FISCHER nella *Z. für Civilpr.*, X, p. 436; STEGEMANN, *ivi*, XVII, p. 330; OETKER, *Konkursrechtl. Grundbegriffe*, I, p. 51, 112, 314, 423; WÄCHTER, *die mater. rechtl. Seite des Conc.* p. 37; MENZEL, *Anfechtung*, pagine 286, 288; WILLENBÜCHER, *Reichskonkursordn.* (1896), p.27; HENRICI, nell'*Arch. f. bürg. Recht*, II, p. 337; REINHARD, *ivi*, VII, p. 478; LIPPMANN, nei *Jahrb. f. d. Dogmat.* 1900, p. 112 e seg.; SARWEY nella 4ª ediz. del suo *Commento* (in collaborazione con BOSSERT, e recedendo dall'opinione dominante, abbracciata nelle precedenti edizioni), § 6, n. 5; HARBURGER, nei *Blättern f. Rechtsanwendung*, anno 61°, n.16; BUNSEN nella *Z. f. Civilpr.*, XXVI, p. 253.

13) In verità non è nuovo, sebbene per tale s'atteggi, anzi è un ritorno alla primitiva teorica, quale è esposta in SALGADO DE SAMOZA (*Labyrinthus creditorum*, I, c. 13, n.11: *administratorem nominatum per curiam suum esse ministrum, et ejus nomine – Senatus scilicet – non nomine creditorum nec etiam debitoris ...*).

14) Altro è che al curatore resti affidata anche qualche mansione che esce dalla cerchia dell'interesse privato (p. es. art. 756 Cod. comm., cf. CASSAZ. Torino, 7 settembre 1899, *Giur.* 1409); ciò dipende dal concorso dell'interesse pubblico nella formazione dell'ente.

ha portato dei colpi decisivi col martello di una critica serrata e poderosa. E ciò deve logicamente condurre al trionfo della teorica, tuttora così ostica alla maggioranza di quegli scrittori, della *personificazione della massa concorsuale obbiettiva*¹⁵⁾. Poiché negare che i rapporti di diritto cui dà luogo lo svolgersi del fallimento abbiano un subbietto non si può; attribuirli al curatore in proprio è assurdo; dar loro il significato di rapporti pubblicistici è un'evidente contraffazione.

Qualcuno degli scrittori aderenti al sistema di cui parliamo tenta una qualche via di conciliazione col sistema dominante. Così Harburger enuncia nettamente che la proprietà rimasta al fallito è nulla più che *un'ombra, una finzione, nessun diritto effettivo (nur ein Schatten, ein gedachtes kein wirksames Recht)*, ma, invocando dopo ciò l'analogia del *fidecommesso*, pretende trattare il fallimento come un caso di *proprietà divisa* (nel senso tedesco, tra *Obereigentum* e *Nutzungseigentum*), ove *l'alta proprietà* spetta al fallito, e la *proprietà utile* al curatore. Lo che, per ciò che riguarda il curatore, è doppiamente falso: 1° in quanto il suo potere dispositivo (per la liquidazione) va ben più in là di quello del proprietario utile; 2° in quanto questo non è mai esercitato nel *proprio* interesse, ma di *altri*, cioè *in rappresentanza*. A parte poi l'oscurità propria di questo concetto germanico della

15) Questa costruzione si trova per la prima volta con lineamenti incerti, ma abbastanza scientifici, arditamente tracciata nell'opera geniale di DELAMARRE e LA POITVIN (*Dr. Comm.*, VI, n. 69 e seg.). Per essi, «la faillite signifie la collection, le *totum* juridique des biens et des dettes du failli, comme l'hérédité est la collection, le *totum* juridique des biens et des dettes du defunt; envisagée sous cet aspect *la faillite est un être moral*». E come il curatore rappresenta l'eredità e la personifica, così i sindaci rappresentano e personificano il fallimento (*ivi* n. 74). Una concezione simile si ha nel nostro BORSARI (*Cod. comm.*, n. 1750). In Germania la personalità giuridica del fallimento ha i suoi campioni in UÖLDERNDORFF (*Conc. Ordn.* al tit. I, n. 3 e al tit. VII princ.), STIEGLITZ (*Conc. O.*, p.41), ECCIUS (in Förster, *Preuss. Privatr.*, 7ª ediz., p.801), GALLINGER (*Rechtstellung d. Konkursverwalters*, 1896, pagina 20 e seg.), LEONHARD (*Allgm. Theil des bürg. Gesetzb.* 1900, p. 103, 110), sebbene questi ultimi scrittori pretendano di personificare l'amministrazione, anziché il *patrimonio* (v. infra). – Anche HELWIG (*Anspruch und Klagerecht*, 1900, p.248) considera la massa obbiettiva come un *Sondervermögen* suscettibile di rappresentanza, ma intanto le nega la qualità di *persona giuridica*. Al che bene osserva JÄGER (*Conc. O.*, p. 837) che si rappresenta soltanto un *subbietto* giuridico, non un *obbietto*.

*proprietà divisa*¹⁶). Un sistema intermedio fra quello che nega ogni rappresentanza e quindi l'esistenza d'un subbietto di diritto privato nei rapporti successivi al fallimento e il sistema che ravvisa questo subbietto nella stessa massa concorsuale, è quello che, pur riconoscendo la personalità giuridica del fallimento, ripone questa personalità non già nel *patrimonio*, ma nell'*amministrazione*. Così il Gallinger (nel lavoro citato alla nota 15), prendendo occasione da un'espressione di Eccius (*loc. cit.*), che *parte* nei giudizi del curatore dice essere non il fallito, ma l'*amministrazione*, ne deduce, a correzione del sistema di Oetker, che il curatore non è già *parte* o agente *in nome proprio*, ma soltanto *rappresentante l'amministrazione*. Se non che Eccius non pare che scinda l'amministrazione dal patrimonio o massa cui si riferisce, sicché nominando quella s'intende che alluda a questa. Invece Gallinger soggiunge esplicitamente che si va troppo in là quando si dà come subbietto dei rapporti la stessa massa amministrata¹⁷). Ora l'amministratore che rappresenta l'*amministrazione* per sé stessa è forse un concetto serio? *L'amministrazione* è forse qualcosa di più che l'espressione astratta della funzione *dell'amministratore*?

Eppure questo concetto si trova generalizzato recentemente in un lavoro, per molti rispetti pregevolissimo, del Leonhard

16) Sulla utilizzazione di questo concetto per la costruzione delle *persone giuridiche* in Germania, v. diffusamente BERNATZIK, *d. jurist. Persönlichkeit d. Behörden*, §§ 15 e segg. (nell'*Arch. f. öffentl. R.*, V, p. 111 e seg.). Anche SARWEY (*loc. cit.*) richiama la figura della comunione *zur gesamten Hand* (da altri, come dal GIERKE e da molti partigiani della rappresentanza dei creditori, invocata invece per la concezione della *creditoria*), e rassomiglia il rapporto patrimoniale che corre tra fallito e curatore a quello che corre tra moglie e marito sul patrimonio della moglie in quel regime.

17) L' A. si aiuta col richiamo del *trustee* inglese, che si presenta esternamente come *proprietario*, e colla analogia dei casi in cui, pel miglior conseguimento dei fini in un rapporto di mandato, si trasferisce al mandatario l'apparente proprietà della cosa. Ma con ciò si torna indietro al concetto che esclude ogni rappresentanza nel curatore, costituendolo anzi addirittura *proprietario della massa*; lo che, nello stesso concetto inglese dell'istituto, è inaccettabile. Il *trustee* infatti è in realtà tutt'altro che un proprietario, nel senso almeno del nostro diritto. Non solo in caso di suo fallimento i beni ch'egli detiene in tale qualità non entrano affatto nella massa (art. 44 del *bankr. act*), ma la sua gestione fallimentare è limitata e sorvegliata rigorosamente dai creditori con appositi organi, muniti di facoltà estesissime. – Del resto il sistema di GALLINGER riesce a risultati ben strani, poiché egli non si ferma a dar come subbietto succeduto al fallito l'*amministrazione* (in rappresentanza dell'*amministrazione*), ma unisce in questa successione anche i *creditori*, scorgendo tra questi e quello una comunione *zur gesamten Hand*, (ancora un'applicazione diversa di questa equivoca figura, cf. nota preced.). Ma questa complicazione, che è introdotta per spiegare il diritto d'opposizione spettante ai singoli creditori nel giudizio di verifica (il che è lo scopo del lavoro dell'A.) riduce la costruzione tale una mostruosità, da sotlarla a qualunque seria ed efficace discussione.

(vedi nota 15), il quale definisce la *persona giuridica*, non già come un ente sotto amministrazione ma addirittura come *un'amministrazione* (*Verwaltung*); e questa amministrazione è, secondo lui, il vero termine (soggetto) dei rapporti giuridici, il vero padrone (*Herr*) del patrimonio; cosicché non si deve dire che la persona giuridica è un patrimonio devoluto a uno scopo, ma che è un'amministrazione che *ha* un patrimonio per uno scopo. Ora è chiaro che l'amministrazione è un *fatto*, non un *ente*, mentre la logica esige che il rapporto giuridico faccia capo a un ente, non a un fatto. Sarebbe come se ricercandosi il soggetto della respirazione e delle altre funzioni fisiologiche, si pretendesse stabilire che questo soggetto è la *vita*, cioè il fatto generale in forza di cui esse si compiono dall'*essere vivente*.

Certamente, nella congerie di espressioni con cui la pratica giuridica ha provato a battezzare gli enti giuridici *impersonali*, ricorre molto spesso quella di Amministrazione, Direzione ecc.; ma nessuno dubita che nominando l'Amministrazione come termine figurativo d'un rapporto s'intende alludere a un ente amministrato e che il *rappresentante dell'Amministrazione* è appunto niente altro che il rappresentante dell'ente amministrato.

VI. – *Soggetto* di rapporti giuridici è sempre una *unità patrimoniale* (verso un'altra), cioè un patrimonio unificato o dal dominio d'una volontà o dalla destinazione ad uno scopo, quando l'una e l'altro siano riconosciuti dalla legge come aventi un tale effetto. Alla vita giuridica d'un patrimonio è necessaria la presenza d'un *amministratore*, ma non quella d'un *investito*; poiché il diritto, uniformandosi alle esigenze economico-sociali, conosce e regola anche aggregati patrimoniali privi di un padrone, eppure degni di tutela al pari, se non più, dei patrimoni *appropriati*, così nella loro esistenza ed integrità, come negli eventuali rapporti economici che il conseguimento del loro scopo occasiona.

Il patrimonio del fallito, quando, consenziente la legge, è *separato* dal dominio della di lui volontà e dedicato allo scopo della liquidazione giudiziale per la miglior soddisfazione dei creditori, non sparisce punto dalla vita giuridica; cambia soltanto il centro unificatore, e diventa un patrimonio *sub administratione*. Questo patrimonio, in quanto è suscettibile di

acquistare ed esercitare diritti e di contrarre obbligazioni *per sé*, è un *ente giuridico*, che, come ogni altro ente giuridico privo d'investito individuale, ha bisogno di supplire alla deficienza naturale degli organi volitivi e attivi con apposita organizzazione. L'organo principale, che concentra in sé la *rappresentanza* dell'ente, è appunto il *curatore*¹⁸⁾.

La provenienza di questo patrimonio dal fallito gli imprime il carattere fondamentale di *continuazione della personalità patrimoniale del fallito*, analoga a quella che si ha nell'eredità giacente. Il cui curatore perciò dicesi *rappresentare il defunto* con quello stesso significato improprio del termine *rappresentante*, con cui si dice che il curatore *rappresenta il fallito*. In realtà quegli rappresenta il patrimonio ereditario, come questi rappresenta la massa fallimentare.

Ma con essenziali differenze.

Anzitutto l'eredità giacente manca di un investito *effettivo* che debba essere spossessato di fatto, come deve esserlo il fallito, dopo essere stato spossessato di diritto. Lo spossessamento di diritto ha già creato il nuovo ente: ma esso esiste immediatamente come ente potenziale, piuttosto che attuale. Primo compito del suo rappresentante è pertanto quello di raccogliere la massa in sue mani e rivendicarla, se il fallito ricusi di consegnarla come

18) Per la rappresentanza dell'ente fallimento nel curatore, v. gli autori citati alla nota 15. – Tra le legislazioni quelle che più s'avvicinano alla formula esatta di questa rappresentanza sono la *ungherese* (1881), la *svizzera* (1889) e la *messicana* (1890). Per la *l. ungherese* (§ 100) il curatore esercita entro i limiti di legge il diritto di rappresentanza, come di amministrazione e disposizione, riguardo al patrimonio costituente la massa, e rappresenta questa in tutte le contestazioni giudiziarie che attivamente o passivamente lo riguardano. Per la *l. svizzera* (art. 197) «tutti i beni afferrabili del fallito formano una sola massa e sono destinati al pagamento dei creditori»; (art. 240) «l'amministrazione è incaricata degli interessi della massa e provvede alla sua liquidazione; essa *rappresenta la massa* in giudizio». Per l'art. 1418 del *Cod. messicano* «il sindaco provvisorio o definitivo sarà il rappresentante legale giudiziario o stragiudiziario dell'azienda in stato di fallimento». – Del resto lo stesso linguaggio usuale dimostra come s'intuisca perfettamente da tutti che il vero soggetto dei rapporti e il vero rappresentato dal curatore è il *fallimento*, non altri. Le decisioni di giurisprudenza, al pari dei contratti fatti dal curatore, parlano in ogni incontro di diritti o obblighi del fallimento, di giudizi o di transazioni colla fallita, e via dicendo. Gli scrittori, quando non pensano a far delle costruzioni, si esprimono ugualmente. Esattamente il nostro VIDARI al n. 7686 del suo *Trattato*: «al fallito sottentra immediatamente il curatore nell'amministrazione; il quale impertanto è il legale amministratore del fallimento, e questo *rappresenta in giudizio e fuori*, così nell'interesse della massa come in quello stesso del fallito». Lo che non gli impedisce di enunciare altrove che la proprietà dei beni resta al fallito (7543) e che nell'esercizio dei diritti d'amministrazione o di disposizione s'intende sostituita al fallito la massa dei creditori (7542).

farebbe il curatore dell'eredità giacente verso l'usurpatore dei beni ereditari. Questo diritto deriva all'ente e al suo rappresentante dalla necessità stessa della sua esistenza. Il nuovo soggetto giuridico, creato immediatamente colla sentenza dichiarativa, è un *quid juris*, piuttosto che un *quid facti*. Il patrimonio che lo costituisce deve ancora esser concretato; esso è costituito da *tutto ciò che appartiene o dovrebbe appartenere al fallito in quel momento* e successivamente. È ciò che gli scrittori tedeschi chiamano molto incisivamente la *Sollmasse*. Invece l'obbietto nella gestione, e, più ancora, della liquidazione e del riparto, non può essere che il patrimonio concreto, la *Istmasse*. Quindi uno dei momenti essenziali della vita dell'ente è costituito appunto da questo processo di concretizzazione o formazione reale della massa durante il quale gl'interessi della creditoria e quelli del fallito si presentano necessariamente come opposti. Tutti gli atti che si riferiscono a questo processo sono svolti perciò dall'ente (o da chi lo rappresenta) in una posizione e per conseguenza con una *qualità* giuridica diversa da quella in cui sono svolti gli atti di gestione e di liquidazione.

Inoltre il curatore dell'eredità giacente trova la *giacenza* assodata; mentre il curatore fallimentare deve generalmente sostenere anzitutto contro il fallito lo stato di fallimento. E anche qui l'antagonismo coll'interesse di questo non potrebbe esser più stridente.

Di più, ai fini della liquidazione, e precisamente ancora alla più completa formazione della massa, giova al patrimonio il possesso di certi diritti che non si trovano punto in esso allorché spettava al fallito, ma erano invece propri dei creditori, al cui interesse la liquidazione è diretta. Questi diritti vengono per legge attribuiti all'ente e uniti a quelli che già si trovano al patrimonio trasmesso dal fallito; sicché l'organo esecutivo dell'ente può esercitare con pari competenza gli uni e gli altri, come ugualmente spettanti al suo rappresentato. Ma la diversa derivazione loro fa sì che il curatore appaja con diversa veste, secondo che esercita i diritti che ha rinvenuti nel patrimonio o quelli che nell'interesse dei creditori (per non tener conto qui dell'interesse pubblico) vi furono aggiunti.

Insomma, di fronte ai due elementi che esauriscono la finalità patrimoniale dell'ente, il fallimento assume un duplice atteggiamento, secondoché nello svolgersi della sua attività quei due ordini d'interessi si presentano divergenti o convergenti. Da un lato la collettività dei creditori si pone in attitudine ostile verso il fallito, cui vuol togliere di mano il timone del patrimonio e neutralizzare i prodotti della frode, e l'ente che agisce in questa direzione si trova a dover cozzare contro il fallito o contro chi ebbe causa da lui, per la *formazione concreta* della nuova unità patrimoniale. Dall'altro lato la stessa collettività ha interesse che si proceda nella direzione del patrimonio come avrebbe potuto procedere il fallito, e coerentemente l'unità patrimoniale formata si conserva, si realizza (cioè si converte in denaro) e si scioglie ripartendosi per il conseguimento dei fini dell'ente, surrogandosi al posto del fallito e ripetendo la posizione giuridica di lui. Ciò spiega come di fronte al fallito il fallimento ora si presenta come *terzo*, ora come *avente causa*.

Ma questa duplicità d'*interessi* non toglie l'unicità della *rappresentanza* nel curatore. Ciò riguarda piuttosto la *struttura intima* dell'ente giuridico, il cui *scopo* importa, come in ogni altro ente simile, uno o più *interessati* a raggiungerlo, che sono coloro per cui l'ente effettivamente esiste e si svolge in quella data forma, che per lo più concorsero a crearlo, e ne sono i destinatari ultimi. Costoro, mentre sono estranei all'ente *formalmente* (cioè nella sua figura di ente *giuridico*), sono tutt'altro che estranei *nella sostanza* ai risultati economici del suo funzionamento. Sono anzi essi che ne risentono in definitiva le conseguenze vantaggiose o dannose, come i cittadini d'un comune, i membri d'una corporazione, i soci d'una società di commercio sono i veri interessati alla gestione patrimoniale dell'ente cui appartengono, e nella cui *rappresentanza* possono dirsi perciò in certo senso *compresi*.

La parola *rappresentanza* è fra le più elastiche e anche fra le più abusate nella nostra terminologia. Ma bisogna tener distinta la rappresentanza *diretta*, che è la rappresentanza vera e propria, quella cioè per cui *una persona agisce surrogando o esplicando la volontà d'un'altra*, ed esercitandone i diritti a nome di lei, dalle altre manifestazioni di rappresentanza, che

può dirsi *indiretta*, e con cui non s'intende denotare altro che le conseguenze giuridiche d'un rapporto di *successione*, di *cointeressenza* o di *destinazione*, in cui più persone possono trovarsi tra loro. Quando noi diciamo che il curatore del fallimento non rappresenta il fallito, né i creditori, ma il fallimento, intendiamo alludere alla vera e propria rappresentanza, alla rappresentanza *diretta*, ma non escludiamo con ciò che sotto questa rappresentanza *formale* esistano altri subbietti su cui l'attività dell'ente sostanzialmente si ripercuote, e che in questo senso possono dirsi da lui indirettamente rappresentati. Così può dirsi che l'ente fallimento cumula in sé le posizioni e i diritti del fallito e dell'unione dei creditori. Appunto perché l'uno e gli altri, per effetto della sentenza dichiarativa, sono messi fuori dalla direzione e dal controllo che prima aveano sul patrimonio, quei rapporti patrimoniali che prima faceano capo al debitore o a ciascun creditore, e che il nuovo stato non rende incompatibili, fanno capo al nuovo ente, ed è il rappresentante di questo che esercita i diritti perduti dall'uno e dagli altri. Li esercita non *in nome* loro, ma *invece* di loro, *a nome del nuovo ente*.

***Cessazione delle azioni di nullità
spettanti alla massa in un fallimento***

Gustavo Bonelli

(Rivista di Diritto Commerciale, 1905, p. II, pp. 291-297)

CORTE D'APPELLO DI CASALE - 13 dicembre 1904

Pres. FOCESATO - Est. BRUNI.

Piceni c. Novi.

È inefficace la cessione delle azioni di nullità di cui agli art. 707 e 709 cod. comm. non ancora esercitate, che la massa faccia nel concordato al fideiussore del fallito per la esecuzione del concordato stesso (1).

Attesoché l'eccezione messa innanzi dall'appellato fa capo ad una questione assai grave diversamente risolta dalle magistrature, sia del merito che del diritto; fra le altre è notevole una decisione della Corte Suprema di Roma del 14 novembre 1898, che proclamò la massima che, concluso il concordato e cessato quindi lo stato di fallimento, anche se tale concordato abbia trasferito nella massa dei creditori tutto il patrimonio del fallito concordatario, non per questo i creditori possono invocare contro alcuno di essi le presunzioni di frode di cui all'art. 707 e seg. cod. comm. fissate unicamente per lo stato di fallimento: questa Corte, dopo un attento e ponderato esame di essa, si attiene più volentieri a quella che fa valere l'appellato, e cioè essa non esita a ritenere, in conformità al giudicato ora trascritto, che di fronte ad un concordato irrevocabile, scomparso il fallimento, e cioè quello speciale giudizio disposto dal legislatore con norme particolari ad esso esclusive, le azioni che solo in tale giudizio e a vantaggio della massa dei creditori possono farsi valere a senso dell'art. 707 e seg. codice di comm. non sono più esercitabili e quindi non è possibile che possano cedere, in quanto manca quell'ente speciale che esclusivamente potrebbe farle valere nella procedura fallimentare: se quindi la massa dei creditori non credette di esercitarle nel periodo del fallimento, inutilmente nel concordato pretende poterle cedere; se così non dovesse ritenersi si verrebbe in sostanza a far continuare

lo stato di fallimento cessato *ope legis*, con evidente contrasto agli effetti del concordato, e ciò non può volere la legge, la quale, se ha stabilito che determinate azioni non possano svolgersi ed esercitarsi che durante il fallimento, sarebbe completamente elusa, se, col pretesto di una pretesa cessione di tali azioni, dovesse permettere che lo stato di fallimento si riaprisse, esercitando azioni di esclusiva spettanza della massa dei creditori durante la procedura fallimentare definitivamente sepolta per volontà stessa degli accettanti il concordato; e a ciò persuade il semplice esame dei principi e delle norme che regolano la procedura di fallimento. Di vero, questo dichiarato, all'azione singola di ogni creditore e che gli spetterebbe per diritto comune è sostituito l'insieme di essi, formanti così per finzione legale quell'ente giuridico denominato massa dei creditori, che è poi rappresentata dal curatore, il preposto dalla legge all'amministrazione fallimentare: da questo momento per tutti i creditori vi ha uguaglianza di trattamento e tutto si compie nell'interesse collettivo di essi; e ad evitare che il fallito possa frodare questo ente collettivo creato appositamente nell'interesse di tutti i creditori, la legge sancì le disposizioni già superiormente accennate per le quali considerò nulli di pien diritto e di fronte alla massa predetta alcuni atti compiuti dal fallito e specificati all'art. 707 cod. comm., altri atti invece solo annullabili in quanto, se per essi si presume la frode, è fatta salva la prova contraria: è quindi evidente che tali speciali disposizioni vennero dettate nel solo ed esclusivo interesse dei creditori, mentre dura lo stato fallimentare: una volta che essi col fatto loro dimostrano di avere alle azioni suddette rinunciato coll'accettazione di un accordo col fallito, che, reso definitivo, li mette nel nulla per preciso disposto di legge come ente massa creditoria, non possono più, cessando essi così di esistere nella qualità di massa, in tale scomparsa, né esercitare tali azioni, né molto meno cederle pel noto principio che *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habeat*; e a tale conclusione persuade l'esame del carattere del concordato; esso è una convenzione sui *generis* che il fallito conclude coi suoi creditori, per la quale costoro in maggioranza, determinata specificatamente dal legislatore, accettano in pagamento dei loro crediti un'aliquota del loro ammontare – ed una volta omologata tal convenzione dal Tribunale, essa diventa obbligatoria anche pei creditori dissenzienti, ed è assistita dalla presunzione *juris*

tantum, che i creditori pel comune interesse abbiano rinunciato ad una parte del debito. – Con tutta evidenza la Cassazione di Roma, nella fattispecie decisa colla sentenza succitata, dice al riguardo, che cessato colla omologazione del concordato lo stato di fallimento, non si può più parlare di massa dei creditori, né di interesse comune da farsi valere, ed essendo quindi costoro rientrati nell'esercizio dei propri diritti sui beni del fallito pel conseguimento di quanto fu loro assicurato col concordato, non poteva il Piceni (amministratore nominato dai creditori riuniti in concorso) venire chiedendo in loro rappresentanza la nullità dell'ipoteca giudiziale in base ad una presunzione di frode introdotta dal legislatore all'art. 709 cod. comm. per regolare uno stato di cose del tutto opposto a quello, in cui i predetti creditori vennero ad essere posti per la cessazione dello stato di fallimento del loro debitore. – Questa Corte non ignora, che una recentissima sentenza della Corte di Torino ebbe a dichiarare, ma solo per incidenza nella motivazione (nella sentenza 23 novembre 1903, causa Magni), che dottrina e giurisprudenza ammettono potere la massa dei creditori cedere al terzo, che interviene a garantire l'esecuzione del concordato, l'esercizio dell'azione di nullità, che alla massa soltanto appartiene, soggiungendo che detta azione è nel solo esclusivo interesse del cessionario, ma questa proposizione assiomatica non corredata da ragioni esaurienti, non può persuadere questo Collegio ad andare in tale avviso: esso ritiene che una volta che i creditori hanno transatto (il concordato in sostanza non è che una transazione) e stabilito di accettare quel *quid* loro offerto dal fallito, loro debitore, essi non possono nello stesso tempo cedere (e se non cedono esercitare) le azioni di nullità di cui all'art. 707 e seguenti cod. comm. dal momento che colla accettazione da essi fatta hanno cessato di esistere come massa, e a questa soltanto come tale spettava il diritto e la facoltà di promuovere le azioni suddette: è una vera contraddizione in *terminis*: cessare di vivere e contemporaneamente cedere ciò di cui solo si poteva disporre essendo vivi! Come può conciliarsi l'idea, che la massa possa, nel mentre colla accettazione del concordato rinuncia alla propria personalità, esercitare o cedere un diritto che solo a tale personalità era inerente? Questa Corte non arriva a comprendere: – Se dunque l'azione di nullità, che vuol far valere nella specie il cav. Piceni, spettava soltanto alla massa

dei creditori, e cioè all'ente collettivo, questo scomparso, l'azione stessa cade nel nulla e da nessuno può esercitarsi, mancando l'unica persona e lo stato giuridico speciale creato dalla legge, nel quale soltanto essa poteva farlo valere: al riguardo giustamente e ragionevolmente osserva l'appellato Novi che bisognerebbe in caso contrario ritenere che la massa dei creditori potrebbe anche trasmettere tali azioni al fallito concordatario, a ciò non sapendosi trovare ostacolo di sorta, il che sarebbe incivile ed enorme, in quanto che il fallito stesso potrebbe all'ombra della legge venir meno al fatto suo proprio, a quel fatto che egli, senza il di lui fallimento, era tenuto a rispettare; in altre parole, la azione di frode che oggi pretende esercitare il Piceni fideiussore del Traverso potrebbe farsi valere dal presunto partecipe od autore della frode, essendo evidente che il fideiussore in sostanza non è che il fallito, il quale avrebbe così ad avvantaggiarsi di un atto fraudolento da lui voluto e creato a danno dei creditori suoi.

Si supponga infatti che il cav. Piceni non avesse garantito l'adempimento del concordato e che i creditori del Traverso avessero seguito la di lui fede e avessero accettato e stipulato egualmente il concordato; avrebbero essi potuto, passata in giudicato l'omologazione di tale concordato, far valere le azioni di cui alli art. 707 e 709 cod. comm.? Sarebbe assurda la risposta affermativa. Se dunque essi, i veri aventi diritto, nol potrebbero, lo potrà colui, che in sostanza fa due parti in commedia (sia detto obbiettivamente), in quanto se da un lato, rappresenta come cessionario la pretesa massa dei creditori, *dall'altro* non è che *l'alterego* del fallito? – Del resto, in definitiva, se dovesse accogliersi la pretesa del Piceni, il vantaggio della supposta ottenuta nullità dell'atto 21 giugno 1900 non sarebbe dei creditori, ma del garante o del fallito, il che certo non può volere la legge, quando prescrivendo le speciali norme sancite alli articoli 707 e seg. cod. comm., ha limitato l'esercizio di tale azione di nullità all'ente giuridico della massa dei creditori. – Né ad andare in contrario avviso persuadono alcune sentenze citate dal Piceni a sostegno della sua pretesa; vero che la Corte di Genova ebbe a decidere, che i fideiussori del concordato hanno diritto di proporre e far valere quelle azioni di nullità che potrebbero spettare al curatore come rappresentante la massa dei creditori nei cui diritti essi vennero sostituiti, perocché, se è vero che la massima si legge così, non è men vero che la controversia nella quale tale

massima veniva sancita era completamente diversa dall'odierna, e giustificava la decisione di specie di quel Collegio; il caso era di una massa che aveva già fatto valere prima del concordato, e cioè prima di cessare di esistere, un'azione di nullità, ed anzi aveva già ottenuto una sentenza dal giudice di primo grado: come si vede, la questione era tutt'altra; e del resto la stessa Corte di Genova aveva altra volta e posteriormente deciso che, dopo la sentenza di omologazione, il fallito non può continuare il giudizio già vertente per nullità di ipoteca, costituita in frode, soggiungendo che tale azione non potrebbe neanche essere esercitata dal fideiussore del fallito, quando anche avesse anticipato del proprio per tacitare i creditori – in sostanza, scomparso il fallimento, si rientra nel diritto comune: e i diritti e le azioni dei creditori devono svolgersi singolarmente colle norme del codice civile, non esistendo più quella speciale figura giuridica retta da regole particolari: – e lo stesso dicasi della sentenza della Corte di Cassazione di Torino in una sentenza Pisani (1892) nella quale era questione, se avendo i sindaci del fallimento domandato nell'interesse dei creditori la dichiarazione di nullità di un'iscrizione ipotecaria a termini dell'art. 555 cod. allora vigente, tale azione così proposta potesse poi in virtù di esplicito patto trasmettersi ai creditori già componenti la massa, o ad uno di essi, o ad un terzo nell'atto che dal medesimo ricevevano il pagamento del rispettivo dividendo stabilito mediante concordato, e la Corte, in conferma della sentenza di merito, decise affermativamente, ma si comprende; l'azione era già stata messa in moto, proposta dalla massa dei creditori prima di concludere il concordato, e nel conchiuderlo avevano essi esplicitamente voluto e convenuto che tale azione si cedesse; ma quando, come nel caso concreto, la massa dei creditori, contrariamente al concordato, non aveva agito contro il creditore Novi per ottenere la nullità dell'atto 21 giugno 1900, non poteva cedere, accettato il concordato senza riserve, ciò che essa non aveva creduto di esercitare: la differenza è evidente senza bisogno di ulteriore dimostrazione.

Attesoché del resto nella specie le parole stesse adoperate nel concordato per dare corso alla pretesa cessione, dimostrano chiaramente che il Piceni fondava il suo diritto in una mera supposizione; infatti ivi si legge: *esso cessionario si intende surrogato in tutti i diritti della massa per farli valere nel suo proprio conto e rischio, come se essa fosse tuttavia esistente* – tali

ultime parole dimostrano *apertis verbis* che lo stesso Piconi non credeva più all'esistenza della massa in quel momento, tanto che diceva di supporre che essa esistesse ancora; ma è evidente che la massa più non esisteva, essa non poteva più né acquistare, né cedere diritti spettante solo se ancora giuridicamente esistente e durante il fallimento.

Attesoché quindi per tutte le cose fin qui dette, questa Corte trova fondata l'eccezione prospettata dal Novi relativa alla mancanza di veste e di diritto nel Piconi ad agire contro di lui per far dichiarare la nullità dell'atto 31 giugno 1900 in base all'art. 707 e 709 cod. comm. *Omissis*.

Per q. m., la Corte conferma la sentenza del Tribunale di Genova, 2 maggio 1903, ecc.

(1) Cessione delle azioni di nullità spettanti alla massa in un fallimento.

La questione è tra le più controvertibili.

Nella nostra giurisprudenza hanno trovato accoglimento tre diverse opinioni:

1.° Non è ammissibile che un terzo, com'è il fidejussore del fallimento, si renda cessionario delle azioni di nullità spettanti alla *massa*, mentre questa si scioglie col concordato.

2.° Il fidejussore del concordato (o il liquidatore dei beni ceduti nel concordato per abbandono) subentra, *anche senza cessione*, nei diritti e nelle azioni spettanti alla massa per impugnare gli atti del fallito.

3.° Questi diritti e queste azioni passano al fidejussore (o al liquidatore nel caso suaccennato), ma solamente se formarono oggetto di esplicita *cessione* (o *riserva*) nel concordato.

Noi abbiamo adottato nel nostro Commento al libro del *fallimento* questa terza teorica (I, p. 643 e 719), per la quale sta la prevalente nostra giurisprudenza (v. in tema di *riserva*: Cass. Torino 22 giugno 1877, *Giurispr.* 77, 660 e A. Genova 4 ag. 1893, *Legge* 93, II, 596; e in tema di *cessione*: Cass. Torino 22 dic. 1892, *Mon. Trib.* 93, 309; id. 16 febr. 1894, *Giurispr.* 575, e incidentalmente la stessa Cass.

23 nov. 1903, *Giurispr.* 1904, 33 richiamata nella sent. annotata), e che ha anche un largo seguito nella pratica. Nello stesso senso v. tra i nostri scrittori Luciani I, 363, Ramella 333 dei rispettivi trattati del *Fallimento*.

Nel senso decisamente ostile alla cedibilità dell'azione la sentenza che annotiamo non ha precedenti noti nella nostra giurisprudenza, poiché la sentenza della Cassazione romana in essa richiamata (14 nov. 1898, *Foro ital.* 99, 67) si limitò ad escludere la sopravvivenza naturale dell'azione al fallimento, negando ai creditori rimasti cessionari dei beni del fallito per concordato, e non più costituiti in massa, la possibilità di valersi dell'azione revocatoria delle ipoteche giudiziali in base all'art. 709, in un caso in cui di quell'azione non si era fatta nel concordato nessuna riserva. Negò in altri termini la tesi (anche per noi insostenibile) della cessione o trasmissione *implicita* dell'azione, che era stata seguita invece dalla corte di merito (A. Roma 27 gen. 1897, *Tem. R.* 124), come già prima dall'A. Genova 8 febbraio 1892, *Legge* 92, I, 414.

A completare il quadro della giurisprudenza, ricordiamo un'altra sentenza della Cass. Torino 4 apr. 1888, *Legge* 88, II, 13, che ammise la trasmissione dell'azione di nullità al fidejussore, ma per cessione fattane dai creditori *successivamente al concordato*, all'atto del pagamento; tesi che si collega a quella, per noi errata, della trasmissione *implicita* dell'azione stessa dalla massa ai creditori singoli, allorché quella si scioglie.

Ma se non ha precedenti additabili nella nostra giurisprudenza, la teorica della sentenza di Casale, non è meno degna di considerazione per sé stessa. La dottrina tedesca, per esempio, è prevalente nel senso della inceditibilità dell'azione di revoca (*Anfechtungsanspruch*), sia di quella spettante a ogni creditore fuori di fallimento (v. i trattati sull'*Anfechtung* di Jäckel p. 199, Krasnopolski p. 109, Menzel, p. 201), sia di quella spettante alla massa concorsuale (Seuffert, *Concursproz.* p. 219; Iager *Conc. O.*, § 29, n. 25; Patersen-Kleinfeller, *Conc. O.*, § 36, 3). Tra noi si pronunzia in questo senso il Rezzara, *Concordato* 505.

Se non che gli autori accennano in genere alla questione quasi di sfuggita, mentre essa meriterebbe un più profondo esame.

Le obiezioni sono desunte ora dalla *natura* dell'azione di revoca che ne renderebbe inammissibile la trasmissione, ora prendendo di mira in specie la revocatoria propria della *massa* in concorso, per sostenerne la incredibilità da un punto di vista subbiiettivo.

Pel diritto di revoca in generale, si è detto che esso non è che un *accessorio del credito*, che non può separarsi da esso, come non può separarsene il diritto di pegno; mentre, viceversa, cedendosi il credito si presume ceduto anch'esso, a meno che venga espressamente escluso, appunto come accade del diritto di pegno. (V. Jäckel loc. cit. Seuffert e Petersen si contentano di questo motivo d'ordine generale senz'altro anche pel caso del concorso).

Ma dall'*accessorietà* del diritto di revoca al credito risulta intanto che anche l'azione di revoca può cedere in un caso particolare, qual'è quello della cessione del credito, anzi l'una cessione sarebbe conseguenza naturale dell'altra. Ora siffatta trasmissione implicita deve egualmente ammettersi là dove vi ha *surrogazione* legale o convenzionale ai diritti e alle azioni del creditore. (Se col pagamento del debito altrui si acquista il credito contro il debitore ma *senza surrogazione legale né convenzionale*, si avrà bensì l'azione di revoca in proprio per nuovi atti del debitore, ma non si potrà profittare dell'azione già spettante al primo creditore, perché anteriore alla nascita del nuovo credito). Ed è un caso di surrogazione legale quello del *fidejussore che paga* subentrando nelle ragioni contro il debitore (art. 1916).

Quanto al fidejussore *prima di pagare*, la cosa è diversa, perché, sebbene egli abbia già un credito eventuale verso il debitore, non può essere ancora subentrato nelle ragioni del creditore, e il suo credito eventuale non gli dà ancora diritto di spiegare la revocatoria in proprio nome; potrà bensì agire in rilevazione nei casi dell'art. 1919; ma la revocatoria in tal condizione non potrebbe essere da lui esercitata che nel nome e in rappresentanza del creditore. Se non che non ripugna affatto che, specie di fronte a debitore già risultato *insolvente*, il terzo si offra addirittura al creditore *in luogo del debitore*. Ed in tal caso questa specie di *assunzione di debito altrui* può benissimo subordinarsi alla condizione che venga immediatamente investito l'assuntore dell'azione revocatoria già spettante al creditore. Non osta in tal caso il principio della inseparabilità dell'azione di revoca dal credito, poiché chi offre in

questi termini la propria obbligazione è già virtualmente investito del credito, sebbene, non essendosi prodotta ancora la liberazione del debitore di fronte al vecchio creditore, non abbia avuto luogo la surroga *legale* nei diritti e nelle azioni di questo.

Ora se l'azione di cui il concordato toglie al curatore del fallimento l'esercizio a nome della *massa* non fosse che una semplice revocatoria ordinaria, quale spetterebbe ad ogni singolo anche fuori di fallimento: 1.° non occorrerebbe alcuna *riserva* di questa azione ai creditori, perché essi o un loro mandatario potessero egualmente valersene dopo il concordato; 2.° il fidejussore pagando avrebbe diritto di surrogarsi in qualunque tempo; 3.° l'assuntore del debito della percentuale concordata di fronte ai creditori potrebbe ottenere da essi la cessione dell'azione.

Ma noi siamo in presenza di azioni di *nullità* o *di revoca fallimentare* che la legge solo alla *massa*, cioè ai creditori costituiti in collettività formalmente unificata entro il fallimento, concede. E allora se la massa si scioglie senza aver messo profitto l'azione, non può intendersi questa trasmessa ai creditori singoli, ai quali la legge non la concede. E molto meno a terze persone. Anche se il terzo è uno che paga e pagando ha diritto a surrogazione legale (supponiamo l'erede beneficiario che intervenga in proprio a questo scopo nel concordato coi creditori dell'eredità fallita: art. 1953, n. 4), non potrebbe pretendere d'aver acquistato questa azione, poiché l'effetto immediato dell'offerta di pagamento accettata in concordato è di sciogliere la massa, e il pagamento sarebbe in verità effettuato ai *singoli creditori*, i quali, pur insieme riuniti, non possederebbero più l'azione di cui si tratta.

Lo stesso ostacolo non si frapporrà alla *cessione* dell'azione o alla *riserva* di essa nel concordato?

Qui abbiamo una *dichiarazione della massa*, che dà esistenza concreta e obbiettiva all'azione prima che si disperda: ciò basta, secondo noi, perché l'azione stessa resti acquisita ai successori della massa.

Il concordato è un atto della massa, sebbene il suo contenuto consista nel regolamento dei singoli rapporti di credito dei suoi componenti. Ora ciò che la massa dispone nel concordato è come un suo atto di ultima volontà che va rispettato.

In sostanza il patrimonio fallimentare possiede questo elemento che si trova *a disposizione* della massa, finché essa vive come subbietto giuridico formale.

Essa può utilizzarlo direttamente esercitando l'azione ed aumentando del suo ricavo l'attivo. Ma questa forma d'utilizzazione esigerebbe che la massa continuasse ad esistere fino alla realizzazione dell'azione.

È proprio una necessità questo prolungamento di esistenza, che implica prolungamento della procedura di fallimento e impossibilità attuale di concordato?

Sarebbe un formalismo eccessivo. Se l'azione di nullità fallimentare si dissipa collo sparir della massa è perché si presume che questa non abbia avuto bisogno di questo elemento patrimoniale o non abbia voluto profittarne e vi abbia rinunciato. Perfino se l'azione fosse stata impiantata dal curatore, ma poi il concordato sia concluso senza tenerne più conto, la presunzione è che i creditori abbiano trovato sufficienti, senza quell'elemento, le condizioni stipulate nel concordato. Ma quando i creditori in tanto procedono a concordato in quanto tra gli elementi attivi utilizzabili comprendono quella azione assicurata loro dalla legge, e la mettono deliberatamente a profitto, una tale presunzione non ha più base. E in due modi possono metterla a profitto, secondoché il concordato si compie coll'intervento di un fidejussore che si assuma il debito o colla cessione dei beni ai creditori (a parte qui ogni discussione sulla correttezza di questa seconda forma di concordato): nel primo caso, per ottenere dal terzo l'impegno di una percentuale maggiore; nel secondo caso per rendere più proficua la cessione, che senza di ciò potrebbe essere inaccettabile. Ora perché impedire alla massa dei creditori una via come questa di uscire dal fallimento senza rinunciare ad un elemento che può essere talora l'unico cespite notevole dell'attivo e senza attendere lo svolgimento d'un giudizio (revocatorio) che potrebbe da solo prolungare di mesi o di anni il corso del procedimento fallimentare?

Il fidejussore, o meglio, il terzo che interviene per far proprio il debito del fallito di fronte alla massa può benissimo rendersi cessionario di questa per le azioni di sua spettanza, poiché abbiamo veduto che una tale cessione in questi termini è perfettamente ammissibile.

Il venir meno della massa dopo la cessione non può più pregiudicarne l'efficacia, poiché il terzo, divenuto cessionario dell'azione quando poteva divenirlo, agisce omai in nome proprio, non già a nome e in rappresentanza della massa cedente.

Cadono perciò le obiezioni che sogliono desumersi dal riferimento di queste azioni al subbietto *massa*.

Si dice: questa azione non è un bene patrimoniale che la massa trovi nel patrimonio all'aprirsi del concorso; ma sorge con questo e con questo necessariamente cessa (Wolff). Sta bene, ma a patto che la massa non se ne sia impadronita e non ne abbia disposto prima della chiusura: ora è appunto un atto di padronanza e di disposizione che essa fa di questo elemento, quando col concordato lo trasmette o come corrispettivo della promessa ottenuta da un terzo o a chi succede nella liquidazione dell'attivo a lei abbandonato dal fallito.

Non c'è la contraddizione *in terminis* che ravvisa la Corte fra cessare di vivere e contemporaneamente cedere ciò di cui si poteva disporre essendo vivi; perché la cessione non è *contemporanea*, ma *anteriore* allo scioglimento della massa, ed è proprio il fatto che rende questo scioglimento possibile.

Né è esatto il dire che con ciò *si riesce a far continuare lo stato di fallimento* dopo cessato col concordato; poiché se queste azioni sono una conseguenza dello stato di fallimento (e sarebbe più giusto dire che esso le agevola e le amplia, piuttosto che farle nascere, poiché in sostanza la loro base è la pauliana), non è però che la loro esistenza si confonda talmente con quella del fallimento da non poterle immaginare come sopravvivenenti a questo. Lo stato di fallimento non continua affatto, dacché la procedura è completamente cessata, gli organi sono decaduti e il fallito è rientrato nell'integrale esercizio dei suoi diritti; e nessuno di questi fatti è incompatibile coll'esercizio di quelle azioni da parte dei creditori o di chi per essi.

Dice anche la Corte: una volta che i creditori hanno stabilito di accettare quel *quid* loro offerto dal fallito, essi non possono nello stesso tempo cedere o esercitare le azioni di nullità. Ma essi hanno potuto ottenere quel *quid* appunto col cedere o esercitare le azioni di nullità. Ciò risponde anche all'obiezione che il vantaggio dell'ottenuta nullità sarebbe del fidejussore e non dei creditori, dei quali secondo legge dovrebbe essere. Imperocché il

vantaggio i creditori l'hanno appunto realizzato anticipatamente colle migliorate condizioni del concordato.

Non vale a combattere la cedibilità di queste azioni il dire, come pur fa la sentenza, che allora la massa potrebbe trasmetterle anche al fallito; poiché a *tale* trasmissione osterebbero appunto quelle ragioni *personali* che la sentenza enuncia per dimostrarla inammissibile, ragioni che non si applicano che al fallito.

Né sussiste che *il fidejussore in sostanza non sia che il fallito*; al contrario, il fidejussore è un *creditore* del fallito, che appunto in tale qualità, – cioè per le ragioni di regresso che gli competono verso di lui, ha potuto rendersi cessionario dell'azione revocatoria della massa.

La Corte infine sembra ammettere che se l'azione di nullità fosse stata già spiegata durante il fallimento, ma non condotto a termine il giudizio relativo, la cessione fattane in concordato non troverebbe ostacolo; almeno da tale circostanza ritiene essa giustificata qualche decisione di giurisprudenza che ammise la validità della cessione.

Ma in verità, dati gli argomenti con cui la Corte sostiene la nullità della cessione, e cioè la incompatibilità assoluta tra il persistere dell'azione e il venir meno della massa; io non veggio come una tale difficoltà venga sormontata pel fatto che l'azione fosse stata già messa in moto; appunto come l'aver portato innanzi quanto si voglia il giudizio non toglie che, al cessar del fallimento, esso debba considerarsi di fronte al fallimento come non fatto.

In conclusione: secondo noi, lo sciogliersi della massa fa svanire i diritti e le azioni a lei come massa conferiti dalla legge, ma non fa venir meno gli effetti degli atti da essa validamente messi in essere prima di sciogliersi. Ed è valida, e rimane efficace la trasmissione che essa abbia fatto dei suoi diritti e delle sue azioni, se obbiettivamente trasmissibili, in corrispettivo d'un vantaggio da lei conseguito. Quanto poi alla trasmissibilità obbiettiva e generica dell'azione di revoca a terzi, conveniamo che essa sia collegata alla condizione della trasmissione del credito; ma troviamo che questa condizione non manca allorché l'azione si trasmette dal creditore a colui che dichiara di assumere il debito del debitore decotto. E tale è il caso del fidejussore del concordato che si fa cedere le azioni di revoca della massa.

Effetti del concordato per i creditori non comparsi
Gustavo Bonelli

(Rivista di Diritto Commerciale, 1907, p. II, pagg. 490-492)

CORTE D'APPELLO DI TRANI - 5 luglio 1907

Pres. CEFALO P. P. - Est. CURZIO.

Suglia c. Riva e Bonomi.

Per il conseguimento dei benefici di cui all'art. 839 deve dal fallito provarsi l'adempimento degli obblighi del concordato non solo verso i creditori ammessi al passivo del fallimento, ma verso tutti i creditori indistintamente (1).

Osserva che rettamente si avvisava il Tribunale al ritenere incompleto l'adempimento del Suglia agli obblighi assunti nel concordato pel mancato pagamento del debito verso la Ditta Riva e Bonomi. È inconcusso che il concordato non mira a far dichiarare la decadenza di alcun creditore, ma a determinare la quota che il fallito debba soddisfare ai creditori in proporzione dei suoi debiti e costituisce una legge comune per tutti, alla quale debbono soggiacere quelli che avevano diritto ad intervenire, le cui ragioni creditorie preesistevano alla dichiarazione del fallimento, regolando con perfetta uguaglianza i rapporti di debito e credito tra fallito ed i suoi creditori, e nei suoi effetti risale alla data della dichiarazione di fallimento.

Codesta finalità non si attiene soltanto ai privati interessi dei creditori del fallito, ma ancora all'interesse pubblico e con le maggiori possibili garanzie alla tutela della buona fede che deve presiedere alle transazioni commerciali, tanto vero che anche quando il fallito abbia pagato interamente il capitale, interessi e spese, l'art. 816 cod. di commercio concede all'autorità giudiziaria la facoltà di negare al fallito la riabilitazione quante volte non lo credesse opportuno, e concedendola, debba sempre accertare se il debitore abbia pienamente soddisfatto gli obblighi suoi. Ora se questa è condizione imprescindibile nella ipotesi suddetta, tanto più è richiesta dall'art. 839 detto codice, in virtù del quale il fallimento cessa a mezzo del concordato. Ma non bisogna confondere la ipotesi dell'art. 816 con l'altra dell'art. 839 cod. di comm.; nella

prima è espressamente richiesto l'obbligo del fallito al pagamento integrale dei creditori ammessi al fallimento, mentre nell'altra trova applicabilità la disposizione dell'art. 840 detto cod. di comm., la quale come determina l'obbligo di tutti i creditori indistintamente di soggiacere alla legge del concordato, debitamente omologato, così del pari attribuisce loro il diritto di conseguire la quota dei crediti ridotti con tutte le modalità e termini stabiliti dalla convenzione. Voler circoscrivere la portata della detta disposizione al solo obbligo è un non senso, perchè rimarrebbe a beneplacito del fallito di soddisfare se e quando gli torna comodo quel creditore che per circostanze indipendenti dalla sua volontà è stato impedito di fare insinuare tempestivamente il suo credito.

Osserva che, ciò fermato in diritto, non può disconoscersi la creditoria della Ditta Riva e Bonomi di L. 11.745, sia per valuta di effetti cambiari sottoscritti dal Suglia in favore della ditta Croce e da questa girati alla Ditta Riva e Bonomi, sia per somme che il Suglia obbligavasi pagare alla Ditta Riva e Bonomi per conto della Ditta Croce. Dessa emerge dalla scritta privata del 5 febbraio 1906, è confermata dalla sentenza del Tribunale di Bari delli 24 aprile – 1 maggio 1906 colla quale ammettevasi la ditta al passivo del fallimento, e, comunque detta sentenza fosse stata riformata da questa Corte con altra del 16-22 dicembre 1906, la quale ritenne inammissibile la insinuazione dopo la omologazione del concordato, pure faceva salvo alla Ditta medesima l'esperimento di tali ragioni come e quando per legge.

Cosicché il Suglia essendo debitore della summentovata somma sia verso la Ditta Riva e Bonomi, sia verso la Ditta Croce, non può ritenersi che abbia adempito completamente agli obblighi assunti nel concordato se non giustifica di aver pagata la percentuale o all'una o all'altra.

(1) Effetti del concordato *pei creditori non comparsi.*

La legge fallimentare prevede due casi di riabilitazione del fallito: quello di colui che, dopo chiuso per liquidazione dell'attivo il fallimento, trova modo di saldare per intero i suoi creditori (art. 816), e quello di chi, ottenuto dai creditori un concordato, adempie gli obblighi con esso assunti, quando sia stato giudicato però dal tribunale omologante meritevole di speciali riguardi (art. 839).

A *quali creditori* allude la legge allorché pone per condizione della riabilitazione il loro pagamento integrale o l'adempimento del concordato?

Per il primo caso la questione è risolta testualmente dalla legge stessa volendo l'art. 816 che per ottenere la cancellazione dall'albo dei falliti provi il debitore l'avvenuto integrale pagamento di *tutti i crediti ammessi al fallimento*. E la limitazione si giustifica, in quanto che al tribunale, che in camera di consiglio e all'infuori di ogni contraddittorio deve giudicare dell'avveramento di tale condizione, mancherebbe ogni base sicura per giudicare della sussistenza di altri crediti non inclusi nel passivo del fallimento.

Dovrà dirsi lo stesso nel secondo caso? Vale a dire, avrà il fallito concordatario soddisfatto agli obblighi che gl'incombono per il conseguimento dei benefizi di legge provando d'aver pagato la percentuale concordata ai *creditori ammessi al fallimento*?

La sentenza risponde di no; e trova la ragione della differenza nel disposto dell'art. 840, da cui emerge l'obbligo per tutti i creditori indistintamente, cioè anche per i non insinuati e non ammessi, di sottostare alla legge del concordato. Ora, dice la sentenza, se s'impone l'obbligo, si deve anche attribuire il diritto di conseguire la quota concordata nei modi e termini stabiliti dalla convenzione.

Quindi il fallito non potrà mai dire di avere adempiuto da parte sua gli obblighi del concordato, se non avrà pagato la percentuale *anche* ai creditori rimasti estranei al fallimento.

L'argomento si presenta a prima vista non privo di efficacia. Tuttavia io credo più esatta la opposta soluzione.

Già la ragione giustificativa che si adduce pel caso dell'art. 816 conserva lo stesso valore nell'ipotesi dell'art. 839. Come può il tribunale farsi giudice dell'adempimento di obbligazioni derivanti da rapporti giuridici che non furono portati a sua cognizione, e ciò nel silenzio della parte più interessata? È vero che nel caso speciale il giudice aveva dinanzi a sé una ragione di credito sorta durante lo stesso procedimento fallimentare, per effetto dello avvenuto annullamento d'un atto di cessione *in solutum* messo in essere dal fallito nello stato di cessazione dei pagamenti. La Ditta acquirente, costretta a restituire le merci che aveva ricevute in pagamento, aveva diritto di reintegrarsi nelle sue ragioni di credito e d'insinuarsi per esse nel passivo del falli-

mento. Ma questa insinuazione non avvenne o avvenne intempestivamente, sicché non si poté far luogo a giudizio di verifica. Ora donde attingerebbe il tribunale la certezza di questo credito, che potrebbe esser soggetto ad eccezioni, in mancanza d'un dibattito tra le parti interessate? E come, in questa condizione pretendere di annoverare questo credito tra quelli di cui il fallito concordatario deve provare il pagamento, sia pure nella misura della percentuale?

Ma con questo argomento non si risponde ancora all'obiezione che la Corte desume dall'art. 840; il pagamento della percentuale a scadenza è o no un obbligo pel debitore e un diritto di ogni creditore, derivanti l'uno e l'altro dal contratto di concordato? poiché se tale è, il disposto testuale dell'art. 839 importa che il debitore debba provarne l'adempimento per ottenere la realizzazione dei benefici di cui allo stesso articolo.

A nostro avviso, è decisiva per la questione la distinzione fra creditori *concorrenti* e creditori meramente *concorsuali*. I primi, come è noto, sono quei creditori, tra i concorsuali, cioè tra gli ammessi a concorrere, che si valsero d'un tale diritto insinuando il credito e ottenendole l'ammissione, almeno provvisoria, al passivo. Essi sono i soli che *partecipano* effettivamente al processo fallimentare. Gli altri non fanno che risentirne certe conseguenze in senso limitativo.

Così pure essi sono i soli che *partecipano* al contratto di concordato. Non è qui il caso di richiamare i diversi sistemi escogitati per dare una base giuridica al concordato. Chi fa capo alla *legge*, chi alla *pronunzia del giudice*, chi al *contratto*.

La teorica più accreditata ammette la natura *contrattuale* del concordato. Ma questa base non può accettarsi, se non considerando come parte contraente la collettività organizzata dei creditori, la quale esprime la sua volontà per organo della maggioranza risultante da regolare convocazione assembleare (Cfr. Rocco, *Concordato* p. 167; Thaller, *Traité elem.* 2068; Seuffert *Konkursrecht* § 53, 4). Ora qual è questa collettività organizzata? Evidentemente quella dei creditori *concorrenti*, cioè insinuati e partecipanti al processo fallimentare. I creditori rimasti estranei al concorso furono estranei anche all'assemblea del concordato: essi non furono *convocati*, e non concorsero a formare né la maggioranza né la minoranza, vale a dire non entrarono né punto né poco, né positivamente né

negativamente, nella formazione della volontà collettiva. Come comprenderli adunque nella collettività che deve considerarsi come subbietto *contraente*?

Ne viene che la loro posizione giuridica non dal *contratto* può e deve ripetersi, ma unicamente e direttamente dalla *legge*.

Ora la legge, almeno la *nostra* legge, questo solo impone come effetto comune a chi contrattò e a chi non contrattò il concordato; che per gli uni come per gli altri il concordato sia *obbligatorio* (art. 840). Dire: – se vi è l'obbligo vi dev'essere il diritto – è affatto arbitrario. Il diritto di essere pagato resta certamente al creditore, ma per effetto del suo titolo di credito, non per effetto del concordato. Il concordato non fa che comunicargli i suoi vincoli, le sue limitazioni; nessun diritto si aggiunge per lui a quelli già inerenti al rapporto. Se il concordato è protetto da ipoteca, questa ipoteca non lo riguarda; se c'è un fideiussore che non abbia esplicitamente o implicitamente assunto l'intero passivo, non può ritenerlo vincolato verso di lui.

Così manca a codesti creditori rimasti fuori del concorso il diritto che il debitore vada a cercarli e si procuri la loro quietanza per far constare al tribunale l'adempimento degli obblighi *assunti nel concordato*, perchè nessun obbligo verso di loro egli assunse nel concordato.

Disse benissimo la Corte d'Appello di Torino, giudicando in caso consimile al presente:

«In base all'art. 839 doveva il B. pagare la percentuale ai creditori comparsi ed ammessi nel passivo del fallimento, in cui confronto venne fatto il concordato. A quest'obbligo egli corrispose; egli adempì il concordato. Pei creditori non comparsi avrà esso dovere, *ove si presentassero*, di corrispondere loro la percentuale fissata pei crediti degli intervenuti concordatari; ma non mai, in prevenzione alla loro domanda, soddisfarli per ottenere i benefizi di cui all'art. 839. L'art. 840 non ha tale scopo, bensì quello di circoscrivere le ragioni dei creditori, portati o non portati nel bilancio, i cui crediti non siano verificati verso il fallito concordatario, alla percentuale intesa nel concordato, creare, cioè, una uguale condizione per costoro e pei creditori comparsi nel fallimento». (App. Torino 13 marzo 1896, *Foro italiano*, 96, I, 832).

***Sulla cessazione dei pagamenti
di una società in liquidazione***

Gustavo Bonelli

(*Rivista del Diritto Commerciale*, 1910, p. II, pp. 702-704)

CORTE D'APPELLO DI FIRENZE

29 marzo 1910

Pres. MARCELLO - Est. ZANI

Sacchi c. Papini

Il criterio della cessazione dei pagamenti di una società in liquidazione non può trovarsi nel dissesto dimostrato da difficoltà col soddisfacimento degli impegni, ma nello sbilancio del passivo sull'attivo (1).

Osserva, che in appoggio del gravame della pronunzia dichiarativa di fallimento della società Boschi-Papini in liquidazione, si obietta che essendo tal società in liquidazione, non era suscettiva di esser dichiarata in stato di fallimento, per non trovarsi nell'epoca della messa in liquidazione, né in quella della dichiarazione di fallimento in stato di cessazione dei pagamenti; perché se è vero che la liquidazione delle società non libera né queste né i loro soci dalla dichiarazione di fallimento (art. 207 codice di commercio) il criterio però della cessazione dei pagamenti, nella ipotesi dello stato di liquidazione di una società, non può trovarsi nel dissesto economico dimostrato da difficoltà attuali nel soddisfacimento degli impegni né nello stato della sua costante insolvenza, ma occorre invece il passivo superi l'attivo.

Ne segue perciò che per determinare, se nella specie ricorreva l'estremo della cessazione dei pagamenti della società in liquidazione, occorre istituire una duplice indagine, l'una di diritto e l'altra di fatto, e cioè se sia giuridicamente esatto che per la cessazione dei pagamenti nello stato di liquidazione necessita l'assoluta impossibilità economica di dare ai creditori l'intero, e cioè che il passivo superi l'attivo, e se in fatto tal deficienza sussisteva.

Osserva che se è vero per positivo precetto di legge (e che del resto è giusto) che anche le società in liquidazione possono essere

dichiarate fallite, esse però continuano la loro vita, ma al fine di svolgere la loro gestione al solo effetto di ultimare negozi pendenti, vendere le attività sociali, riscuotere crediti per soddisfare poi con i capitali realizzati le passività e dividere gli avanzi che vi sieno tra i soci. Questo essendo l'obiettivo dei patrimoni in liquidazione di un ente commerciale, estremo principale per far luogo alla dichiarazione di fallimento quello si è della effettiva cessazione dei pagamenti per l'impossibilità economica di soddisfarli integralmente; e non basterebbe un semplice dissesto o disordine transitorio causato da motivi intrinseci o da imbarazzi interni di soddisfare per il momento qualche passivo; se infatti ogni vitalità speculativa è spenta, e l'unico obbiettivo dell'esistenza della società si residua nell'intento di soddisfare integralmente i creditori (e di dividere fra i soci gli utili che rimangono e di completare del proprio le deficienze patrimoniali della società), la cessazione dei pagamenti non può desumersi più dalla manifestazione esteriore di un qualsiasi dissesto o di un disordine anche transitorio, non imputabile talora neppure alla società, ma deve risultare dalla matematica dimostrazione obbiettiva della insufficienza del patrimonio sociale per far luogo al pagamento di ogni singolo credito nella sua vitalità: è ovvio d'altronde che la società commerciale in stato di liquidazione, avendo arrestata la sua attività, non ha più bisogno del credito del commercio presso i terzi, e la puntualità dei pagamenti non costituisce però l'indice essenziale per giudicare del grado del di lei credito; tutta la sussistenza dello stato in liquidazione di detta società poggia sull'importanza della consistenza patrimoniale, sin da ricoprire almeno i di lei debiti, onde solo quando a priori risulti, o durante la liquidazione, che le attività patrimoniali non siano sufficienti a pagare i crediti per intero, la società o si deve dichiarare in stato di fallimento, o già posta in liquidazione deve passare nel predetto stato.

È ovvio infatti che se lo attivo è sufficiente a cuoprire tutto il passivo per intero, viene meno lo scopo e la ragione della dichiarazione di fallimento, ed anzi questa è in aperto contrasto coll'interesse dei creditori, e ciò anche quando una qualche mora nei pagamenti si verifichi, il che, talora, può essere inevitabile.

Né un ritardo al soddisfacimento dei crediti, quando però le attività si presentano all'uopo sufficienti, può esser ragione di

provocare una difesa collettiva, che non è il caso di far luogo al concorso fra i creditori, dappoiché lo stato di liquidazione ha insita la gradualità dell'estinzione del passivo; e ognuno avendo assicurato l'intero, non ha interesse né motivo di sottoporsi ad un procedimento diretto solo a garantire la parità di condizioni tra i creditori, i quali del resto riservansi il diritto di agire personalmente per conseguire il pagamento del proprio avere. E questa è teoria conforme, più che al diritto, alla logica, e dottrina e giurisprudenza sono concordi nel riconoscerne il fondamento giuridico.

Che se è vero che al creditore di una società in liquidazione spetta sempre il diritto di domandare la dichiarazione di fallimento, ciò però si verifica solo quando si versi in stato di vera cessazione dei pagamenti, e non semplice ritardo nel dimettere le passività, perché assicurato il pagamento dell'intero, cessa la ragione della legge e con essa la disposizione medesima.

Osserva che da tale premessa si rileva che tutta la indagine si residua nel vedere se al momento della messa in liquidazione della società o se durante il periodo di tal funzionamento sino alla sentenza di dichiarazione di fallimento l'attivo fosse inferiore al passivo, sì da non garantire più il pagamento integrale delle passività sociali.

Omissis.

(1) Sulla cessazione dei pagamenti di una società in liquidazione.

Questa sentenza contiene un esatto concetto della *cessazione dei pagamenti*, contro la tendenza, purtroppo comune, a vedere in essa esclusivamente l'imbarazzo nel far fronte ai debiti alla scadenza. L'espressione *cessazione dei pagamenti*, consacrata dalla tradizione per esprimere quello stato d'insolvenza del commerciante, che deve legalmente produrre il fallimento, ha un significato necessariamente elastico, per potersi adattare alle varie manifestazioni che l'impotenza di un patrimonio alla vita commerciale può assumere nei vari casi. In sostanza, la cessazione dei pagamenti corrisponde alla perdita della fiducia ragionevole dei creditori nella solvibilità d'un commerciante. Ora l'azienda governata da un individuo le cui qualità personali costituiscono il fondamento principale della

fiducia che quello deve ispirare, non può, da questo punto di vista, assimilarsi coll'azienda di una società anonima ove il principale elemento di fiducia è costituito dal patrimonio. Diverso sarà il criterio per giudicare quando un patrimonio deve ritenersi definitivamente condannato a liquidarsi coattivamente, dopo sottratto alle mani dei suoi amministratori normali. E l'esempio forse più spiccato della necessità di un criterio diverso da quello che si adotta per giudicare l'insolvenza del singolo commerciante ci è offerto dal patrimonio d'una società di commercio in liquidazione.

Infatti la liquidazione è già qualcosa di analogo al fallimento, vale a dire un'amministrazione rivolta allo scopo di saldare anzitutto i creditori sull'attivo patrimoniale. La differenza è nel presupposto che l'attivo basterà largamente al conseguimento dello scopo, sicché non occorre mettere in essere mezzi energici e più rassicuranti di realizzazione. Certo, l'istituto non è nell'interesse dei creditori, né essi vi esercitano ingerenza alcuna, i liquidatori essendo, come i cessati amministratori, rappresentanti dei soci esclusivamente. Tuttavia i creditori sono in esso già sufficientemente garantiti da misure che limitano il potere dei soci sui beni. Così le norme di liquidazione fissate nello statuto non possono più modificarsi dopo lo scioglimento della società, dovendo riguardarsi «come una solenne promessa fatta ai creditori sociali» (Vivante, *Trattato di dir. comm.*, 3.^a ed., vol. II, n. 779); nessun nuovo affare può essere intrapreso; nessuna somma può essere pagata ai soci prima che i creditori siano saldati (art. 201), e se i fondi disponibili non sono sufficienti, i liquidatori devono sollecitare i versamenti dei soci (art. 202). Ora, dato tutto ciò, se la liquidazione procede regolarmente, un certo grado di tolleranza è imposto anche ai creditori per non intralciare con sollecitazioni inopportune l'opera dei liquidatori. Altrimenti qualunque liquidazione potrebbe essere mandata in aria per volontà d'un creditore frettoloso. Di sua natura la liquidazione importa un certo lasso di tempo; altrimenti non occorrerebbe una apposita organizzazione per effettuarla.

Con ciò non si dice che manchi al singolo creditore l'*azione*, quando non sia soddisfatto, anche per provocare la dichiarazione di fallimento della società in liquidazione. Ma il criterio per stabilire lo stato di *cessazione dei pagamenti* deve essere necessariamente influenzato dalla specialità dell'istituto. E se

il giudice troverà che lo stato del patrimonio da liquidare quale risulta dal bilancio sociale merita sempre la fiducia dei creditori, e che le prescrizioni di legge disposte nel loro interesse sono dai liquidatori perfettamente osservate (questo secondo elemento è a torto trascurato nella sentenza annotata), non s'indurrà facilmente a sostituire al procedimento pacifico di liquidazione stragiudiziale un procedimento coattivo, non giustificato da stretta necessità, probabilmente osteggiato dalla maggioranza dei creditori, e in ogni modo tale che importerà la soggezione d'una minoranza alla maggioranza là dove non appaiono gli estremi della difesa collettiva reclamati dalla legge concorsuale.

Questi principi furono da noi già esposti nel *Commento* al libro del *Fallimento* (vol. I, pag. 69 e 166). E ci compiacciamo di vederli autorevolmente consacrati dalla presente decisione della Corte fiorentina.

***Sulla capacità del fallito a testimoniare
nelle liti del fallimento***
Gustavo Bonelli

(Rivista di diritto processuale civile, 1925, p. II, pp. 320-323)

CORTE D'APPELLO DI GENOVA - 28 novembre 1924

Pres. Copperi - Est. Billotti

Dall'Orso - Fallimento Garrone

*Il fallito non può essere udito come testimone nelle liti del
fallimento (1).*

La Corte osserva che non a torto la Dall'Orso si duole della sentenza predetta, perché effettivamente i primi giudici non hanno con esattezza applicato alla fattispecie i principi di diritto che riflettono la capacità giuridica a deporre come testimoni. Anzitutto devesi ricordare che per tradizione giuridica e secondo le fonti del diritto positivo, testimone è il terzo estraneo al rapporto processuale, le cui dichiarazioni sui fatti della controversia, perché spassionate, concorrono a formare il convincimento del giudice. Difatti il cittadino chiamato a deporre come testimone ha il triplice obbligo: di comparire innanzi al giudice di rispondere alle interrogazioni concernenti i fatti che possa conoscere, di rispondere con sincerità. Sincerità che non si può pretendere da chi è interessato nella lite cioè da chi è parte, che per la sua qualità, profondamente distinta da quella del testimone, non ha dovere a testimoniare; e se da essa parte si pretendono dichiarazioni orali, altre sono le forme stabilite dalla legge - interrogatori e giuramenti - che nel loro estrinseco ed intrinseco sono assoggettate a norme diverse con diverse finalità.

Dunque, essendo assoluta l'incompatibilità fra le due funzioni processuali di parte e di testimone, è evidente che la persona che in giudizio assume la qualità di parte, direttamente o indirettamente, che nella lite cioè ha un interesse proprio da tutelare, non può essere obbligata a deporre come testimone. È ben vero che il legislatore nell'art. 236 cod. proc. civ. non dispone che le parti siano escluse dal deporre come testimoni, però è uopo rilevare che non necessitava una dichiarazione in tal senso non essendo

confondibili e identificabili le due qualità; a prescindere che se l'incompatibilità è dichiarata per i parenti e gli affini in linea retta di una delle parti o del coniuge, a fortiori una tale incompatibilità esiste per la parte istessa.

Ciò premesso e scendendo al caso in esame, debbesi vedere se il fallito Garrone debbasi considerare come parte nel giudizio, che si agita tra il curatore del fallimento Garrone e la Dall'Orso, oppure se egli sia un estraneo al rapporto processuale, cioè un terzo disinteressato che abbia il dovere di deporre come testimonia.

Il vigente codice di commercio nell'art. 699 stabilisce che dalla data della sentenza dichiarativa del fallimento il fallito resti sprossessato di pieno diritto del suo patrimonio, che appartiene alla massa dei creditori, e che l'amministrazione dei beni presenti e futuri passa al curatore, il quale esercita così le azioni competenti ad esso fallito, purché non si tratti di diritti strettamente personali od estranei al fallimento e lo sostituisce nella qualità di convenuto in tutte le istanze ed atti che possono promuoversi o proseguirsi. È bensì vero che in virtù di tali principii codificati nel cennato art. 699 il curatore non rappresenta il fallito e neanche i singoli creditori, ma il patrimonio in istato di fallimento, onde ad esso curatore spetta la capacità processuale attiva e passiva per la difesa dei diritti inerenti al detto patrimonio fallimentare; però tutto ciò non implica che il fallito nelle controversie che si agitano ad esso curatore a nome del patrimonio istesso perda ogni interesse, diventi un estraneo, perché lo sprossessamento del patrimonio non toglie a lui, fallito, ogni diritto sullo stesso, potendo egli, dopo il pagamento dei debiti, conseguire quanto rimane. E tale qualifica di interessato nelle liti fallimentari la riconosce al fallito lo stesso art. 699 là dove è detto, che il tribunale, se lo giudica conveniente, può permettere od ordinare che il fallito intervenga in causa, qualora specialmente vi sia collisione d'interessi col curatore; e tale possibilità d'intervento si converte in diritto d'intervenire da parte di esso fallito allorquando si verte in questioni, dalle quali possa dipendere un'imputazione di bancarotta a suo carico. Ordunque, se il fallito in alcuni casi può intervenire nei giudizi per volere del magistrato ed in altri può intervenire di pieno diritto, non è esatto affermare che egli, sprossessato del suo patrimonio con la sentenza dichiarativa di fallimento, diventi un estraneo ai rapporti processuali che intercorrono fra curatore ed

avversari, un terzo disinteressato cioè a cui tali rapporti processuali siano del tutto indifferenti; mentre egli conserva integra la qualità di parte interessata nella lite, che lo rende incompatibile ad assumere anche la funzione giuridica di testimone. D'altronde, se una dichiarazione anche del fallito nel giudizio si ritenga indispensabile, la legge col disposto preaccennato la rende possibile in quanto egli può essere costretto ad intervenire e rispondere innanzi al magistrato con l'interrogatorio o col giuramento.

Sarà sempre però dichiarazione di parte interessata, soggetta a quelle cautele e limitazioni disposte dalla legge, ma non potrà mai tale dichiarazione per opportunità di causa assumere la figura di deposizione testimoniale, mancando ad essa quelle speciali caratteristiche del disinteresse e della sincerità proprie del testimone, che ai rapporti processuali è del tutto estraneo.

Altra ragione che nel caso specifico rende incompatibile il fallito Garrone a deporre come testimone è la natura della causa che si agita tra il curatore Crespi e la Dall'Orso, cioè una causa di nullità di contratti di vendita a norma dell'art. 709 n. 1 cod. comm., che ha per substrato le macchinazioni fraudolente che esso Garrone avrebbe perpetrato in correità della Dall'Orso in danni dei creditori. Ora la deposizione di uno dei frodatori – perché tali azioni fraudolente si commettono da due o più persone e non da una sola – è viziata d'inattendibile fin dalla origine, perché frustranea sarebbe l'ammonizione di dire il vero e frustraneo il giuramento stesso, una volta che nessuna sanzione penale potrebbe colpire esso testimone se dichiarasse il falso, essendo egli esente da pena a norma dell'art. 215 n. 1 cod. pen.

Osserva che in accoglimento dell'appello proposto dalla Dall'Orso devesi dichiarare che il fallito Garrone Mario Sebastiano non possa, per incompatibilità, deporre come testimone nel giudizio vertente tra il curatore Crespi e la Dall'Orso Ermenegilda.

(1) Sulla capacità del fallito a testimoniare nelle liti del fallimento.

Non vi può essere alcun dubbio sulla premessa di diritto posta dalla sentenza, sulla incompatibilità, cioè, fra le due funzioni processuali di parte e di testimonio.

Il dubbio sorge sulla applicabilità di questo principio al fallito nei giudizi che sostiene il curatore del fallimento. La questione si collega col tema della rappresentanza del *curatore* nei giudizi del fallimento. Secondo una dottrina molto diffusa il curatore rappresenta, così nei giudizi come nell'amministrazione il fallito (il quale conserva la subiettività del patrimonio): i partigiani di questa dottrina arrivano logicamente alla conclusione che *parte* (rappresentata in giudizio) rimane in ogni caso il fallito (salvo ripiegare alcuni di essi nei casi in cui il curatore si presenta piuttosto come rappresentante i creditori). Quindi egli non può essere ammesso come testimoniaio.

Considerando invece come parte in causa, perché rappresentata dal curatore, la creditoria, si arriva alla conclusione opposta.

Secondo noi, il curatore rappresenta la massa fallimentare come patrimonio autonomo, provvisoriamente privo d'investito. In specie deve considerarsi non più investito del patrimonio, di cui è stato spossessato, il fallito, il quale non potendo perciò ritenersi parte in causa, deve potersi ammettere *di regola* a fare da testimoniaio.

Alla stessa conseguenza possono giungere logicamente coloro che negano al curatore ogni specie di rappresentanza assegnandogli la funzione di organo pubblicistico dello Stato¹⁾. Similmente il Sarwey, pur ammettendo che subietto (proprietario) della massa concorsuale e dei relativi diritti patrimoniali rimanga il fallito, e quindi che gli effetti degli atti di amministrazione e di disposizione messi in essere dal curatore si riversino su di lui, ritiene però che la perdita del *diritto di disporre* cagionata al debitore dal fallimento e l'acquisto del corrispondente diritto da parte del curatore siano sufficienti ad escludere nel fallito la qualità di *parte processuale*. Il curatore nel concludere i negozi giuridici e nel condurre i processi che riguardano la massa agirebbe perciò, non già come rappresentante del fallito, ma in nome proprio, in virtù d'un diritto conferitogli dalla legge, sia pure che essendo il patrimonio amministrato non suo, ma altrui, anche gli effetti, i diritti e le obbligazioni, che sorgono dai suoi atti, sorgono non per lui ma per chi è il soggetto di quel patrimonio. Insomma *parte* essendo

1) Cfr. tra noi F. FERRARA in *Riv. di dir. commerciale*, 1912, I, 339.

il curatore e non il fallito, non c'è ragione (egli dice) di escludere questo dalla testimonianza in giudizio²⁾.

È inutile esporre qui le ragioni che ci fanno poco inclini ad accettare queste ultime soluzioni, che negano una rappresentanza privatistica al curatore o gli danno la qualità di parte distinta dal soggetto del patrimonio da lui amministrato. Ci sembra più semplice restarcene al concetto della rappresentanza diretta del patrimonio; col quale si arriva però ugualmente alla tesi che ammette la possibilità di chiamare il fallito testimone in causa³⁾.

Questa massima deve soffrire eccezione là dove il fallito entra eccezionalmente come parte (interveniante) in causa, nonché, secondo noi, là dove egli, senza esservi chiamato, è però virtualmente parte in causa, come è principalmente nei giudizi *revocatori*, nati da azioni in frode dei creditori, in cui autore della frode è in prima linea lui debitore, e in via normale l'azione si svolge perciò contro di lui (sebbene qualche partigiano del primo sistema ammetta, invece, proprio in questo caso la testimonianza del fallito).

La sentenza non rimane troppo fedele alla sua premessa, quando, per escludere dal testimoniare in causa il fallito, porta come ragione l'*interesse* che egli ha in tutta la gestione fallimentare e quindi nelle liti del fallimento. Questo interesse generico sembra in verità insufficiente a produrre da sé tale incompatibilità: avere interesse è ben altra cosa che essere *parte*, e potrà legittimare nel testimone una ragione di sospetto da apprezzarsi dal giudice nei singoli casi, non mai renderlo incapace di deporre.

Invece è anche per me decisiva la ragione dedotta dalla natura della causa, fondata com'è sulla revocatoria fallimentare dell'art. 709 cod. comm. Trattasi di un contratto di vendita impugnata come fraudolenta in base alla presunzione del 709 n. 1. Innegabilmente il fallito è uno dei frodatori, e sarebbe il principale convenuto se non fosse fallito: egli è perciò virtualmente parte in causa; per questo (crediamo anche noi) non poteva essere assunto a testimone.

2) SARWEY, *Konkursordnung*, § 6 n. 5.

3) V. il mio *Commento al fallimento* (ed. Vallardi), n. 287.

I titoli di credito

Carlo Angelici

I titoli di credito

Carlo Angelici

1. Premessa. – 2. Il problema storico del «titolo di credito». – 3. Metodo e costruzione. – 4. Il ruolo della comparazione. – 5. La scelta sistematica: legittimazione v. circolazione. – 6. Soggetto, patrimonio, diritto soggettivo.

1. Premessa

Non vi è dubbio che nella memoria collettiva degli studiosi di diritto il nome di Gustavo Bonelli sia soprattutto associato alla storia del diritto fallimentare. E senza dubbio giustamente: poiché ancora oggi sono presenti e facilmente rilevabili problemi e soluzioni (si pensi soltanto all'art. 5 della legge fallimentare), con riferimento ai quali è evidente la sua impronta ed è necessario allora, per pienamente comprenderli, un confronto con il suo pensiero.

Si potrebbe quasi dire che la sua importanza decisiva nello specifico settore abbia in certo modo oscurato il ruolo che svolse nel più ampio dibattito avvenuto nel periodo storico di formazione del diritto commerciale e della scienza commercialistica italiana in senso moderno (al punto che di Gustavo Bonelli nella sua più pregevole ricostruzione neppure si ha menzione). Con la conseguenza che la conoscenza di gran parte della sua opera, quella dedicata a temi estranei al diritto fallimentare, è ora circoscritta agli specialisti dei singoli settori.

Ma che ciò non sia giustificato è dimostrato dal fatto che per alcuni di questi, quelli in particolare concernenti i temi della società e personalità giuridica e della cambiale e dei titoli di credito, Gustavo Bonelli è certamente stato un protagonista di primaria importanza e ha decisamente contribuito all'affermazione di tendenze e prospettive ancora oggi rilevanti.

Perciò è certamente meritoria la decisione della Banca d'Italia e del suo Servizio Legale di ripubblicare, selettivamente in forma cartacea e interamente in forma elettronica, la sua completa produzione scientifica. Un modo non soltanto per ricordare un illustre studioso che nella Banca d'Italia ha operato, ma anche per

offrire alla comunità scientifica un'occasione per ripensarne il ruolo e, così, ripensare problemi ancora oggi non privi di rilievo.

2. Il problema storico del «titolo di credito»

Ciò può essere utile, penso, anche per il settore che queste brevi pagine vogliono introdurre, quello dei titoli di credito.

La materia, certamente, si presenta oggi con caratteristiche che la rendono molto distante da com'era all'epoca in cui veniva studiata da Gustavo Bonelli. Basta considerare che il problema del «titolo di credito» era allora quello se e in che modo discipline e fenomenologie fra loro diverse potessero sistematicamente configurarsi in modo unitario; ed esso è poi divenuto, con la codificazione del 1942, il problema di come il «titolo di credito» possa definire l'ambito di applicazione degli artt. 1992 ss. cod. civ. Neppure si potevano porre, allora, i problemi sistematici (ma con immediate ricadute applicative) che si pongono oggi alla luce di fenomeni come quello della c.d. «dematerializzazione»: che trova la sua manifestazione più appariscente nelle vicende del mercato finanziario, ma che in effetti ha avuto antecedenti nel mondo dei titoli di trasporto e persino in quelli, che esteriormente appaiono i più legati a una consolidata tradizione, della cambiale e dell'assegno. Mentre, per un profilo ancora più tecnico, non è sicuramente privo di rilievo che la stessa disciplina della cambiale considerata da Bonelli era precedente a un fatto normativo centrale per la sua storia, la convenzione ginevrina.

Possono essere forse sufficienti queste semplici considerazioni per convincersi che la ripubblicazione e l'invito alla lettura dei saggi di Gustavo Bonelli in materia di titoli di credito abbia un valore soprattutto culturale. Si offre così, fondamentale, l'occasione di approfondire il senso di scelte di vertice che la scienza commercialistica italiana adottò nel periodo in cui tali saggi furono scritti: scelte le cui conseguenze si sono rivelate di «lunga durata» e che ancora oggi valgono a caratterizzare il nostro ordinamento e a distinguerlo da altri con cui vi è pure una lunga storia comune. Mi riferisco *in primis*, ovviamente, alla prospettiva «unitaria»: riguardo alla quale è ben possibile avere diverse opinioni, essendo anzi notissimo che la loro dialettica ha caratterizzato il dibattito in materia anche, e forse soprattutto, dopo la codificazione; ma da un

confronto con la quale, se non altro per i modi in cui si atteggia il nostro diritto scritto, non si può in ogni caso prescindere.

E mi sentirei anche di aggiungere che la peculiare complessità tecnica della materia, che a volte pare presentarsi come un vero e proprio rompicapo o *rebus*, la rende luogo ove sperimentare gli strumenti logici e analitici dell'interprete e, in questo senso, occasione per affinarli.

Ed è soprattutto per questo aspetto che penso ancora oggi meritano di essere studiati quelli che utilizzava Gustavo Bonelli, quando concorreva a definire la linea che poi ha caratterizzato e ancora caratterizza la cultura commercialistica italiana in materia. In questa breve introduzione vorrei perciò segnalarne alcuni profili, la cui selezione evidentemente consegue anche a scelte di vertice di chi scrive e in questo senso è sicuramente arbitraria.

3. Metodo e costruzione

Perciò, guardando soprattutto ai profili metodologici, può essere già di rilievo che per lo studio dei titoli di credito Bonelli avverta l'esigenza di chiarire il senso dell'opera che chiama di *costruzione* del sistema: esigenza che emergeva con chiarezza sia per la complessità tecnica della materia sia, e soprattutto, per la circostanza che ci si trovava in una fase storica in cui tema centrale era l'interrogativo se e in che senso potesse discorrersi (e unitariamente) del «titolo di credito».

E non è forse difficile trovare in proposito accenti che potrebbero apparire di singolare modernità.

Tale mi sembra la sottolineatura che la «costruzione» e i «concetti» di cui si avvale sono opera della dottrina, strumenti che essa elabora e utilizza per comprendere la realtà normativa (i quali poi, come Bonelli precisa, contribuiscono anche ad approfondirne il senso e a risolvere dubbi interpretativi). Il che significa esplicitamente da un lato il rifiuto di ogni ontologismo e dall'altro il riconoscimento di uno spazio di libertà dell'interprete in tale sua opera di «costruzione».

Ma soprattutto mi pare interessante il significato che a questa opera viene riconosciuto, che è quello di ricercare una *unità logica* della disciplina: la quale non è richiesta e non avrebbe senso

richiedere al legislatore, ma è compito specifico della dottrina appunto «costruire». Con la conseguenza che ne risulta una sorta di dialettica fra la legge che realizza scelte politiche e l'interprete che ne ricerca, diremmo *ex post*, il senso e la coerenza logica; e che inevitabilmente i risultati cui può pervenire il secondo sono soltanto provvisori e approssimativi.

E così si segnala, con uno spunto che potrebbe quasi sembrare un'anticipazione dello studio di *Esser*, il ruolo della tecnica delle *finzioni* quale sintomo di queste caratteristiche di provvisorietà e approssimatività. Ma si segnala anche, in termini che quasi parrebbero corrispondere a quelli di *Kuhn* sul pensiero scientifico, che vi è un limite all'utilizzazione di queste tecniche e può accadere, quando la logica prima adottata per ricostruire una disciplina diviene incompatibile con i suoi concreti contenuti, che sorga la necessità di cambiare *ab imis* la «costruzione» precedentemente utilizzata.

4. Il ruolo della comparazione

Ma non è certo questa la sede per (tentare di) approfondire il senso di questi spunti e per chiedersi se e in che limiti essi potrebbero giustificare una lettura «attualizzante» del metodo di Gustavo Bonelli. Potrebbe essere invece di un qualche interesse la sommaria segnalazione di alcuni aspetti generali che emergono dai suoi saggi e che, se non altro a seguito del confronto con la situazione attuale, paiono a chi scrive ancor oggi degni di considerazione.

Significativo mi pare in primo luogo il ruolo che nell'argomentare di Bonelli sui titoli di credito viene svolto dalla comparazione: un ruolo in effetti centrale e in virtù del quale spesso i suoi saggi si presentano come momenti di un dialogo collettivo del quale protagonisti sono non solo autori nazionali, e tra essi soprattutto *Vivante* e *Bolaffio*, ma anche studiosi come *Thaller*, *Goldschmidt*, *Brunner* e *Kuntze*.

Il che fa ricordare, con una qualche nostalgia, un periodo storico nel quale pure per gli studi giuridici esisteva ancora una «repubblica delle lettere» e nel quale, direi soprattutto per il settore del diritto commerciale, i nostri studiosi vi partecipavano a pieno titolo e senza complessi di inferiorità.

Ma fa anche riflettere, invitando a considerare una fase storica certamente decisiva per la nostra cultura giuridica, sul ruolo che può svolgere la comparazione: un aspetto rispetto al quale il confronto con il modo in cui è utilizzata da Bonelli in tema di titoli di credito può risultare istruttivo.

Istruttivo può essere in primo luogo che oggetto di valutazione e comparazione non siano tanto le soluzioni normative dei diversi ordinamenti, quanto i concetti e le prospettive sistematiche in essi elaborati. Il che certamente si spiega perché il problema era soprattutto di «costruzione» nel senso prima accennato, ma corrisponde pure a più ampie esigenze storiche.

Intendo dire che era ormai e da tempo tramontato il periodo della *lex mercatoria* e la prospettiva transnazionale del diritto commerciale era perseguita mediante il dialogo culturale: non sul piano delle fonti del diritto, ormai definitivamente statualizzate, bensì su quello della formazione dei concetti e dei metodi interpretativi. Era soprattutto in tal modo che si formava il linguaggio comune necessario e comunque utile per lo svolgimento dei traffici.

Verrebbe da dire, istituendo un confronto con la nostra epoca, che questa funzione era allora svolta dalla dottrina, mentre ora risulta in concreto affidata a un mercato oligopolistico di *law firms* e a «spontanee» (ma in realtà enti esponenziali di ben definiti interessi) strutture organizzative (con il problema, che non può certo essere affrontato in questa sede, di valutare se e quali distorsioni ne derivino).

Anche è interessante segnalare il significato (aggiungerei: non neutrale) della scelta degli interlocutori. Per questo aspetto Gustavo Bonelli certamente partecipa alla più ampia vicenda per cui gli studiosi italiani del diritto si sono spostati da un approccio di tipo francese a un altro sempre più influenzato dalla dottrina tedesca. E per questo aspetto anche la riflessione sui suoi saggi in materia di titoli di credito possono aiutarci a comprendere come questo tipo di vicende non si spieghi (non possa spiegarsi) per la sola asettica considerazione del merito dell'uno o dell'altro approccio, ma inevitabilmente abbia (e almeno indirettamente esprima) un significato «politico».

Ciò pare a chi scrive evidente con riferimento al periodo storico in cui Bonelli scriveva sui titoli di credito: in cui per l'Italia, da non molto politicamente unita, si poneva il problema di emanciparsi dalla «tutela» (politica, ma con decisive ricadute sul piano economico) francese e si tentava, ricercando una sorta di contrappeso, di risolverlo approfondendo i rapporti con gli stati tedeschi (e si pensi, per questo aspetto, all'esperimento crispino). Una linea politica alla quale, credo non a caso, ha appunto corrisposto il mutamento di interlocutori per la cultura giuridica italiana.

Il che può in certo modo riproporre il tema, di generale portata storiografica, se e come i fenomeni di influenza (e, direi, non solo quella culturale) debbano essere spiegati non soltanto per la posizione di forza (se si vuol dire il «merito») di chi l'influenza esercita, ma anche e per certi aspetti soprattutto per esigenze e scelte di chi la subisce e per così dire «vuole» subirla. E suggerisce, in termini di attualità, se sia più adeguato all'esigenze del sistema giuridico italiano circoscrivere gli interlocutori a quelli di una sola area linguistica oppure ricercare, in certo modo analogamente a quanto avvenne all'epoca di Bonelli, un contrappeso in altri europei.

5. La scelta sistematica: legittimazione v. circolazione

Sono queste, evidentemente, considerazioni di ordine generale: le quali, pur emergendo chiaramente con riferimento a temi di particolare significatività sul piano teorico, come quelli concernenti i titoli di credito (ma anche la personalità giuridica), possono contribuire alla collocazione storica dell'opera di Gustavo Bonelli, non ne definiscono invece lo *specifico* contributo per la singola area tematica.

E da questo punto di vista non può in effetti dubitarsi che, come già accennato, Gustavo Bonelli sia stato fra i principali protagonisti nel delineare quella che potremmo definire la «strada italiana» dei titoli di credito: nel senso che il suo ruolo fu decisivo, su un piano di parità con quello stesso di *Vivante*, per l'affermazione di una loro configurazione «unitaria», quella poi formalmente ripresa con la codificazione del 1942, e per il modo in cui tale configurazione fu caratterizzata.

I due aspetti sono evidentemente connessi e interdipendenti: essendo logico che la plausibilità stessa di una sistemazione unitaria di una materia così complessa e variegata come quella dei titoli di credito consegua logicamente alla plausibilità della prospettiva a tal fine adottata.

Anche qui, come notissimo, il confronto è avvenuto soprattutto con la strada che stava intraprendendo la dottrina tedesca. La quale nello stesso periodo di tempo pur essa ricercava la possibilità di costruire unitariamente una figura di *Wertpapier*, ma si orientava nel senso di concentrare l'attenzione sulla funzione del documento per l'esercizio del diritto; mentre Bonelli e Vivante ponevano l'accento sul momento circolatorio e sull'esigenze della negoziazione.

Si trattava, senza dubbio, di scelte non dovute a ragioni solamente logiche, ma che esprimevano strategie dell'interprete e sue valutazioni di ordine generale. Se può infatti convenirsi che la ricerca di una configurazione unitaria dei (molteplici esemplari che noi chiamiamo) titoli di credito trae origine da un modello di pensiero che tende alla sistematicità (e infatti, se tipica delle culture tedesca e italiana a partire dal periodo storico della pandettistica, è lungamente rimasta estranea a quella francese, ove solo in tempi molto recenti il tema sembra riemergere), la scelta poi dell'angolo di visuale con cui (tentare di) soddisfare questa esigenza può appunto largamente dipendere dalle strategie del singolo interprete e poi, realizzandosi un fenomeno di *path dependency*, di una cultura giuridica.

A conferma di ciò potrebbe essere significativo ricordare che la strada seguita da Bonelli e Vivante, quella di guardare alla funzione circolatoria del titolo di credito per ricercarne l'unità sistematica, sia stata anch'essa una possibile opzione per la dottrina tedesca (si pensi, ancora negli anni '30, al volume di *Eugen Ulmer* e al saggio di *Ludwig Raiser*) ed è ancora discussa nei più diffusi manuali: ove il suo rifiuto viene per lo più motivato per ragioni di convenienza e rispetto della tradizione, non di per sé di ordine logico o imposte da dati di diritto scritto.

D'altra parte, se la rilettura dei saggi di Bonelli induce a un confronto delle scelte operate dalle due culture, ne possono risultare alcune considerazioni forse non del tutto prive di rilievo.

In primo luogo, e direi soprattutto, che la scelta operata anche per l'influenza di Bonelli dalla cultura giuridica italiana è in certo modo più difficile, e richiede allora un approccio più problematico, di quella adottata dalla cultura giuridica tedesca.

Intendo dire che può essere non difficile discorrere di una «unità» sistematica quando il tema è circoscritto a quello della legittimazione per l'esercizio di un diritto: nel qual caso non necessariamente il suo diverso contenuto pone ostacoli alla configurazione unitaria. Il discorso, in tal modo circoscritto, può (direi però: con una qualche dose di approssimazione) esaurirsi nell'analisi dei congegni tecnici con cui la funzione di legittimazione si realizza; e i temi conseguenti alla diversa funzione economica dei diritti di cui di volta in volta si tratta possono, ai fini della prospettazione sistematica, rappresentare ragione per la configurazione di articolazioni interne al sistema così costruito (essendo, per esempio, plausibile la netta distinzione fra documenti «costitutivi» e «dichiarativi», che rappresenta una sorta di *vulgata* nella dottrina tedesca).

La strada è invece, per così dire, meno facile quando si segue quella delineata da Bonelli e Vivante e poi complessivamente seguita dalla cultura giuridica italiana. In tal caso, infatti, se si ottiene il vantaggio di costruire un concetto più significativo (in quanto dotato di maggiore intensione e quindi minore estensione), diviene certamente meno agevole isolare la funzione circolatoria: se non altro in quanto tale funzione può appartenere a quella più generale del diritto e da essa comunque meno agevolmente può essere distaccata.

Non è un caso, del resto, che centrale nel dibattito sia stato e sia il titolo azionario: che concerne un «diritto» per il quale la possibilità di negoziazione è fra i profili che tipicamente contribuiscono a caratterizzare il complessivo rapporto cui partecipa, la società per azioni; con la conseguenza, a ben guardare, che non risulta agevole definire i rapporti (se si vuol dire: i confini) tra i temi che riguardano la negoziazione e le altre esigenze presenti nella sua disciplina.

Questo è comunque il tema che la tradizione inaugurata da Bonelli e Vivante ci propone. E chiarissima è la sua consapevolezza quando il nostro Autore, discutendo in particolare con *Bolaffio*, sottolinea l'esigenza di distinguere fra la funzione economica del

diritto e la disciplina, con il titolo di credito, della sua circolazione; la possibilità, allora, di conseguire la ricercata unità sistematica sul secondo piano, senza che a tal fine possa rappresentare un decisivo ostacolo l'eterogeneità invece rilevabile sul primo (salvo che, possiamo ora aggiungere alla luce di un dibattito ormai secolare, non sia proprio tale funzione economica a porre esigenze contraddittorie con quelle che la disciplina del titolo vorrebbe tutelare).

Pure è significativo, per ricordare un altro punto notissimo, che uno dei dati tecnici all'origine della diversa strada seguita per il «titolo di credito» italiano rispetto a quella del *Wertpapier* tedesco è stata la precisazione, chiarissima nelle pagine di Bonelli, della diversità fra il nostro «titolo nominativo» e i *Rektapapiere*: i secondi che non consentono la negoziazione e il primo che ne è invece strumento. Il che, superando ambiguità terminologiche da cui non è certamente esente l'ordinamento tedesco (ove, come ugualmente noto, per un verso *Namenpapiere* e *Rektapapiere* sono spesso considerati sinonimi, ma per un altro i *Namenpapiere* vengono considerati, quando utilizzabili per la negoziazione, *Orderpapiere*), permette di intendere il «titolo nominativo» su un piano omogeneo con quello dei titoli al portatore e all'ordine, da esso distinto solo per le specifiche formalità tecniche.

6. Soggetto, patrimonio, diritto soggettivo

Perciò al centro del problema si pone il confronto con la disciplina generale degli acquisti derivativi; e l'opera di «costruzione» diviene fondamentalmente quella di riconoscere (ma in realtà elaborare) il senso logico che nella coerenza generale del sistema (non soltanto allora, ed è questo il profilo metodologicamente decisivo, invocando le scelte politiche del legislatore) può avere la soluzione che con i titoli di credito a tale disciplina generale deroga.

Ed è qui che la proposta di Bonelli esplicitamente si discosta da quella di Vivante. Ma è anche qui che il suo discorso sembra in quanto tale così artificioso da risultare agli occhi contemporanei ormai inutilizzabile. Mi pare infatti ben difficile pensare che potrebbe oggi avere un significato, anche solo storico, discutere della *teoria della pendenza* che il nostro Autore proponeva.

Osserverei anche però che la riflessione su tale teoria, che non avrebbe ora senso se al fine di accoglierla o respingerla, può ugualmente risultare molto istruttiva pure per il giurista contemporaneo (quello naturalmente interessato alla comprensione sistematica); e ciò, direi, proprio per la sua artificiosità, che mi pare in grado di segnalare il cuore dei problemi che vorrebbe risolvere.

Mi limito ad accennare in estrema sintesi alcuni aspetti che mi paiono particolarmente significativi:

a. In primo luogo che la teoria bonelliana è fra quelle che con maggiore chiarezza, in termini potrebbe dirsi estremistici, pongono al centro della tematica dei titoli di credito il confronto con la disciplina degli acquisti derivativi. Ciò al punto che per spiegare la prima si giunge a negare che l'acquisto mediante un titolo di credito sia realmente un acquisto derivativo: nel senso che il «diritto» che l'ultimo possessore esercita nei confronti dell'emittente non gli perviene dal suo dante causa, che di tale «diritto» non era in effetti titolare, ma direttamente (e in questo senso a titolo originario) dal possesso del titolo.

La soluzione potrebbe apparire un *escamotage*; e in parte probabilmente lo è. Essa può invitare però a riflettere su un profilo in certo modo ovvio, ma a volte non del tutto tenuto presente: che quando si discorre di categorie logico-sistematiche, come quella dell'«acquisto derivativo», non si tratta di dati della realtà oggettiva, ma di strumenti per la comprensione della normativa, potendo allora non essere valutato come tale ciò che empiricamente (ma non in base alle scelte del legislatore) sembrerebbe corrispondergli.

b. D'altra parte, se ne risulta l'invito ad approfondire in che senso le vicende del titolo di credito non sono acquisti derivativi (non lo sono dal punto di vista dell'ordinamento, quale si rivela nella disciplina), ne risulta anche l'interrogativo se ciò avvenga (debba trovare la sua spiegazione logica) per le caratteristiche della situazione giuridica soggettiva interessata ovvero per le modalità della negoziazione.

Né sorprende che in quel periodo storico la ricerca di Bonelli si sia orientata nel primo senso: se non altro in quanto era quella

l'epoca in cui si tendeva a costruire l'intero diritto privato come il sistema dei diritti soggettivi.

c. Deve anzi segnalarsi che la soluzione proposta per la «costruzione» dei titoli di credito corrisponde a un più generale orientamento del pensiero di Bonelli: quello che, come evidenziato dagli stessi studi sul fallimento (oltre che naturalmente sulle società), assegna un ruolo centrale alla prospettiva della *persona*.

Il che potrebbe considerarsi come una sorta di manifestazione estrema dell'atteggiamento culturale che è merito di *Riccardo Orestano* aver poi storicamente riconosciuto nei suoi presupposti e implicazioni: la costruzione di un sistema per il quale è necessaria la corrispondenza biunivoca fra diritto soggettivo e soggetto. Sicché la riconoscibilità del primo implica anche l'esigenza di individuare (ovvero «costruire») il secondo; mentre l'impossibilità che il secondo si riconosca comporta pure una preclusione al riconoscimento del primo.

Ed è il secondo schema quello che si rivela nella «teoria della pendenza» proposta da Bonelli per i titoli di credito. L'esigenza di spiegare la diversità di posizione giuridica dei successivi possessori del titolo e il presupposto che il diritto non è pensabile senza il suo soggetto lo conducono a considerare che, fin quando la vicenda è nella sua fase dinamica, il soggetto non è ancora presente e, di conseguenza, il diritto deve considerarsi in uno stato soltanto potenziale, non attuale.

Il che potrebbe, in termini ben più ampi, anche confermare la sensazione che figure come quella del diritto soggettivo trovino difficoltà al confronto con situazioni dinamiche e siano in effetti adeguate quando la vicenda si conclude e diviene statica.

d. Anche è interessante osservare che questa dialettica (e necessità di distinguere) fra momento statico e momento dinamico si riflette in una sorta di frattura del «rapporto giuridico»: nel senso che le sue due componenti elementari, il diritto e l'obbligo, vengono rese reciprocamente autonome, divenendo allora possibile che l'obbligo sia già pienamente riconoscibile e rappresenti fin dal momento della «creazione» del titolo una componente del patrimonio dell'emittente; mentre il diritto sia ancora in una fase di «pendenza» e entri a far parte del patrimonio di un creditore, rivelandosi allora

nel suo pieno significato, solo quando dalla fase dinamica della negoziazione si passa a quella statica dell'esercizio.

Un approccio il quale chiaramente rivela il nesso sistematico, ben presente nel pensiero di Bonelli anche ad altri propositi e tipico di quel periodo storico (si pensi soltanto alle opere di *Zachariä von Lingenthal* e *Aubry e Rau*), fra le prospettive del diritto, del soggetto e del patrimonio.

e. Neppure privo di significato mi sembra anche l'approccio che in questo contesto sottolinea la (e assegna un ruolo autonomo alla) «creazione» del titolo come momento il quale di per sé non tanto vale a costituire situazioni giuridiche soggettive, quanto appunto a «creare» un valore, una *merce*.

Qui infatti, e potrebbe essere evidente l'influenza della posizione pure criticata da Bonelli di *Einert*, si evidenzia un aspetto per molti aspetti tipico e centrale delle vicende commerciali, quello di isolare il valore di scambio rispetto a quello d'uso. E qui si segnala un tema che ancora oggi sembra a chi scrive di particolare attualità: come debbano definirsi i rapporti fra «valore», «cosa» e «diritto» e, direi soprattutto, quando, come e a che condizioni possono i privati «creare» valori ulteriori rispetto a quelli riconoscibili «in natura» e già riconosciuti dall'ordinamento.

Sono quelli che precedono spunti evidentemente approssimativi e sicuramente unilaterali: non vi è dubbio che lo studio del contributo di Bonelli alla materia dei titoli di credito richiederebbe ben altro approfondimento. Forse però possono essere sufficienti a mostrare che esso rappresenta un'occasione importante, di cui si deve essere grati alla Banca d'Italia, per riconsiderare snodi decisivi della tematica: come del resto sempre avviene quando, ed è questo certamente il caso di Bonelli, ci si avvicina al pensiero di uno dei padri fondatori della moderna cultura commercialistica italiana.

***Contributo ad una teoria scientifica
dei titoli di credito***
Gustavo Bonelli

(Giurisprudenza Italiana, 1897, p. IV, col. 1-43)

Una buona sistemazione scientifica della teorica dei *titoli di credito* era il desiderio più vivo della scienza giuridica commerciale italiana, ed a noi sembra che in buona parte questo desiderio sia stato soddisfatto colla trattazione fatta di questa materia nella poderosa opera che viene producendo il nostro Vivante¹⁾.

Scopo del presente scritto è: 1° di riassumere nelle sue linee generali la teorica del Vivante, difendendola contro le critiche mosse da uno dei più autorevoli nostri commercialisti²⁾; 2° di rilevarne la parte che a noi sembra deficiente e inaccettabile.

Diciamo subito che la parte *sana* è costituita, secondo noi, dalla teorica in sé stessa, dalla determinazione del suo obbietto e dei suoi limiti, dai principii che ne informano il contenuto, cioè dalla parte più *praticamente* (e si intende praticamente *per la scienza*) interessante. La parte che non accettiamo è il tentativo di *costruzione* da cui è accompagnata, cioè il suo *orientamento* (per così esprimerci) nell'intero sistema del diritto privato, quale vorrebbe darcelo l'illustre professore. Noi annettiamo non poca importanza anche a questa parte, che a molti sembra una superfetazione metafisica da lasciarsi ai Tedeschi, e crediamo che senza di essa un edificio scientifico non possa mai dirsi veramente compiuto. Tuttavia ammettiamo benissimo che essa è assai meno urgente, e che partecipa della natura propria delle speculazioni filosofiche, che è di essere essenzialmente subbiettive e adattabili alle esigenze dei cervelli in cui si formano, e per ciò stesso di costituire delle questioni *permanentemente aperte*.

1) VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, parte II: *Le merci e i titoli di credito*.

2) BOLAFFIO, nell'*Archivio giuridico*, LVII, pag. 274 e segg.

I. – La teorica nel suo contenuto.

Nessuna scienza può costituirsi e sviluppare, senza prima assegnare a sé stessa i propri limiti. Poiché la questione dei *limiti* è inscindibilmente connessa con quella *dell'obbietto* proprio di una scienza, e prima esigenza di ogni scienza è *l'unità del suo obbietto*.

Ora assegnare i limiti e l'obbietto a una teorica che abbia di mira i *titoli* o *scritture* (*Papiere*) che interessa alla scienza commerciale raccogliere sotto un punto di vista unico è impresa tutt'altro che agevole. La difficoltà incomincia dalla stessa denominazione che non dev'essere né troppo larga da accogliere categorie non regolate dalla teorica, né troppo ristretta da lasciarne fuori alcune. Il codice tedesco, per es., preferì un'espressione molto lata: *Werthpapiere* (carte-valori), a quella di *Kreditpapiere*, più spesso usata nei primi progetti. Ma è aperta poi la discussione nella dottrina a tutte le più svariate opinioni circa la comprensione precisa di quel termine³⁾. La questione fa sempre capo all'altra, quali siano le proprietà giuridiche più generali di questi titoli che occorra precisamente fissare come caratteristiche ed essenziali agli scopi della scienza.

Ora il carattere assolutamente più generale e comprensivo di tutti indistintamente i *titoli* (*scritture*) che il diritto conosce è quello di aver come funzione di *documentare un qualche rapporto giuridico*. Se non che un tale carattere e una tale funzione non hanno nulla che meriti o reclami nella scienza un posto speciale per gli scritti che lo possiedono o la adempiono. I principii generali di diritto bastano a ciò.

La proprietà più generale che interessa alla scienza di fissare, perché apre veramente l'orizzonte a conclusioni nuove e inattese, fuori della parte già costituita del sistema del diritto, è quella per cui certi titoli hanno per funzione non più soltanto di *documentare* ma di *contenere in sé* un qualche rapporto giuridico, di esserne la *forma*, ma la *forma sostanziale*, quella forma che *dat esse rei*.

3) V. BRUNNER, § 191 (II, p. 142). Più lata di tutte la nozione del THÖL: *tutti i documenti aventi un contenuto di diritto patrimoniale* (alle Urkunden vermögensrechtlichen Inhalts).

Questo concetto, che trascende anche l'ordinaria portata delle obbligazioni *formali*, importa che si possa dire allora di avere dinnanzi a sé veramente un'obbligazione *incorporata* nel documento⁴⁾.

Un carattere che se non coincide coll'ora detto ne è però l'applicazione più normale, tanto che può dirsi che senza di questo la scienza avrebbe ben pochi motivi di preoccuparsi di quello, è la proprietà e con ciò stesso la funzione (perché la proprietà *giuridica* si traduce in funzione *economica*) di *circolare*, cioè di passare da una mano all'altra conservando sempre *impregiudicata* ed *autonoma* quella obbligazione *incorporata* che ne costituisce il contenuto essenziale. Questo modo di circolazione, ignoto al diritto comune, costituisce in fondo la vera specialità caratteristica dei titoli che la scienza commerciale ha per compito, di disciplinare. Per essa, l'obbligazione dell'emittente crea non tanto un *creditore*, quanto un *destinatario del credito*, che è quella persona che potrà a suo tempo presentare il titolo all'emittente, avendone il possesso *in forma legale*. Cosicché non soltanto *l'obbligazione*, ma anche il *credito*, o insomma quel qualunque *diritto* che forma il lato attivo dell'obbligazione, sta *incorporato nel titolo*⁵⁾.

Altri caratteri hanno invece un'importanza subordinata e che può determinare una classificazione *interna* dei diversi titoli, non già l'esclusione di alcuni di essi dall'intero ambito della teorica. Essi costituiscono altrettanti criteri di distinzioni e di raggruppamenti fra titoli e titoli, e fra queste distinzioni sarà poi da vedere quale debba richiamare maggiormente l'attenzione dello scienziato e preferirsi alle altre nello svolgimento della teorica stessa.

4) Il diritto comune conosce obbligazioni *formali*, ma non *titoli formali*. L'obbligazione formale non sostituisce veramente il titolo alla causa, e se esonera il creditore (in base al titolo) dall'obbligo di provarla, non toglie al debitore di poterne eccepire la mancanza. Cf. BRINZ, *Pand.*; § 311; WINDSCHEID, § 364.

5) Nella teorica *dell'incorporazione* (fondata da SAVIGNY, e generalmente accettata) è veramente *il credito* che si pretende incorporato nel titolo, lo che non può accettarsi se non assumendo il concetto di *credito* in un senso che non è il normale. Ma di ciò più oltre. Vedremo a suo tempo quale sia il significato preciso della espressione *credito incorporato* e come in essa la parola *credito* sia usata in senso improprio. Qui intendiamo fissare che il termine attivo del rapporto obbligatorio non può cercarsi fuori del titolo; è questo che va considerarlo (dice GOLDSCHMIDT, *Handb. d. H.rechts*, pag. 386) «als Träger des in derselben beurkundeten Rechts». Per ora chiamiamo pure *credito* questo diritto.

Secondo il Vivante, ha un'importanza subordinata la distinzione fra titoli che contengono un'obbligazione assolutamente *astratta* da ogni causa e titoli che contengono l'espressione di una causa, cioè d'un rapporto giuridico fondamentale al quale l'obbligazione incorporata nel titolo si trova materialmente collegata. Il carattere *formale* dei titoli, come carattere *essenziale* per la loro comprensione nella teorica, consiste infatti non tanto in ciò che manchi in essi ogni riferimento causale, quanto in ciò che il riferimento causale valga sempre e soltanto *nei limiti della scrittura*⁶⁾.

Uno dei più rilevanti fra i caratteri subordinati è quello che si desume dall'indole del rapporto giuridico che trovasi incorporato nel titolo. E chiara la sua importanza, dal momento che questo rapporto è quello che costituisce il contenuto stesso del diritto derivante dal titolo. Eppure nella teorica la sua importanza è d'ordine secondario, perché tutti i principii e le norme, il cui complesso va a costituire la teorica dei *titoli*, si applicano generalmente senza sostanziali differenze, qualunque sia il rapporto a cui il titolo si riferisce⁷⁾.

Se la nota caratteristica dei titoli di cui parliamo è quella loro speciale *circolabilità autonoma*, ne viene che la sola classificazione *interna* dei titoli che abbia interesse scientifico, o che, come si esprime il Vivante, sia *feconda di conseguenze giuridiche* è quella che riguarda appunto le *forme* con cui si estrinseca la circolazione del titolo. E queste forme si riconducono sotto tre tipi fondamentali, comprendenti *tutte* le figure di titoli circolanti con cui il commercio abbia che fare, e che sono quelli dei titoli *nominativi*, titoli *all'ordine* e titoli *al portatore*⁸⁾.

6) «Vi hanno eziandio titoli di credito collegati materialmente col rapporto giuridico fondamentale. Ma allora la causa può vulnerare l'obbligazione *solo nei limiti consentiti dalla scrittura* ... L'indole *astratta* dell'obbligazione non è quindi essenziale al titolo di credito, che ritrae invece il suo carattere giuridico *dall'indole letterale* del diritto che vi è incorporato» (n. 819).

7) Cfr. VIVANTE, n. 831, il quale distingue da questo punto di vista i titoli in quattro categorie, secondoché danno diritto: *a)* alla consegna di danaro o di cose fungibili; *b)* alla consegna di cose determinate; *c)* alla qualità di socio; *d)* a qualche servizio (biglietti di viaggio).

8) Sotto il rapporto della circolabilità ha pure importanza la distinzione (trascurata dal VIVANTE) fra titoli che hanno una *scadenza* prefinita e oltre la quale cessa la loro virtù circolativa e titoli che non hanno una siffatta scadenza. Infatti nel primo caso *il destinatario del credito* è determinato dal *possesso al momento della scadenza*, mentre nel secondo caso è determinato dal *possesso al momento della presentazione*.

Tale la delimitazione esterna e interna che dà alla teorica dei titoli il Vivante, e che a me pare perfettamente scientifica e inattaccabile.

Essa è stata però criticata dal Bolaffio, sotto un doppio punto di vista: 1° in quanto comprende fra i *titoli di credito* quei titoli che hanno per contenuto un *diritto reale* anziché un *credito*; 2° in quanto coinvolge nella teorica una categoria di titoli che debbono rimanerne estranei, cioè i titoli *nominativi*. Nessuna delle due critiche, acutamente svolte dall'egregio professore, ci persuade. Ma esse meritano di essere esaminate diligentemente.

I. Cominciamo dalla prima. Si tratta solamente di una censura rivolta all'appellativo *titoli di credito* adottato come intestazione dell'obbietto della teorica in luogo per es. dell'altro di *titoli circolanti*? A bella prima si sarebbe disposti a crederlo, leggendo che il Bolaffio incomincia col definire il titolo *circolante* come «il documento di un diritto patrimoniale (*reale* o *personale*) necessario per esercitare in modo autonomo il diritto letterale che vi è documentato». E fra questi *titoli circolanti*, a cui egli riconosce come requisiti fondamentali: 1° *l'indole letterale del diritto*, 2° *l'incorporazione del diritto nel titolo*, 3° *l'autonomia del diritto di ciascun possessore del titolo*, in perfetta coincidenza cioè⁹⁾ coi caratteri che il Vivante dà come caratteristici dei *titoli di credito*, egli esplicitamente include i titoli che in luogo d'un *credito* incorporano un *diritto reale*. Donde questa sola legittima conclusione: la qualifica di *titoli di credito* non risponde all'obbietto della teorica, perché lascia fuori un'intera categoria di titoli che non sono *di credito*, eppure debbono entrarvi; si deve dire invece *titoli circolanti*. L'osservazione avrebbe interesse più di forma che di sostanza, ma ad ogni modo non sarebbe da trascurare.

Tuttavia non sarebbe fondata, perché in diritto anche l'espressione *credito* ha più significati egualmente autorizzati; c'è il credito in *senso stretto* e il credito in *senso largo*. In senso largo ogni rapporto d'obbligazione fonda un credito, ogni contratto che produce obbligazione genera con *ciò* un creditore e un debitore dell'obbligazione, anche se questa non può in senso stretto (e, ammettiamo pure, in *senso proprio*) chiamarsi *credito*. Quindi sotto

9) Vedremo che la coincidenza è perfetta, ma notiamo subito che il BOLAFFIO intende il 3° requisito in modo da interdire l'ingresso (così egli crede) ai titoli nominativi.

questo rapporto non c'è ragione di distinguere fra l'obbligazione che deriva dal contratto di *mutuo* e quella che deriva dal contratto di *deposito* o dal contratto di *società*. Il solo vero *creditore*, sta bene, è il *mutuante*, ma ogni obbligazione produce intanto un rapporto che si proietta *nel futuro*. Ed è questa (gli economisti l'hanno già riconosciuto e i giuristi tendono a farlo sempre di più) la nota fondamentale del negozio di *credito*. Anche se dal punto di vista *obbiettivo* del rapporto ci volgiamo al *subbiiettivo*, alla *fiducia* del creditore come nota caratteristica del rapporto di credito, la coincidenza delle due posizioni è innegabile, né il deponente o il socio prescinde da questo elemento nel rapporto che pone in essere col depositario o cogli altri soci. L'espressione non è dunque così inadeguata da meritare l'ostracismo, mentre d'altra parte essa tende a marcare precisamente quella nota comune alle due categorie di rapporti che importa aver presente e che va utilizzata nei *titoli* di cui trattiamo, la *dilazione* cioè tra il sorgere dell'obbligazione e il suo soddisfacimento, che fa di questo un fatto futuro e crea uno stato di *pendenza* che rende possibile la *circolazione* del documento. Noi vedremo anzi in seguito che se il *credito* dovesse prendersi nel suo significato proprio e ordinario, esso manca anche nei titoli aventi per oggetto una prestazione di somma.

Neanche può dirsi che si trovi inciampo nella legge scritta: anzi il Bolaffio è il primo ad ammettere che il nostro codice parla di *titoli di credito circolanti in commercio* in un'occasione in cui è impossibile non intendervi inclusi i titoli rappresentativi delle merci depositate o viaggianti (art. 3 n. 1 e 2); ma egli preferisce concludere che il codice commette un'inesattezza e che in una prossima revisione quelle parole *di credito* andranno eliminate.

Osta dunque qualche esigenza d'ordine logico? Sentiamo lo stesso autore.

«Per includere (egli dice) i *titoli di tradizione* fra i titoli *di credito* è necessario: *a)* o ritenere che in essi l'obbligo della prestazione personale alla riconsegna della merce, assunto dal depositario con la creazione del titolo, prevalga al diritto di disporre della merce ottenuto con la trasmissione del titolo effettuata dal deponente; *b)* oppure desumere dalla identità dei modi con cui si trasmettono la unità della loro disciplina. L'uno e l'altro motivo sono però scientificamente insufficienti al risultato cui mirano».

Il primo punto versa ancora sulla critica della espressione: non si possono chiamare *titoli di credito* dei titoli che hanno per *funzione prevalente* quella di ottenere non tanto la *ricevuta*, quanto la *disponibilità* della merce; non tanto di «costituire chi possiede il titolo *creditore* del depositario, quanto di costituirlo *titolare d'un diritto reale* sulle merci». È certo intanto che questa *funzione prevalente* così riconosciuta a questi titoli autorizza a raccogliarli sotto *una classe sola* coi titoli di credito, poiché la specialità di questi è appunto che il *possesso del titolo* dia la disponibilità del credito (obbiettivamente inteso); cosicché sotto il rapporto della *circolazione* non c'è ragione di tenerli separati. Ma v'è di più (e ciò giustifica anche l'unità di espressione): perché il titolo rappresenta il *mezzo giuridico* per impossessarsi delle merci depositate? Risponde il Bolaffio stesso: «perché attribuisce *un credito* verso il depositario detentore delle merci». Gli è sfuggita qui la parola *credito* o l'ha pronunciata deliberatamente? Certo egli ha con ciò pronunciata la giustificazione del sistema che combatte. I titoli di tradizione fanno parte della teorica *perché ed in quanto* sono anch'essi *titoli di credito*; è appunto in questa loro fisionomia (sia o no prevalente in senso assoluto) che essa li coglie e li esamina.

Sul secondo punto il Bolaffio si contenta di associarsi al Vidari nel rispondere che «la forma non basta a identificare sostanzialmente titoli di natura e contenuto diversi». D'accordo se si tratta d'identificarli; ma si tratta di accoppiarli in una trattazione che ha per *obbietto* appunto gli effetti giuridici *di quella data forma*, poiché questi titoli sono appunto titoli esclusivamente *formali*. E non li ha egli stesso accoppiati infatti nella nozione di *titoli circolanti*?

Se non che l'egregio professore non vuol limitarsi a una critica di parole. Egli crede che il tener distinte le due categorie di titoli soddisfi anche «a una necessità sostanziale, se vuolsi assegnare ai titoli di credito un organismo giuridico, saldo, completo, rispondente ai principii economici che vi stanno a fondamento».

Mi duole di non poter seguire passo passo gli argomenti del Bolaffio, anche perché non voglio dare a questo scritto un carattere esclusivamente polemico. In sostanza egli dalle funzioni economiche affatto diverse che compiono i titoli di credito e i titoli di disponibilità o di tradizione ricava tre conseguenze:

a) *che tutti i titoli di credito sono formali, mentre i titoli di tradizione non lo sono; b) che i titoli di credito al portatore non sono mai imperfetti o impropri, mentre possono esserlo certi titoli di disponibilità emessi in seguito ad un deposito; c) che i titoli di tradizione o di disponibilità propri ed impropri possono entro certi limiti esser condizionati ad una prestazione dal possessore del titolo, mentre non possono assolutamente esserlo i titoli di credito.*

Non so quanto sia esatta la prima affermazione, perché non so (e sarebbe interessante saperlo) in quale categoria classifichi il Bolaffio ad esempio le *azioni sociali al portatore*, le quali non sono né titoli di *credito* in senso stretto, né titoli di *tradizione* o di *disponibilità*, ma certo non sono titoli *astratti*. Ad ogni modo ci siamo già sopra associati al Vivante nel ritenere che non è l'indole assolutamente formale del titolo quella che conta, ma bensì che la causa sia estranea alla circolazione e non valga se non in quanto e fin dove risulta dalle enunciazioni scritte del titolo. Che l'oggetto della disponibilità sia una merce depositata o un credito (che può a sua volta aver per oggetto anche una merce come nelle cambiali in derrate) è una differenza che si può dire accidentale nell'organismo del titolo e per le conseguenze giuridiche.

La seconda proposizione fa allusione ad una interessante categoria di titoli, così detti *impropri* o *imperfetti*, perché sebbene abbiano tutte le apparenze esteriori dei titoli di credito, mancano del carattere fondamentale di questi, che è di esser *destinati alla circolazione*. Essi costituiscono una classe intermedia fra i *titoli di credito* e i *documenti* veri e propri, la cui caratteristica sarebbe questa, che il debitore ha *facoltà* di soddisfare il possessore del titolo, ma non ne ha *l'obbligo* (Vivante, n. 913). Da ciò, e meglio ancora dall'insieme delle conseguenze giuridiche di questi titoli (riassunte dal Vivante, n. 915), risulta che essi *non* vanno inclusi nella teorica dei titoli di credito. Io posso anche convenire col Bolaffio che la enumerazione di quei titoli fatta dal professore di Bologna non sia *scientificamente tranquillante*. Sono anch'io inclinato a credere infatti che normalmente, e salvo clausola contraria, la maggior parte di questi titoli, così detti *impropri*, abbiano da avere, appunto perché emessi colla forma

al portatore, gli effetti e il trattamento di veri titoli al portatore¹⁰⁾. Ma ciò indipendentemente affatto dal vedere se essi abbiano per oggetto un credito o una merce, e per la sola considerazione della *forma* loro propria. Prendiamo pure il caso più tipico di titolo *improprio* di disponibilità provocata da un deposito: lo scontrino del guardaroba. Io dubito assai che il depositario abbia il diritto di chiedere alla persona che io ho incaricato di ritirare la mia roba colla presentazione dello scontrino la legittimazione della sua qualità di mandatario. Già in massima la *facoltà* di restituire implica *l'obbligo* di restituire, poiché la sola giustificazione legale del rifiuto di restituire è pel depositario la responsabilità ch'egli può incorrere restituendo; ma quando si elimina questa responsabilità dandogli la *facoltà*, anzi il *diritto* di restituire, non veggo come e dove potrebbe più egli legittimare il suo rifiuto. Ma questo sia detto affatto in via di digressione. Quello che resta a sapersi dal Bolaffio è come egli giunga con questo argomento alla separazione che egli vuoi fare dei titoli di disponibilità o di tradizione dalla teorica dei titoli di credito. Se i primi fossero tutti *titoli al portatore impropri*, si capirebbe. Ma che ve ne siano alcuni, non importa che la esigenza di escluder questi, e non perché *titoli di tradizione*, ma perché *titoli non destinati alla circolazione*. Oltre di che è ben certo che di siffatti non ve ne siano anche tra i veri e propri titoli *di credito* in senso stretto? E che altro sono per es. i titoli emessi *non all'ordine*, là dove la legge li ammette? e le cambiali dopo la scadenza?

Non molto diversa è la portata del 3° argomento. Lo stesso Bolaffio finisce coll'ammettere che *nemmeno i titoli di tradizione* possono essere condizionati ad una prestazione, se con ciò s'intende di costituire un rapporto *commutativo*. Per cui l'argomento non serve che a dargli l'occasione di esprimere il suo dissenso dal

10) Per conto mio, pur riconoscendola abbastanza ardita, e pur facendo delle restrizioni, trovo ragionevole la seguente dichiarazione del BOLAFFIO: «Per me i biglietti d'ingresso al teatro, a spettacoli in genere, a stabilimenti balneari, i biglietti delle ferrovie, dei trams, ecc. se sono emessi al portatore senza una clausola contrattuale contraria, *sono veri titoli al portatore*, che danno diritto alla prestazione promessa a qualunque possessore del titolo, senza obbligo qualsiasi di giustificare il proprio diritto derivante dall'acquisto del titolo in buona fede».

Vivante circa la possibilità di vincolare a condizioni l'obbligo della prestazione dell'emittente del titolo¹¹⁾.

Non c'è dunque ragione di far dei *titoli di tradizione* una specie distinta da quella dei *titoli di credito*. Le differenze che li distinguono sono dal punto di vista che qui interessa, che è quello della loro circolazione, affatto irrilevanti. Non v'è poi nessuna esigenza formale che induca a *sostituire* all'espressione *titoli di credito* l'altra *titoli circolanti* sotto la quale anche il Bolaffio consente che sieno compresi i titoli di tradizione. Piuttosto, considerato che veramente non tutti i titoli di credito (comunque abbiano il carattere dell'incorporazione) sono *destinati alla circolazione*, crederei più esatto designare l'obbietto della teorica coll'*aggiungere* all'espressione *titoli di credito* la parola *circolanti*. Senza di che si corre rischio di applicare i principii più essenziali della teorica a titoli che non li comportano.

II. Uno dei tratti più felici dell'opera del Vivante è quello di aver fatto posto anche ai *titoli nominativi* nella teorica dei *titoli di credito*.

Infatti così il carattere fondamentale come i principii che ne derivano sono comuni anche ad essi. Anche in essi l'obbligazione è *incorporata* nel titolo, anch'essi producono dei diritti *letterali* perché misurati dal tenore del titolo, anche in essi il credito dei successivi possessori è *autonomo* e non derivato dai precedenti. La sola sostanziale differenza dagli altri titoli di credito consiste nella diversa *forma di circolazione*, e quindi nella diversa estrinsecazione di quel *possesso* a cui è collegata la disponibilità e l'esercizio del credito incorporato nel titolo. Mentre il *possesso* dei *titoli al portatore* è semplice *detenzione* della carta, il *possesso* dei titoli *all'ordine* è un *possesso* qualificato dalla *girata*, e quello dei *titoli nominativi* è un *possesso* qualificato *dall'iscrizione* nei registri dell'emittente. In

11) BOLAFFIO sta fermo al principio consacrato nel codice di commercio germanico (art. 301) che vieta la girabilità dei titoli ove l'obbligo della prestazione dipenda da una controprestazione. Ma io preferisco credere col VIVANTE (n. 858), col VIDARI (n. 2052), col GIORGI (VI, n. 220) che si tratti d'una preoccupazione eccessiva e non comportata dalla nostra pratica commerciale. Altra è la questione se la fattura (accettata) circoli in modo *autonomo*, e quindi possa qualificarsi esattamente *titolo di credito* o anche *titolo di tradizione*. Il BOLAFFIO nega l'una cosa e l'altra (cfr. il suo *Commento al cod. comm.*, n. 311, p. 580, *nota* 1).

questi ultimi due casi il possesso materiale o detenzione diventa un fatto secondario, necessario ma insufficiente.

Vale del resto anche qui la distinzione caratteristica di tutti i titoli di credito circolanti, fra il rapporto del possessore (titolare) coll'emittente da una parte e il rapporto tra precedente e successivo possessore dall'altra. Il primo è un rapporto puramente *formale* e regolato *esclusivamente* dal titolo e dalla forma del suo possesso che è l'iscrizione. La proprietà nonché tutti gli altri diritti inerenti al titolo si stabiliscono con questo possesso *così qualificato*, cioè colla registrazione nel libro del debitore e colla consegna di un documento conforme al registro che ne è la matrice. Il secondo è un rapporto che può essere accompagnato da rapporti *sottostanti*, capaci di modificare e anche di escludere gli effetti del rapporto formale. Ma in mancanza di tali rapporti *sottostanti*, la fede del titolo *posseduto coll'iscrizione* garantisce il titolare da qualsiasi possibile rivendicazione di terzi, purché egli non sia in malafede. Questa iscrizione che qualifica il possesso dei titoli nominativi ha molti punti di contatto coll'istituto della trascrizione, la quale ha appunto per compito di rappresentare di fronte ai terzi il diritto sull'immobile e di compiere per il trapasso degli immobili la stessa funzione giuridica che compie il possesso per quello dei mobili. Si ripete però che essa non *surroga* completamente il possesso, poiché il titolo nominativo deve *anche* essere nelle mani del titolare (come la cambiale girata dev'essere in mano del giratario), affinché egli possa esercitare i suoi diritti. Ecco perché in caso di perdita bisogna provocarne *l'ammortamento*. Ed ecco perché può ammettersi una forma rudimentale di pegno sul titolo nominativo analoga a quella degli altri titoli e delle cose mobili (contratto e consegna); ma questa forma non è la normale, e non costituisce il rapporto giuridico che tra le parti contraenti. Perché il pegno abbia il suo pieno e sicuro effetto di fronte all'emittente e ai terzi bisogna (dice bene il Bolaffio) che esso risulti da analoga annotazione sull'iscrizione nei libri sociali¹²⁾.

Se un appunto, dopo ciò, io dovessi fare al Vivante, sarebbe quello di non esser rimasto sempre coerente a questo punto di vista. E non è coerente, quando sembra far dipendere il diritto del

12) Vedi infra al n. III.

titolare, anziché dal suo possesso, *dal riconoscimento* dell'istituto emittente che lo accetta come suo *nuovo* creditore. «Passando al nuovo titolare l'obbligazione si rinnova poiché l'istituto emittente lo riconosce per suo creditore e rimane sciolto dal debito verso il titolare precedente» (n. 836). Persino l'immunità del possessore (titolare) di buona fede del titolo nominativo dalle azioni di rivendicazione dei terzi è data (al n. 840) come la «conseguenza della dichiarazione fatta dal debitore e attestata dai suoi registri, per cui *novando il debito* ha riconosciuto il nuovo titolare per suo creditore, assumendo la responsabilità del trasferimento». Questo concetto di *novazione* altera e disturba tutta l'economia dell'organismo.

Prima di tutto non è esatto che l'istituto emittente coll'iscrivere nei registri il nuovo possessore assuma tutta la responsabilità del trasferimento dispensandone il cessionario nuovo titolare. Non so d'onde abbia tratta il Vivante una simile idea esagerata della responsabilità dell'emittente. Certamente egli, in quanto iscrive, rassomiglia un po' al conservatore delle ipoteche, e assume la responsabilità che gli deriva dall'obbligo in cui è di accertarsi della condizione giuridica del trasferente prima di dar corso alla domanda di trapasso. Ma ciò non dispensa affatto colui che si rende cessionario e contrae perciò col primo titolare dagli obblighi e dalle responsabilità di qualunque contraente. Ciò dico in ordine alla questione della *capacità*, che è l'unica sulla quale si può pretendere che la responsabilità sia divisa dall'istituto emittente. Ma il Vivante va fino a dire che se l'intestazione regolare copre e cancella ogni vizio dell'acquisto di fronte ai terzi, nonché dei trapassi precedenti viziati anche da furto, da frode o da altre cause di nullità, ciò accade non già in virtù dei principii tutelativi del possesso di buona fede¹³⁾, ma in virtù della responsabilità assuntasi dall'istituto emittente, dal quale il proprietario derubato potrà sollecitare il risarcimento (ben vero provando che siasi reso colpevole di *trasferimento negligente*).

13) «Questa dottrina non deve considerarsi come una applicazione che sarebbe sbagliata della massima *possesso val titolo*, perché il cessionario non fonda il proprio diritto sul solo possesso della carta» (d. n. 840). Certamente, ma perché il *possesso del titolo nominativo* non consiste nel solo *possesso della carta*. Forseché il *possesso della cambiale* basta a proteggere il diritto del possessore senza la girata?

L'emittente, a mio avviso, non ha altro obbligo che di accertare: 1° che la domanda di trapasso provenga veramente dal titolare attuale¹⁴; 2° che questi abbia la capacità giuridica di trapassare. L'indagine sui vizi del consenso o della mancanza di causa, o altri che possano render nullo il trapasso non lo riguarda più che non riguardi qualsiasi terzo.

Ma dato anche che pel fatto dell'iscrizione l'emittente assumesse queste late responsabilità che qui s'accennano, ciò non implicherebbe mai l'esistenza di una novazione. Ad escludere la *novazione*, basta il riflesso che *la cooperazione del debitore chiesta colle forme legali è obbligatoria per lui* (n. 835)¹⁵ e che *il titolare colla presentazione del titolo può esigere e l'emittente deve eseguire il trasferimento del credito* (n. 837) poiché «l'istituto emittente di titoli nominativi *si obbliga fin dall'origine a subire l'investitura* di ogni nuovo titolare che gli venga presentato nelle condizioni prescritte dalla legge o dal suo statuto e a riconoscerlo per suo creditore come se il credito sorgesse in lui per la prima volta» (n. 836). Questo significa che è *questa obbligazione* la fonte originaria, il titolo, la causa giuridica del rapporto che si va a costituire fra l'emittente e il nuovo titolare, non già l'atto con cui questa obbligazione viene eseguita. Il nuovo titolare è creditore non già perché l'istituto consenta ora a ritenerlo per tale liberando l'antico (novazione), ma perché egli ha acquistato il titolo da chi ne è in possesso, e ha diritto di averne il possesso a sua volta. Verso i terzi questo possesso non è ancora perfetto, finché manca *l'iscrizione*, ma verso l'istituto *che deve iscrivere*, l'atto di consenso del possessore attuale e la detenzione del titolo sono sufficienti a fondare il suo diritto, a cui il consenso dell'emittente nulla aggiunge.

Si cominciano pertanto a scorgere nel sistema del Vivante i difetti di *costruzione*, che fortunatamente lasciano quasi inalterata la esattezza dei principii e delle relative deduzioni. Anche pei *titoli nominativi*, se la teorica vacilla un momento pel tentativo

14) Ed è perciò che farà bene a esigere la domanda *autenticata*.

15) L'eccezione riguarda i titoli in cui il credito ha un carattere *personale*, come nelle società *cooperative* (art. 224 codice comm.), nelle *assicurazioni* (art. 422), ecc. In tali casi la circolazione del titolo è imperfetta.

di introdurre un elemento estraneo alla costruzione di essa e che la renderebbe dissonante da quella degli altri titoli all'ordine (che nel sistema stesso dell'A. respingono l'elemento contrattuale come base del rapporto fra emittente e possessore), ciò non guasta, diremo così, se non *l'estetica* del sistema. Il contenuto si salva egualmente, per la gran ragione che la novazione ha qui la funzione affatto inutile di giustificare gli effetti del carattere *autonomo* attribuito già prima al possesso del titolo. Nella teorica *contrattuale* dei titoli di credito questa giustificazione è difficile perché contrasta al concetto di *cessione*, dal quale quella teorica non può prescindere. Ma una volta eliminato il punto di vista contrattuale, e attribuito al titolo il carattere *autonomo in virtù di legge* (come vedremo che fa il Vivante), la novazione diventa niente altro che una quinta ruota del carro, buona a introdurre soltanto una contraddizione stridente nella parte astratta del sistema e senza conseguenze nella parte dommatica.

Quella che nel Vivante è cattiva formulazione, usata come strumento di costruzione, viene però dal Bolaffio accettata come l'espressione della realtà dei rapporti; egli prende per buona moneta quel concetto di *novazione* gettato là inaspettatamente nella costruzione del Vivante, e ci fabbrica la sua brava argomentazione, per escludere che i *titoli nominativi siano titolo di credito*. E non a torto, l'abbiamo veduto; poiché nei titoli all'ordine o al portatore di questa novazione non v'è traccia.

Però egli sente il bisogno naturalmente di suffragare questa premessa, che il rapporto fra emittente e possessore sia una novazione, prima di dedurne le sue conclusioni, non trovando esaurienti, né tranquillanti le dichiarazioni del Vivante in proposito.

E prima di tutto nega naturalmente il preteso *obbligo* dell'emittente di prestarsi alla nuova intestazione su domanda del titolare attuale, poiché vede benissimo che «ammettendo l'obbligo di chi ha emesso un titolo nominativo di *subire* il nuovo creditore, la cooperazione del debitore in ogni trasferimento non è giuridica ma puramente materiale. Si riduce a prendere atto di quanto i contraenti hanno fra essi convenuto e potevano pattuire senza bisogno che il debitore prestasse la propria adesione. E se così realmente fosse, l'intervento materiale del debitore sarebbe una semplice formalità, che non potrebbe differenziare sostanzialmente

la trasmissione dei titoli nominativi da quella dei titoli all'ordine e al portatore».

Ma come si fa a sostenere che l'emittente è libero di accettare o di non accettare il cessionario indicato dal titolare, di dar corso o di non dar corso alla domanda di trapasso d'intestazione? Sarebbe un caso nuovo che domani la Banca d'Italia a un azionista che *dichiara* (si chiamano *dichiarazioni di trapasso*) di trapassare le sue azioni a Tizio rispondesse: codesto creditore non mi garba, ed io non iscrivo il vostro trapasso nei miei registri. Probabilmente l'azionista troverebbe modo di costringerla colla carta bollata. E il Debito Pubblico può forse ricusare la traslazione delle iscrizioni nominative? Al contrario, l'art. 16 della legge 10 luglio 1861 dice espressamente: «Le iscrizioni nominative potranno trasferirsi, dividersi e riunirsi sotto gli stessi o sotto altri nomi *a volontà dei titolari*». E nota giustamente il Ferraris¹⁶⁾: «La traslazione non è che il *fatto materiale* del passaggio di una rendita dall'uno all'altro nome, indipendentemente dalle cause che l'abbiano determinata, delle quali non si preoccupa né doveva preoccuparsi la legge sul debito pubblico». Anzi, fra i modi per cui si fa luogo a questa traslazione c'è anche la *sentenza dell'autorità giudiziaria* (evidentemente quando il titolare non si presta a dare il consenso per precedente causa dovuto al cessionario), ma nessuno ha mai sostenuto che l'esecuzione di una tale sentenza sia soggetta al beneplacito dell'amministrazione debito pubblico.

A questo il Bolaffio risponde che per la rendita dello Stato e per qualche altro titolo ciò si spiega, inquantoché il creditore avrebbe diritto di ottenerne la conversione *al portatore*, poiché questa è la forma *normale* del titolo; ora se può convertirla al portatore senza che il debitore possa trovarci a ridire, tanto più deve essere indifferente per quest'ultimo che l'intesti a una persona o a un'altra. La legge sul debito pubblico non dà nessun appoggio all'opinione che le iscrizioni *al portatore* siano più *normali* delle *nominative*. Certo la loro convertibilità prova che pel debitore della rendita è indifferente la persona del creditore, e non si cura nemmeno di conoscerla. Ma si concepisce benissimo che un altro debitore, in specie una società, ami conoscere a nome i suoi

16) *Comm. alla legge sul deb. pubbl.*, n. 80.

azionisti, senza che per questo abbia la pretesa che essi restino invariabili. Se per ragioni speciali essa ha quest'ultima pretesa, è un'altra cosa: allora i suoi titoli sono fuori di circolazione e sono anche fuori della nostra teorica. Ma normalmente non è questo il caso; tutt'altro. Anche le azioni nominative si quotano in borsa; vuoi dire che hanno un valore di commercio, che sono destinate alla circolazione, e spesso è anzi interesse dell'emittente che circolino. Ora quando l'emittente dà al titolo la destinazione di circolare è impossibile conciliare questa sua intenzione colla condizione del suo consenso ad ogni trapasso.

E difatti il codice di commercio là dove parla delle *azioni nominative* è ben lontano dall'esigere questo consenso per il loro trapasso. L'art. 169 suona: «La proprietà delle azioni nominative si stabilisce mediante iscrizione sul libro, ecc. La cessione di esse si opera con dichiarazione sul libro medesimo sottoscritta dal cedente e dal cessionario o dai loro mandatari».

Dunque è chiaro che anche là dove non esiste la libera convertibilità del titolo da nominati v o al portatore, la funzione normale del titolo nominativo è quella di *circolare*, che vuoi dire di passare da una mano all'altra colle stesse sue qualità originarie, senza che il debitore abbia altro da fare che prenderne atto.

Ciò che sembra aver tratto in equivoco il Bolaffio, come risulta dai frequenti richiami che egli fa all'opera del Brunner, è lo avere identificato i nostri titoli *nominativi* a quelli che molti tedeschi e in specie il citato scrittore chiamano *Rektapapiere*. Ora i *Rektapapiere* (avverte lo stesso Brunner, § 197, pag.177) non sono che una generalizzazione del *Rektawechsel*, cioè della cambiale non circolabile, della cambiale emessa *non all'ordine*¹⁷⁾, la cui funzione più volte è stata limitata a quella di un *mandato all'incasso*¹⁸⁾, d'indicare cioè direttamente la persona alla quale si deve pagare. I titoli che il Brunner menziona (*ivi*, pag. 178) come rientranti in questa categoria hanno appunto questo carattere,

17) Anche secondo GOLDSCHMIDT (*Zeitsch. f. Hand. R.*, IX, p. 8) il solo titolo nominativo che normalmente valga come *Rektapapier* è il *Rektawechsel*.

18) Cf. BRUNNER, loc. cit., *nota* 3 e citazioni *ivi*.

e non fanno parte perciò dei *titoli di credito circolanti*¹⁹⁾. Le *azioni sociali nominative* invece (che per noi costituiscono il tipo e certo la specie più interessante dei titoli nominativi) non vi rientrano punto; ossia non vi rientrano né necessariamente, né normalmente. Se una società vuol dare alle sue azioni il carattere intrasmissibile, farne della *Rektaaktien* (Renaud, *Actiengesellsch.*, § 44) deve esprimerlo nel suo statuto; in tal caso avrà fatto dei titoli che non rientrano nella teorica dei titoli circolanti. Ma normalmente e per la stessa legge tedesca, le azioni sociali nascono *trasmisibili*, molto spesso sotto forma *d'indossamento* (ciò che si spiega storicamente, poiché fu questo il primo modo immaginato in Germania dai soci azionisti per render circolabili le loro azioni nominative, e una tal forma persiste nella pratica, anche dopo che la formalità assorbente dell'*iscrizione*, introdotta dalla legge, ha reso superflua la *girata*, ed in ogni caso colla formalità dell'*iscrizione nei registri sociali*²⁰⁾. Anche pel codice tedesco le azioni sociali sono *nominative* o *al portatore* (art. 207), e le azioni *nominative* si trasferiscono (dice l'art. 223 richiamandosi agli art. 182 e 183) *senza il consenso degli altri soci (ohne Einwilligung der übrigen Gesellschafter)*, coll'indossamento o senza, ma coll'obbligo di annotare il trapasso nel libro delle azioni dietro presentazione dell'azione e dietro prova della trasmissione, prova che la società non è tenuta però a sincerare.

Si legge infatti nello stesso *Manuale di Hendemann*, nel *Trattato delle società* scritto dal prof. Lastig (noi prescindiamo qui dalla costruzione *contrattuale* che dà l'A. alla teorica): «La natura contrattuale della società per azioni fa sì che l'ingresso di un nuovo contraente non sia concepibile se non colla volontà di coloro che si trovano nel rapporto contrattuale. È sempre necessaria perciò un'approvazione tanto per l'uscita quanto per l'accoglimento d'un membro della società. Questa approvazione può essere espressa o tacita, *data in precedenza* o impartita in

19) Cf. lo stesso BRUNNER, n. 191, p. 148.

20) «Siccome spesso, prima del codice, gli azionisti riuniti ordinavano nello statuto che le azioni nominative non potessero trasmettersi che intestando il documento al nome dell'acquirente e consegnandolo a lui (indossement), così il codice nell'interesse della facilità e sicurezza del commercio ha elevato a regola una tal forma di trasmissione, ma ordinando che il nome del nuovo azionista venisse iscritto nel libro delle azioni; il cessionario può perciò pretendere tale iscrizione» (BLUNTSCHLI, *Deutsch. Privatrecht*, § 142, 4).

ciascun singolo caso concreto. Ma la *libera alienabilità* della compartecipazione sociale già intieramente pagata è un *naturale negotii*²¹⁾. *Questa facoltà vale perciò come tacitamente voluta fin dalla conclusione del contratto, e conta fra i diritti particolari dell'azionista, che non gli può esser né tolta né limitata contro sua volontà*²²⁾.

Che sia lo stesso in Germania anche pei *titoli di Stato* è espressamente ammesso anche dal Brunner, che, pur annoverandoli fra i *Rektapapiere*, avverte: «è proprio dei titoli di Stato che la loro conversione al nome del delegatario debitamente legittimato *non possa esser ricusata*. Lo Stato *si vincola fin da principio* ad accettare come nuovo creditore l'acquirente del titolo in buona fede. La trascrizione del titolo nel registro dei debiti si presenta perciò soltanto come un *formale* riconoscimento della delegazione da parte dello Stato» (§ 197, pag. 181).

Il Brunner tratta questo caso come una *eccezione*, perché piacque a lui di classificare questi titoli fra i *Rektapapiere*. Ma noi non vediamo nessuna esigenza sistematica che a ciò ci sforzi, poiché la forma *nominativa* del titolo non è punto collegata secondo noi al concetto di escluderne la trasmissione e la circolazione. Tutte le volte che l'emittente (e sarà il caso normale) non ha a tale esclusione verun interesse, e non la esprima in qualche modo, la nozione del *titolo nominativo* non coincide punto con quella del *Rektapapier*, e il titolo rientra fra i titoli di natura *circolante*. La cui specialità caratteristica (ripetiamo) consiste appunto in ciò che il titolo può passare da uno ad altro possessore, senza che il nuovo possessore si presenti come cessionario o avente causa dall'antico; ma con diritto proprio, autonomo e originario di fronte al debitore, che si è a ciò previamente e una volta per sempre dichiarato disposto. Questa è la *grande facilitazione* che distingue dagli altri titoli

21) Invece secondo l'A. l'alienabilità dell'azione non interamente pagata sarebbe un *accidentale negotii*; ma la distinzione non ha fondamento, poiché questo fatto (invocato anche dal BOLAFFIO) non limita per sé stesso in nessun modo né nel codice tedesco (art. 223), né presso di noi (art. 166) l'*alienabilità* dell'azione; solo ha per effetto di non liberare l'azionista antico dal debito verso la società; a meno che (soggiunge la legge tedesca) *la società accetti il nuovo acquirente al posto dell'antico, liberando questo dall'obbligazione* (il caso della *novazione*).

22) HENDEM. *Handb.*, § 126, pag. 638 (cf. la traduzione italiana del BETOCCHI, pag. 695).

ordinari il titolo *nominativo circolante* e ne fa la prima (nell'ordine delle facilitazioni) delle categorie dei *titoli di credito*²³).

Ma non sussiste (si obietta) che la proprietà del credito sia qui inerente al *possesso* del titolo, una volta che occorre *l'iscrizione*, e tanto occorre che «in caso di cessione del diritto a due persone diverse la priorità si acquista da chi si è fatto iscrivere per primo nei registri del debitore, non da chi ha acquistato per primo in buona fede il titolo». Ma con ciò si confonde il possesso materiale o semplice detenzione della carta col possesso giuridico, cioè atto per legge a produrre quei determinati effetti. Fu già visto che ciò che differenzia l'una dall'altra le tre categorie di titoli di credito circolanti è appunto la *legge* della rispettiva circolazione e quindi del rispettivo possesso. Possessore del titolo al portatore è il semplice *detentore*; ma non così possessore del titolo all'ordine è il detentore che non sia anche *giratario*, né possessore del titolo nominativo è il detentore, fosse anche giratario, che non sia *iscritto* nei registri dell'emittente. Ciò implica come condizione per l'acquisto del possesso in questa terza categoria una formalità che importa un intervento o, se si vuole, una *cooperazione* del debitore; e la ragione è che il debitore di questi titoli è interessato, per qualsiasi motivo, a *conoscere* i suoi creditori. Non però a sceglierli o a ricusarli; il suo intervento o la sua cooperazione è semplicemente materiale, formale, istrumentale, non ha nulla di volontario e di attivo. Non è lui che dà *l'investitura* del credito, dal momento che questa investitura è un diritto del cessionario ed egli la subisce; non è da lui che è creato il nuovo creditore, *l'homo novus*, dal momento che questo è un diritto inerente al titolo ed a chi ne è legalmente investito (cedente).

23) Cf. WAGNER, *Del credito e delle banche* (nella *Biblioteca degli Economisti*, serie III, vol. XI), che parlando del trasferimento dei crediti accenna appunto all'evoluzione che colla forma di titoli *nominativi*, *all'ordine* e al *portatore*, si verifica gradualmente in senso *agevolativo del trapasso* di fronte alla forma tradizionale incomoda e impacciata della *cessio*. «Una grande facilitazione (egli dice) si ha già nel *titolo nominativo*, quando il credito da esso risultante viene su domanda del creditore originario (oppure di colui al quale il credito sia già stato trasferito) *intestato* al cessionario sui libri del debitore» (§ 28, pag. 469). Senza di ciò, nessuna *facilitazione* rappresenterebbe il titolo nominativo, poiché qualunque credito può trasmettersi con perfetta autonomia mercé la *novazione*. Al contrario il riportare sotto il concetto di novazione il fatto dell'iscrizione importerebbe a fil di logica la perdita pel nuovo creditore delle garanzie inerenti al credito e che egli non si sarebbe riservate espressamente.

Ciò che si può e si deve concedere al Bolaffio è che nei titoli nominativi la circolazione, a cagione della sua forma, riesce assai più pesante e stentata che negli altri titoli. Il fatto dell'*iscrizione* (che implica il necessario concorso d'un'altra persona per operare il trapasso) rende possibile ai terzi di seguire le fasi della circolazione, che assume così un certo aspetto di *pubblicità*, e dà al credito una certa *obbiettività* esteriore al titolo, che permette ai terzi in certi casi di afferrarlo (come vedremo) indipendentemente da questo. Ciò appunto rende questi titoli, sotto il rapporto della circolazione, *inferiori* a quelli delle altre due classi. Ma non si deve scambiare una differenza di *grado* con una differenza di *natura*.

II. – La teorica nella sua costruzione.

Le due grandi caratteristiche dei titoli di credito circolanti sono dunque: 1° l'*incorporazione* del credito nel titolo, lo che fa del credito stesso un credito *formale* nel senso già detto; 2° l'*autonomia* del credito in qualunque dei successivi legittimi possessori del titolo. Come si spiegano queste due caratteristiche? Cioè, come si ricollegano e che posto prendono nel sistema del diritto privato? Questa è la parte filosofica e come dire il coronamento dell'edificio scientifico, ed è ciò che i tedeschi chiamano *costruzione dell'istituto*.

Ora per questa parte la teorica del Vivante sembra a me piuttosto monca e difettosa; monca, perché rinunzia ad una analisi veramente esauriente; difettosa, perché partecipa a talune concezioni che, per esser forsanco dominanti nella scienza giuridica, non sono meno in contrasto colla logica e perciò inaccettabili.

Ecco in breve il sistema costruttivo del Vivante, tanto più meritevole di attento esame, in quanto secondo un'opinione autorevolissima qual'è quella del prof. Bolaffio, è proprio qui che quella teorica segnerebbe una vera *conquista, destinata a rimanere nella scienza* associata al nome del suo espositore, e lo stesso Vivante, con una fede altrettanto invidiabile per quanto commendevole è la sincerità con cui la manifesta, lascia intravedere che tutte le altre teoriche non servirono a lui che di scala per raggiungere quella che egli spera esser la *buona*, e possono perciò oggimai lasciarsi in disparte (§ 825, nota 27).

È noto che la controversia si agitava e si agita (specialmente in Germania) nei seguenti termini: la causa del rapporto obbligatorio creato col titolo di credito circolante è il *contratto* o la *volontà unilaterale del debitore*? e come l'una o l'altra di queste due cause spiegano la perfetta autonomia del diritto del titolare? Infine, a quale figura giuridica corrisponde questo diritto? E generalmente la risposta data al primo quesito si applica indistintamente alla posizione dell'emittente così di fronte all'immediato prenditore come di fronte ai successivi possessori. *I contrattualisti* tendono infatti a spiegare col *contratto* anche il rapporto col presentatore. Coloro che ammettono l'*impegno unilaterale* definiscono così anche il rapporto verso il primo prenditore. Ciò, vedremo, è richiesto dalla logica.

Ebbene no, dice Vivante; anzitutto la *posizione è diversa*. L'emittente è veramente in rapporto *contrattuale* coll'immediato *prenditore* del titolo. Questo contratto, sebbene non generi nessuna obbligazione pel prenditore, suppone un *consenso* valido da parte dell'emittente e la *consegna* come *momento perfezionativo del contratto stesso*. Tutti i vizi del consenso sono opponibili al prenditore, i cui rapporti col debitore *vanno regolati secondo le norme proprie dei contratti* (n. 823).

Al contrario la mancanza e i vizi della volontà d'obbligarsi, all'infuori della *incapacità*²⁴⁾, *non sono opponibili al terzo possessore di buona fede*. Qui la *natura letterale del titolo* è decisiva. Le *esigenze di una sicura circolazione* portarono a togliere a poco a poco ogni influenza così alla *causa* come alla validità e alla stessa esistenza del *consenso* dell'obbligato. Così la *volontà del legislatore si è messa al posto della volontà di obbligarsi dell'emittente*. «A questa guisa non si fa che sospingere gli effetti della massima *possesso val titolo* a un

24) «La forza dissolvente dei titoli di credito (dice il VIVANTE, n. 824) non è riuscita ancora a scuotere questo caposaldo della dottrina tradizionale delle obbligazioni». Ma noi avremmo desiderato che il geniale scrittore si fosse dimostrato meno arrendevole a questo *sacrificio della sicura circolazione dei titoli di credito* che si pretende richiesto *dall'ordine pubblico* a tutela delle persone incapaci. L'*incapacità* è un vizio del consenso, che non ha nessuna ragione di distinguersi dal dolo, dalla violenza, dall'errore, dalla mancanza di volontà. E dovrebbe valere la stessa regola: cioè essa intanto deve potersi opporre al possessore di buona fede, in quanto viene in luce dal titolo stesso. Chi sta nella pratica degli affari sa bene quale partito ha saputo trarre la mala fede, per opera d'una giurisprudenza poco al corrente colle esigenze commerciali, da questa vantata tutela, in tema di donne maritate. Specialmente la concessione della prova di una opposizione d'interesse tra coniugi, non risultante, anzi contraddetta dal tenore del titolo, e che non si prova conosciuta dal terzo, costituisce, a mio avviso, una vera immoralità, della quale il tempo farà certamente giustizia.

momento anteriore a quello in cui si suole applicarla». Insomma i rapporti dell'emittente coi *successivi possessori di buona fede* non vanno più regolati dal contratto, ma sibbene *dalla legge secondo il tenore del titolo* (n. 825).

Sicché il fondamento dell'obbligazione nei titoli di credito è duplice: questa è infatti (così riassume il Bolaffio) *contrattuale nei rapporti immediati, legale nei rapporti mediati*.

Sorvoliamo sulla critica generica che potrebbe farsi all'avere assunto come fonte di obbligazione *la legge* (critica che colpisce anche il codice civile che all'articolo 1097 enumera *la legge* insieme col *contratto* o *quasi contratto* e col *delitto* o *quasi delitto* tra le fonti d'obbligazione). In sostanza dare come causa d'una obbligazione *la legge* significa soltanto rinunciare a trovare la causa specifica di quella obbligazione²⁵⁾.

Se non che quando il Vivante deve precisare in qualche modo il processo per cui la legge arriva alla consacrazione di questo rapporto, egli vede benissimo che in verità la causa immediata dell'obbligazione è *la firma scritta in un titolo destinato alla circolazione*²⁶⁾. Egli sembra dopo ciò unicamente preoccupato di escludere (e in ciò siamo con lui) il carattere *contrattuale* da questa causa; ma per far ciò si spinge fino ad escludere addirittura il requisito

25) La *legge* non può scientificamente assumersi come causa *speciale* di nessun rapporto giuridico, appunto perché essa è causa *generale* di tutti. Per ciascun rapporto, la domanda a cui l'analisi del giurista deve rispondere è: a che cosa collega qui la legge la origine del rapporto? se la *convenzione* si presenta subito come la più comune e ovvia tra queste cause, non è già che la legge non sia in tal caso, come negli altri, un fattore necessario del rapporto. E così dicasi per l'altra classe di obbligazioni aventi per causa il *danno doloso* o *colposo*. Prima di fermarsi alla *legge*, la dottrina romana altra versò perfino le categorie affatto artificiali dei *quasi-contratti* e dei *quasi-delitti*, ricorrendo così allo spedito della *finzione legale*, per non rinunciare a trovare una causa più diretta e specifica che si ponesse di fronte alla *legge* come l'occasione immediata del sorgere del rapporto. Ma da questo punto la potenza analitica della giurisprudenza classica parve spossata, e alla questione sovraccennata preferì non dare alcuna risposta. Tuttavia il diritto romano disse *ex variis causarum figuris*, mostrando così d'intendere benissimo che la causa non era la legge, ma altra cosa che si trattava rintracciare volta per volta. E i pratici successivi per raggrupparle tutte insieme si appigliarono alla designazione del fattore comune, e dissero che la causa era la *legge*.

26) «La verità è che egli è obbligato di fronte ai terzi di buona fede perché *la sua firma è scritta sopra un titolo destinato alla circolazione*» (n. 825 in fine).

del *consenso* come estremo necessario per la sua esistenza²⁷⁾. Ma l'A. non considera che la *firma* per sé stessa è bene il prodotto d'un *atto di volontà*, e chi possiede un titolo (*dichiarazione di debito*) firmato *ha tutte le ragioni di pensare* che il firmatario *abbia voluto* obbligarsi, ed è *perciò* che egli lo ritiene obbligato. Subbiettivamente pertanto, e nell'intenzione di chi è investito del diritto, *il consenso* è appunto la causa vera ed unica di quell'obbligazione²⁸⁾. Ma il consenso può esser *viziato*, e tuttavia non impedire il prodursi dell'obbligazione; è verissimo anche questo, ma tuttavia ciò non vale a far spostare la causa dell'obbligazione, che resta sempre il consenso. Solo occorre distinguere a questo proposito i negozi *formali* dai *causali*. La *volontà* e la *dichiarazione di volontà* sono due elementi che non sempre coincidono. Pel diritto, la seconda è *presunzione* della prima, ma non sempre è ammessa la *prova contraria*. Nel negozio *formale* la *dichiarazione di volontà* è presunzione *juris et de jure di volontà*. Che altro è infatti la *causa* se non la stessa volontà?²⁹⁾ Ora l'atto formale è quello che ha la *causa* in sé stesso.

Ciò che bisogna ammettere anche nel negozio formale è la forza neutralizzatrice (dell'obbligazione) che può derivare dallo stato d'animo del creditore. Così se il creditore ha concorso intenzionalmente nella artificiosa creazione del rapporto di debito formale, o ne ha profittato, questa *malafede*, in forza della quale egli è in grado di conoscere l'antagonismo che esiste tra la *dichiarazione* e la *volontà* dà diritto all'obbligato di sottrarsi agli effetti dell'obbligazione, opponendo alle pretese del creditore l'*exceptio doli* o altra eccezione simile. Così se il negozio formale prescinde dalla *causa* del consenso, non è già perché questa non

27) In ciò la sua dottrina può dirsi nuova. V. BRUNNER, § 194, III: «Che la causa dell'obbligazione verso il terzo sia da cercarsi nella *volontà d'obbligarsi* del debitore è *fuori di controversia*. Si contende solamente se si tratti d'un *contratto* o d'una *obbligazione unilaterale*».

28) Del resto io non so indurmi a dare, come fa il BOLAFFIO, importanza decisiva alla funzione che sarebbe assegnata alla *legge* in contrasto alla *volontà*, nel sistema del VIVANTE. Come conciliare infatti l'assenza *dell'elemento volitivo* come *causa* dell'obbligazione colla premessa dello stesso VIVANTE che «il titolo di credito deriva il suo valore dalla *promessa di una prestazione?*» (n. 818). E come si concilia questa sostituzione della *volontà della legge* alla volontà dell'emittente coll'altra premessa che «i titoli circolano come portatori di diritti astratti, cioè isolati dalla loro causa *per la volontà stessa di colui che li ha emessi?*» (n. 819). Infine vedremo tra poco che il diritto del possessore è appunto basato dal VIVANTE sulla stessa *promessa*.

29) V. citazioni dello stesso VIVANTE in proposito alla *nota* 18.

esista, ma perché quella forma ha per effetto di farla presumere (*iuris et de jure*) esistente e dà il diritto di ignorarla. Ma di fronte a chi conosce la causa e la sa falsa o erronea o viziosa, questa presunzione non vale.

Cosicché la posizione eccezionale di fronte all'emittente del titolo formale non è già quella dei terzi possessori, ma anzi, se mai, quella del *prenditore*, e non già *come prenditore*, ma come colui che è normalmente *in grado* di conoscere la portata reale della *dichiarazione* nel rapporto creato col titolo stesso. Infatti anche il primo possessore (che non sempre può con proprietà chiamarsi un prenditore) potrebbe essere in *buona fede* e ignorare i vizi della causa e del consenso dell'emittente; nel qual caso avrebbe diritto allo stesso trattamento degli ulteriori possessori di buona fede³⁰⁾. E viceversa, l'ulteriore possessore può essere in *mala fede*, e per conseguenza non aver diritto a questo trattamento che la legge fa ai soli possessori di buona fede. È dunque la *buona* o la *mala fede* che conta, non la qualità di prenditore primo o secondo, immediato o mediato. E ciò per la ragione che solo la *mala fede* (determinata anche dalla sola scienza del vizio) ha il potere di neutralizzare gli effetti dell'obbligazione formale.

Ma ciò non toglie che anche l'obbligazione *formale* abbia il suo fondamento giuridico nel *fatto volontario* della persona che si obbliga. C'è appunto una classe di *contratti* che si chiamano *contratti formali*, perché in essi la *forma* copre ogni indagine sulla corrispondenza fra la dichiarazione e la *volontà*. E allo stesso modo esistono *atti formali* non contrattuali, ma unilaterali, aventi la stessa portata.

Nei titoli destinati alla circolazione (specie nei titoli al portatore, ma lo stesso può e deve dirsi per gli altri) l'emittente *non contratta* (nel senso di *assumere l'obbligazione*) col primo prenditore, più che non faccia cogli ulteriori eventuali possessori del titolo. La sua è una dichiarazione unilaterale che *in modo immediato* produce *vincolo* nel suo patrimonio, ma non ancora (come tra poco vedremo) *alcun particolare diritto di credito corrispondente*.

30) Ciò è specialmente visibile nei *titoli al portatore*, dove molto spesso non si ha la consegna diretta a un primo prenditore con un precedente e contemporaneo rapporto fra questo e l'emittente, il quale si rivolge piuttosto direttamente *al pubblico* (emissione *in massa*).

Il rapporto tra emittente e prenditore è un semplice rapporto di *trasmissione di proprietà del titolo*. Questo titolo importa di sua natura *diritto di esigere*, e questo diritto, finché sta nelle mani del prenditore, è subordinato alle stesse eventualità della *proprietà del titolo*, vale a dire alle stesse eccezioni colle quali può essere impugnata dal trasmittente la trasmissione di tale proprietà³¹⁾. In fatti sono i contratti trasmissivi di proprietà, non quelli costitutivi di obbligazione, in cui si può ammettere la *consegna come momento perfezionativo*.

Ma contrattuale o unilaterale che sia il rapporto d'obbligazione creato coll'emissione del titolo di credito, sempre sta che la sicurezza del diritto del possessore di buona fede è sufficientemente spiegata dal solo carattere *formale* del rapporto stesso. Tutte le conseguenze che il Vivante trae (al n.825) dalla regola che *l'elemento materiale e corporeo dell'obbligazione* deve prevalere all'*elemento psichico* sono, appunto come la regola stessa, un derivato di quel carattere; e se è troppo forte enunciare che per esse la *volontà del legislatore si sostituisce a quella del debitore* (come fa l'A. a pag. 89 e a pag. 91, lett. c), è certo d'altra parte, che tale è in sostanza molte volte il risultato reale della presunzione assoluta che la legge annette all'obbligazione *formale*.

Ma la specialità del titolo di credito non consiste qui, perché il titolo di credito non solo è un titolo *formale*, ma è un titolo *formale circolante*. Ora questa seconda nota caratteristica ha conseguenze molto più importanti della prima, e d'altra parte manca d'un riscontro preciso nel sistema del diritto privato; ciò che rende a questo punto necessario un lavoro di costruzione, che faccia penetrare addirittura nell'intimo significato giuridico di questo carattere.

Se il carattere *formale* riguarda il rapporto considerato specialmente dal lato dell'*obbligazione passiva* (di cui nasconde la *causa*), il carattere *circolante* implica un apprezzamento particolare del lato attivo del rapporto, cioè del *credito*. Infatti

31) È perciò che colui che ha rubato il titolo al portatore già preparato prima della emissione può essere respinto dal debitore non perché egli non sia debitore di quel titolo, ma perché il prenditore lo possiede in mala fede; invece nulla può opporre ai successivi possessori di buona fede, secondo la dottrina più corretta (cf. VIVANTE, I. c., § 48, *testo e nota* 20) e nemmeno al *primo* prenditore che abbia ragione di ritenere il titolo come consegnatogli dall'emittente, poiché anch'egli è un acquirente di buona fede.

l'effetto particolare di questo carattere è che l'emittente si trova completamente disinteressato dall'indagare non solo la causa (*obligandi*) e la base consensuale *delle trasmissioni*, ma anche il *titolo giuridico* (causa in questo secondo senso) del possesso trasmesso e il suo collegamento col possesso antecedente.

Ora come si spiega questa proprietà così speciale dei titoli di credito circolanti? Non può ammettersi ch'essa sia una semplice conseguenza del primo carattere, come sembra affermare p. e. Brinz³²⁾; poiché il credito nascente da un'obbligazione formale verso una persona determinata è pur sempre un *credito*, né le regole e gli effetti della sua *trasmissione* ad altra persona diversificano da quelle e da quelli che valgono per le trasmissioni degli altri crediti. Il carattere formale dell'obbligazione taglia la strada a tutte le eccezioni che riguardano la genesi del vincolo obbligatorio nel patrimonio del debitore, ma non a quelle che si possono desumere dalle modificazioni che il credito abbia subito nel patrimonio del creditore.

Vivante (pag. 94) ammette «una *proprietà formale* e una *proprietà materiale* DEL CREDITO, che per lo più (ma non sempre) coincidono nella stessa persona»³³⁾. Chiama *proprietà formale* del credito quella che risulta dal *possesso del titolo* (nelle forme proprie di ciascun titolo) e che è *decisiva nei rapporti fra il possessore del titolo e il debitore*. Chiama poi *proprietà materiale* del credito quella che resta al cessato possessore del titolo, allorché la trasmissione al possessore attuale o l'acquisto fatto da quest'ultimo non furono legittimi ovvero non furono fatti a scopo di trapasso di proprietà; insomma *proprietà materiale del credito* sarebbe quella inerente alla *proprietà materiale del titolo*, e che è *decisiva nei rapporti che si formano fra i successivi possessori del titolo*.

32) *Pand.*, II, § 312, testo e nota 7.

33) «Il creditore formale sarà di regola anche proprietario effettivo del credito. Ma può darsi che chi figura di fronte al titolare come creditore non sia che un commesso, un prestanome, fiduciario del vero padrone, il quale può abusare dell'apparente potere per appropriarsi il credito o per trasmetterlo ad un acquirente di buona fede, e così estinguere il diritto di proprietà del vero padrone» (n. 829).

Questa teorica non è nuova, anzi ha parecchi seguaci in Germania. Così Brunner (l. c., p. 162): «Siccome il destinatario³⁴⁾ della prestazione come tale ha non il credito, ma solo il ruolo di creditore (*die Gläubigerrolle*), così può, nei titoli che contengono promessa di prestazione a un terzo, presentarsi un vero e proprio dualismo di creditoria *formale e materiale*. Il destinatario può far valere *proprio nomine* un credito che non gli appartiene, che non forma elemento del suo patrimonio, ma è *in bonis d'un altro*. Così il giratario che abbia il titolo solo allo scopo d'incassare o di costituire un pegno non è il vero creditore del credito derivante dal titolo all'ordine; anzi in rapporto a lui il girante è rimasto il subbietto del diritto di credito. Così il depositario o mandatario all'incasso d'un titolo al portatore di fronte al debitore è legittimato come destinatario della prestazione; eppure non ha acquistato il credito, il quale *deve considerarsi come una attività che si trova tuttora nel patrimonio del mandante o depositante*. Il ladro o qualunque acquirente in mala fede d'un titolo simile *non diviene creditore*, sebbene nel rapporto col debitore a cui presenta la carta stia *loco creditoris*»³⁵⁾.

E Grünhut avverte in proposito³⁶⁾: «Non è nuovo in diritto che uno stesso credito in rapporto a diverse persone abbia da valere ora siccome appartenente a X ora a Y. Anche il credito ceduto, finché il debitore ceduto non conosce la cessione, vale di fronte a questo come credito del cedente e di fronte ai creditori del cedente come credito del cessionario»³⁷⁾.

Per analogia a ciò che avviene per la proprietà delle cose, si può dire che anche nei *crediti* vi sia una proprietà *materiale* e una proprietà *formale*, intesa però nel senso di proprietà *vera* e

34) BRUNNER così definisce il *destinatario* della prestazione nelle diverse specie di titoli: 1° nei *titoli nominativi* la persona espressamente nominata dall'emittente nel documento (ricordiamo che questo autore non tiene conto però dei titoli nominativi *circolanti*); 2° nei *titoli all'ordine* l'ordinatario se non gira il titolo, ovvero colui che si legittima (di fronte al debitore) come ordinatario secondo le regole di questi titoli; 3° nei *titoli al portatore* il *destinatario* è *colui che presenta il documento allo scopo di far valere il credito* (loc. citato, § 194, pagg. 161, 162).

35) Cf. LABAND: «Di fronte al possessore precedente il giratario può non essere illegittimo possessore del credito» (nella *Zeitschr. f. Hand.*, vol. IX, 248). Cf. GOLDSCHMIDT (*ivi*, VIII, 326).

36) GRÜNHUT, *Recht. d. Kommissionshandels*, n. 334, nota 15.

37) Questo è pel diritto tedesco (e romano) che non pone la *denunciatio* come elemento integrante e perfezionativo della *cessione*.

proprietà solamente *apparente* o *esteriore*, la quale si confonde in ultima analisi col *possesso*. Il possesso può determinare e determina molto spesso nel *rapporto coi terzi* una situazione giuridica analoga alla proprietà. Il possesso, nel senso più generico, consiste, in rapporto ai crediti, nella *facoltà* (intesa nel senso affatto materiale di *possibilità*) *di esigere*. Se questa facoltà è legale, anche il possesso è legittimo, e può esser tale in doppio modo, secondoché si esercita *per altri* o *per sé, nomine alieno* o *nomine proprio*. In entrambi i casi, il possessore è messo dal proprietario del credito nella possibilità legale di esigere, e il debitore *deve* pagare a lui, ma ciò facendo sa di pagare a persona diversa dal proprietario. Ed in ogni modo poi anche pagando al proprietario attuale, ha diritto di considerare quel credito come *proveniente* dai proprietari precedenti e regolare dietro questa considerazione i suoi rapporti con quello.

Ma un tale sistema è applicabile, e in che modo, ai titoli di credito? Vediamolo.

L'obbligo dell'emittente d'un titolo circolante non è mai contratto verso una determinata persona, ma unicamente *verso il destinatario della prestazione*, e tale è chi si presenta ultimo possessore del titolo nelle forme proprie della sua circolazione. Possesso e osservanza delle forme circolatorie sono dunque i due estremi non già della *nuda esigibilità*, ma bensì del *credito*, di questo credito tutto speciale che emana dal titolo-circolante. Donde questi corollari che conducono gradualmente alla negazione del *rapporto di credito durante la circolazione del titolo*:

1° Nei titoli di credito *non si dà possesso illegittimo del credito*, poiché la detenzione del titolo non accompagnata dalle qualifiche richieste pei titoli in cui occorre il possesso qualificato non è *possesso* in nessuna maniera, non attribuendo la *possibilità materiale* di esigere, e il possesso *debitamente qualificato* non dà soltanto la *possibilità*, ma il *diritto* di esigere;

2° Più ancora, nei titoli di credito *non si dà affatto possesso del credito*, come figura separata dalla *proprietà* di questo, poiché appunto il possesso costituisce da solo il titolo giuridico di questo diritto di esigere che esaurisce tutto il contenuto di un siffatto credito speciale;

3° Finalmente nei titoli di credito circolanti *non si dà proprietà del credito*, poiché tutto il rapporto si svolge dal titolo, con esso entra e con esso esce attraverso ciascun patrimonio, senza che nessuno di essi lo faccia *proprio*.

Il sistema che distingue una *proprietà materiale* e una *proprietà formale* DEL CREDITO nei titoli circolanti non tiene conto che qui: 1° il *possesso del titolo* è sempre inscindibile dal *diritto di esigere*; 2° il *diritto di esigere* è inscindibile dalla *proprietà del credito*; 3° e ciò che più importa, la proprietà del credito non si manifesta che *come diritto di esigere* inerente al titolo, e non come *collegamento del credito nel patrimonio* (e quindi come *disponibilità del credito*): è un' *accessione del titolo*, non un *elemento patrimoniale (proprietà)*:

1° La prima proposizione basta a spiegare la regola che *non si dà possesso illegittimo* del credito. Generalmente il *credito* è una cosa che non si ruba, perché è una cosa incorporale, un *diritto* inafferrabile appunto come non si ruba la *proprietà*; uno può foggarsi a creditore o a proprietario, ma *non avere il credito* o la *proprietà, senza diritto* di averli (perché sarebbe una contraddizione in termini). Invece quando il credito è *incorporato* in un titolo, rubando il titolo si ruba il *credito*, è con ciò si diviene *creditori*. La distinzione fra *credito nel rapporto verso il debitore e credito nel rapporto coi terzi o col cedente* non ha senso, se non intesa al modo stesso che si parla di una proprietà per sé stessa e d'una *proprietà* in rapporto ai terzi, poiché il credito per sé stesso è sempre un rapporto verso il debitore; se manca questo rapporto, si potranno avere le apparenze del credito, ma non il credito. Ora qui il rapporto col debitore è dato appunto esclusivamente dal *possesso del titolo*, poiché è questo che dà il *diritto di esigere*³⁸⁾. Il ladro del titolo al portatore (o all'ordine girato in bianco)³⁹⁾ sarà dunque un creditore di mala fede, ma è un *creditore*,

38) Però fuori dei titoli *al portatore* il possesso deve essere *qualificato*, e cioè accompagnato dalla *girata* o dalla *iscrizione*. E ciò avvicina alquanto la posizione dell'emittente a quella dell'ordinario debitore. Così, mentre chi paga un titolo al portatore non ha da preoccuparsi affatto della provenienza di esso al presentatore, già chi paga una cambiale non è tenuto, è vero, a sincerare che la continuità delle girate; ma se dalla girata ultima risulta che una donna indicata come maritata girò senza concorso del marito, il possessore non può dirsi legittimato (WAECHTER, *Wechsellehre*, § 101, p. 287). Molto più l'emittente d'un titolo nominativo, il quale esercita questo controllo volta per volta nel far luogo alla iscrizione.

39) E così dicasi di colui che in mala fede e senza causa giuridica ha indotti il possessore a girargli il titolo all'ordine o a trapassargli il titolo nominativo.

anzi è *il creditore*, poiché le condizioni del diritto di esigere sono in lui verificate; egli è dunque il *destinatario della prestazione*⁴⁰⁾. Altro è il caso di chi ha ceduto un credito ordinario senza farne l'intimazione al debitore ceduto (specie poi quando la legge non fa di questa intimazione un estremo per la perfezione della cessione di fronte ai terzi). In tal caso, compiuta la cessione in rapporto al cessionario, il cedente *cessa di esser creditore*. E se ciò non ostante il debitore *non notificato* paga bene a lui, non è già perché egli abbia il *diritto di esigere*, ma perché, la *buona fede* del debitore merita di esser protetta. E una posizione molto diversa, e che non depona affatto a sostegno di quel preteso dualismo fra credito *formale* e credito *materiale*. Il cedente ordinario *non ha più il credito*, né *formale*, né *materiale*, come il ladro d'una cosa mobile non ne ha punto la *proprietà*. Ma come chi acquista dal ladro in buona fede è difeso dalla legge e considerato *come se avesse acquistato da un proprietario*, così chi paga al proprio creditore, senza sapere che si è spogliato del credito, è protetto dalla legge nella sua buona fede *come se avesse pagato al creditore*. Ciò rientra nei principii non già dello stretto diritto, ma della tutela della buona fede, analoga a quella accordata ai terzi che trattano col possessore anziché col proprietario. Anche se la legge esige la *intimazione* come estremo perfezionatore della cessione di fronte ai terzi, la costruzione giuridica della cessione del credito non muta, sebbene il caso sembri avvicinarsi di più al nostro, stante la migliore organizzazione e la più estesa protezione data allora dalla legge al possesso del credito. La *proprietà del credito* è sempre passata *colla cessione* (lo dice espressamente l'art. 1538)⁴¹⁾. Né il debitore ha il *dovere* di pagare al cedente, solo perché non ebbe l'intimazione; soltanto, se paga in tali condizioni (s'intende in

40) Chi paga al ladro d'un titolo al portatore ha non solo il *diritto*, ma il *dovere* di pagare; egli paga sempre bene e legittimamente. Le esigenze sociali importano, è vero, che s'intenda obbligato il debitore che *conosca* il carattere delittuoso dell'acquisto del titolo *a non rendersi complice del delitto* pagando correntemente e senza fare quanto può (compatibilmente coll'altro suo obbligo di pagare) per impedire la consumazione d'un reato. Ma qui entrano in considerazione gli estremi della mala fede *penale*, anziché quelli della buona fede civile. Così il VIVANTE: «egli ha il *dovere* di soddisfare chi è in possesso del titolo nelle forme volute dalla sua legge di circolazione, *ancorché sospetti che ne sia in possesso abusivamente*; il suo rifiuto sarà giustificato (fuori dei casi d'opposizione) soltanto quando col pagamento verrebbe ad aiutare il reo ad assicurarsi il profitto del delitto, perché in questi casi la legge gli vieta implicitamente il pagamento con una sanzione penale (art. 225, 421 cod. pen.); se lo rifiuta anche in altri casi lo fa a suo rischio e pericolo, e dovrà risarcire il danno, quando il suo sospetto non riesca confermato dai fatti» (n. 830).

41) Cf. HUC, *Cession des créances*, n. 303.

buona fede) egli è validamente liberato (art. 1540)⁴²⁾. E così deve dirsi validamente liberato se paga al cessionario dopo l'intimazione, quand'anche esistessero nella cessione vizi di consenso o di causa che egli ignorasse. Noi siamo sempre nel campo della buona fede, non oltre. Così pure i terzi (creditori del cedente o del cessionario) non sono assistiti dalla legge che nei limiti e nei rapporti della buona fede, sebbene di fronte ad essi la tendenza del diritto sia quella di dare sempre più al rapporto un carattere formale⁴³⁾.

Insomma la proprietà del *credito ordinario* è sempre una proprietà *materiale*, quantunque la legge assista il debitore di buona fede di fronte alle apparenze ingannatrici d'un *possesso illegittimo* del credito. Invece la proprietà del *credito incorporato nel titolo*, se è una proprietà (questione da riservarsi al n. successivo) è sempre una proprietà *formale*, poiché il possesso non ne è soltanto la manifestazione ma l'incarnazione. L'espressione *credito materiale* sta allora a marcare soltanto il rapporto tra chi ha il *credito* (nella sua sola figura possibile, cioè *formale*) e chi *dovrebbe averlo*, perché *proprietario del titolo*. Ma siccome a questo secondo rapporto è estraneo il *debitore*, vale a dire appunto la persona che costituisce il termine fondamentale del rapporto *di credito*, così è impossibile confondere in qualsiasi modo l'un rapporto coll'altro. Ciò che veramente il proprietario rivendica non è il *credito*, ma il *titolo, la res*. E le regole da applicare sono quelle del possesso e della proprietà delle cose mobili⁴⁴⁾.

42) Questa intimazione non serve che a troncargli per via d'una presunzione legale la «questione di sapere se il debitore conobbe o non conobbe la cessione» (Huc, loc. cit.).

43) La *buona fede* del debitore e del terzo assume un diverso e speciale significato per l'esistenza della stessa disposizione di legge che esige l'*intimazione legale*. Allora la *scienza* della cessione non è più sufficiente per costituire il debitore o il terzo in *mala fede*; infatti, osserva Huc (n. 353), «egli sa che una cessione ha avuto luogo, ma sa anche che questa cessione è imperfetta, e può essere autorizzato a pensare che le parti non abbiano voluto darle seguito, ecc.». Coticché può dirsi che quella disposizione di legge ha piuttosto per effetto di modificare la nozione della *buona fede* (per render più difficile la prova contraria), che non d'eliminarne la necessità.

44) Nel conflitto tra l'*apparente titolare* (che sarebbe poi il creditore *formale*, possessore del titolo) e il *proprietario del titolo* (il creditore *materiale*) «prevarrà naturalmente il diritto di quest'ultimo, che vuoi rimettere le cose al posto e riprender ciò ch'è suo. La legge gliene appresta le armi coi mezzi ordinari del sequestro, del pignoramento, della rivendicazione. Il *debitore assisterà di regola indifferente a questo conflitto, sempre pronto a riconoscere per suo creditore*» - (il creditore materiale? no) - «chi è in possesso del titolo delle forme determinate dalla sua legge di circolazione» (VIVANTE, n. 829).

2° Tuttavia questo concetto d'una doppia proprietà, *materiale e formale, del credito* può ammettersi logicamente (se anche non esattamente così formulata), ma *fuori dei titoli di credito*, in questo senso, che vicino alla persona del *creditore*, può esistere una persona, non già *che si presenti* come tale *senza aver diritto di esigere* (poiché allora non si ha *credito*, né formale, né materiale), ma *che abbia* veramente il *diritto di esigere, senza essere il creditore*. E non solamente che abbia diritto d'esigere *nomine alieno*, cioè in *rappresentanza del creditore* (propriamente, *facoltà di esigere*), ma che abbia *diritto di esigere, persino nomine proprio*. Costui può dirsi un proprietario formale del credito, o più esattamente, un detentore o un possessore legittimo del credito, poiché il diritto di esigere corrisponde funzionalmente al *possesso del credito*⁴⁵. Ciò è possibile, per questa ragione, che il *credito* nel senso ordinario *non è solamente il diritto di esigere*; o meglio, è un valore che si utilizza non solo coll'*esercitarlo* (esigibilità); ma anche col *trasmetterlo* (disponibilità); e può benissimo l'una forma di utilizzazione separarsi dall'altra. Così si può cedere un credito, anche dopo aver separato il *diritto di esigere* a favore d'un creditore pignoratizio. Invece nel *titolo di credito* tutto ciò non è possibile, perché ciò che si trasmette in ogni caso è il *titolo*, quello stesso *titolo* cioè la cui presentazione è indispensabile per esercitare il diritto di esigere. Dunque il diritto di esigere non può separarsi dalla proprietà del credito. Dunque neanche in questo senso è possibile la permanenza d'un *creditore materiale* allato al *creditore formale* o *possessore del credito*. La trasmissione del titolo importa, insieme col possesso di questo, il diritto di esigere *nomine proprio* e di farsi riconoscere come *creditore*, cioè proprietario del credito, così dal debitore che da ogni terzo.

3° Ma non basta. Il debitore ordinario si è messo e si trova in rapporto patrimoniale con un *creditore determinato*. Se questi trasmette il credito, questa cessione è *res inter alios* in rapporto al debitore, il quale solo da quel momento sa di dover regolare i propri rapporti col nuovo creditore, ma senza che restino

45) Anche per codice, il possesso d'un diritto consiste nell'*uso* che se ne fa (vedi art. 1466 cod. civ.).

pregiudicati i rapporti già stabiliti col creditore precedente in quanto riguarda il credito ceduto. Invece, pel debitore di un titolo di credito è indifferente di sapere in che veste e quando il possessore acquistò quel diritto, poiché in ogni caso egli che non si è trovato mai in rapporto con precedenti determinati creditori, non dovrà regolare la sua posizione e i suoi rapporti che con lui alla *presentazione del titolo*. Ciò che equivale a dire che fino a quel momento il credito è *impersonale*. Anche se i possessori succedentisi risultano nominati (come avviene nei *titoli all'ordine e nominativi*, ove la serie dei trapassi emerge o dal titolo stesso o da appositi registri), quei nomi non hanno altra funzione che di costituire un ponte senza interruzione di continuità pel passaggio del titolo. Nessuno di quei possessori è entrato mai in rapporto giuridico coll'emittente, all'infuori del primo, il quale però non fece che acquistare da lui il titolo.

In altri termini, non solo il debitore deve riguardare come suo *creditore* il possessore e presentatore del titolo, ma deve riguardarlo tale *per solo effetto del titolo* e non *per effetto del trasferimento*, vale a dire deve considerarlo non già come un *cessionario del credito*, investito del credito stesso da un precedente creditore, ma come un creditore per un credito originario autonomo, *solo perché* possiede e presenta il titolo in forma legale. Quindi non può opporgli eccezioni relative ai precedenti possessori.

Di qui il quesito che la scienza ha dovuto finire col proporsi: questo diritto è veramente *un credito*? o in che senso può qualificarsi tale? ed esiste un proprietario di codesto credito?

Ma il Vivante non arriva affatto colla sua analisi a tali domande. Egli dice soltanto:

«Il possessore del titolo cui è pervenuto nelle forme legittime comparisce di fronte all'emittente come un homo novus, fornito di un diritto proprio ed autonomo, sorto novellamente in lui, e quindi libero da tutti i pesi e da tutti i vizi opponibili al creditore precedente. L'emittente *si trova vincolato con lui direttamente* secondo il tenore del titolo, sia perché lo ha riconosciuto intestandolo nei propri registri, sia *perché lo autorizzò fin dal momento dell'emissione* colle clausole compendiose all'ordine o

al portatore *ad acquistare per mezzo del titolo l'obbligazione che vi è organicamente congiunta*» (n. 828).

Prescindiamo dalla dissonanza prodotta dalla diversa base data all'obbligazione nei *titoli nominativi* (che di ciò e della contraddizione che produce nel sistema abbiamo già parlato). La sostanza di questa proposizione è che il vincolo tra l'emittente e ciascun portatore è un *vincolo diretto e non mediato*, e deriva dall'autorizzazione data da quello *fin dal primo momento ad acquistare per mezzo del titolo l'obbligazione che v'è incorporata*. Ma che altro dice se non questo la teorica dell'*impegno unilaterale*, nelle sue diverse manifestazioni, lasciate dal Vivante a far da piuoli nella sua metaforica scala? (d. nota 27). Che meraviglia che dopo ciò il Vivante possa fare a meno (com'egli dice) di ricorrere, per spiegare il diritto del possessore, alla *cessione* o alla *stipulazione a favore di terzi*?⁴⁶⁾.

L'inesplicabile è piuttosto, come con una tale costruzione possa coesistere il fondamento *contrattuale* dato all'obbligazione *verso il prenditore*. Evidentemente, se costui acquistò il credito *contrattando* col debitore che direttamente si obbligò verso di lui, non può che aver trasmesso quel credito al possessore successivo; altrimenti dove sarebbe esso andato? E se l'ha trasmesso al possessore successivo, questi l'ha dunque acquistato in tal modo, e non è più vero che il debitore si sia *direttamente obbligato* verso di lui. Dicevamo bene adunque che logicamente non è possibile dare al rapporto verso il prenditore una base diversa che a quello verso gli ulteriori possessori.

Dunque, malgrado l'apparente antinomia, cagionata dalla sopravvivenza d'un elemento contrattuale, che resta però senza

46) Tuttavia quest'ultima costruzione (com'è proposta per es. da GOLDSCHMIDT nella *Zeitschr. f. H. recht*, XXVIII, 56 e seg.) non può dirsi, con ciò soltanto, messa fuori causa. Il primo prenditore è in questa ipotesi l'*intermediario* di una serie di *terzi indeterminati*. E mercé questo *intermediario* si pretende soddisfatta l'esigenza del sistema *contrattuale*, senza negare perciò il *vincolo diretto* tra l'emittente e il possessore. Questa teorica meritava pertanto un cenno di confutazione, specie da chi, come il VIVANTE, definisce come *contrattuale* il rapporto fra emittente e prenditore. - Per me anche il diritto stipulato *a favore di terzi* (dove non possa costruirsi colla *rappresentanza* nello stipulante), e specialmente di terzi *fittizi* e *indeterminati*, ha sempre per fondamento la *volontà* unilaterale del promittente, appunto perché *manca* il terzo che funga da termine attivo del rapporto. Ad ogni modo, resta sempre questa enorme differenza tra chi acquista un titolo e chi stipula a favore del terzo, che il primo non ha né l'intenzione né la volontà di procurar diritti a terzi.

applicazione dopo il primo possessore, noi dobbiamo vedere nella teorica del Vivante una definitiva rinuncia a spiegare col *contratto* l'organismo e la circolazione dei titoli di credito.

Del resto non è mio compito di difendere qui la teoria dell'*impegno unilaterale* contro quella del *contratto*, poiché il presente scritto intende solo a completare e rettificare il sistema del Vivante, nel quale lo stadio della teorica *contrattualistica* ci pare già sorpassato. L'evoluzione logica del sistema contrattuale dovea chiudersi colla teorica proposta dal Chironi⁴⁷⁾, ultimo e disperato tentativo davvero di costruzione basata sul *contratto*, per cui la creazione (o l'emissione?) del titolo rappresenterebbe l'*offerta*, e l'*accettazione* dell'altra parte s'avrebbe solo quando uno dei possessori si decide a *presentare il titolo*, invece di trasmetterlo ad altri. Alla lettera, ciò significherebbe un contratto in cui l'*obligatio* nascerebbe al momento della *solutio*; il debitore, non ancora tale, diventerebbe debitore pel solo fatto che l'altra parte si presenta a riscuotere e far valere il credito. Ma il Chironi intende parlare d'una *offerta vincolativa fin dal primo momento*, e di fronte a cui solo si attende la comparsa del creditore. Ora una tale *offerta vincolativa* è già un *impegno unilaterale*, poiché l'*offerta contrattuale* non è obbligatoria finché non è accettata. Quand'anche vi si unisse un tacito o espresso impegno d'irrevocabilità, questo impegno non vincola finché non è almeno conosciuto⁴⁸⁾, e non espone in ogni caso che a una responsabilità di *danni-interessi*⁴⁹⁾. Quando invece l'*offerta* basta a *render debitore*, con ciò siamo in pieno sistema dell'*impegno unilaterale*.

Per noi non sono che *pseudo-contrattuali* anche quelle teorie le quali credono conciliabile coll'idea del *contratto* l'assumere come termine attivo del rapporto il *pubblico* o l'*incerta persona* (questa sia *direttamente*, sia coll'*intermediario* del prenditore). In fondo non sono che diversi modi d'esprimere la stessa idea:

47) Nella *Giurispr.ital.*, 1892, IV, 129 e segg., n. 9.

48) Vedi la eccellente *nota* di L. COVIELLO nella *Giurisprudenza ital.*, 1895, I, p. 820. Altri, come FERD. BIANCHI (nella *Giurispr.*, ivi, p. 922), vuole l'*accettazione* anche per l'efficacia di questo impegno.

49) Cf. WINDSCHEID, § 304, *nota* 11, L. COVIELLO, loc. cit., e *Contratti preliminari*, n. 16. Io non convergo però nemmeno con quest'ultimo scrittore nel bandire dal nostro diritto l'*offerta vincolativa* fuori del contratto e appunto perché non credo che per le nostre leggi sia vietato alla volontà di vincolarsi fuori del contratto.

cioè, che non v'ha nessun vero, concreto, attuale *subbietto attivo* dell'obbligazione, ma bensì e soltanto un *subbietto passivo*; c'è un *vincolo*, che la sola volontà del vincolato ha creato, e che è reso *irrevocabile* dal fatto che esso fu da lui *incorporato* in un oggetto concreto (la carta) che non è più in suo potere e il cui possesso designerà a suo tempo un creditore⁵⁰).

Ma, adottata la base dell'*impegno unilaterale* (e questo è il passo decisivo, poiché implica la concezione, ripugnante al diritto tradizionale, di un *vincolo passivo* esistente per qualche tempo senza il corrispondente lato attivo), resta pur sempre a definire in qualche modo il *diritto del possessore*, e, lasciandolo senz'altro definito per un *credito*, resta a spiegare come si concilii l'esistenza di questo *credito* colla comparsa d'un *homo novus* per ogni possessore, fornito d'un diritto proprio ed autonomo. Vivante respinge con noi le dottrine *che derivano il diritto del creditore dai precedenti acquirenti*, e ammette con noi che si devano «considerare i creditori intermedi *come non avessero esistito*, nel regolare i rapporti fra l'emittente e l'ultimo creditore» (d. n. 828). E sta bene. Ma se così è, se ogni creditore deve considerarsi *fornito d'un diritto proprio originario, non derivato*, è necessario ammettere che il *credito* di cui è fornito un possessore *non è lo stesso credito* che aveano i possessori precedenti. Infatti se il credito che esiste nel possessore attuale è lo stesso credito che esisteva nel possessore antecedente è inevitabile che questo l'abbia *trasmesso* a quello. E se l'ha trasmesso non può averlo fatto che nello stato in cui si trovava nel suo patrimonio. Anche volendo, non lo avrebbe potuto trasmettere diversamente, per il principio (che è di logica giuridica) *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*. Dunque di nuovo, non si può parlare di *credito trasmesso insieme col titolo*.

50) Se poi la base dell'*impegno unilaterale* chiuda irremissibilmente la strada alle obbligazioni al portatore *civili*, come si sostiene dal GABBA (*Foro it.*, 1892, *nota*, c. 844 a 856), dal CHIRONI (l. c.), ecc., è un'altra questione. Ma io credo alla forza riformativa della consuetudine e della giurisprudenza; e appunto come lo stesso Gabba ammette che la validità ed efficacia delle *promesse pubbliche* sia dovuta soltanto alla *consuetudine* come fonte di diritto derogativa (forse basterebbe dire complementare) della legge, così io credo che anche per questi titoli sia da incoraggiare nella giurisprudenza interprete della consuetudine la tendenza ad estendere le norme dei rapporti commerciali a tutti i campi della vita civile. La dottrina farà il resto, e renderà impossibile, p. es., l'assurdo di dichiarare compatibile con obbligazioni *al portatore* l'apponibilità delle eccezioni personali ai precedenti possessori, come fece la cassazione di Roma (*Foro it.*, d. anno, p. 1).

Allora una delle due: o esistono tanti crediti originariamente differenti quanti sono i singoli possessori, ciascuno dei quali crediti nasce e muore insieme col possesso del titolo, -ovvero, se il credito è uno, esso non sorge come tale che nell'ultimo possessore.

Ma la prima ipotesi, ben considerata, non è concepibile. Infatti è certo che l'emittente ha inteso contrarre e ha contratto *un vincolo solo*. Bisogna dunque escludere la coesistenza di più crediti. I diversi crediti dovrebbero sempre immaginarsi in serie *successiva*. E si tratterebbe di più crediti successivi aventi lo stesso contenuto obiettivo e lo stesso soggetto passivo, ove perciò la diversità consisterebbe soltanto nel soggetto attivo. Ora si può cambiare il soggetto attivo del credito, ma sciogliendo il vecchio vincolo e stringendone uno nuovo, cioè facendo un *atto di novazione*. È stato infatti proposto anche di costruire il rapporto dei titoli di credito come una serie di novazioni⁵¹). Ma la novazione è anzitutto un *contratto*, e poi suppone un rapporto di credito *già esistente* da sciogliere. E noi abbiamo d'accordo escluso che vi sia contratto tra debitore e nuovo possessore. In ogni caso, anche ammettendo che possa aver virtù novativa una dichiarazione unilaterale del debitore, manca, quando questa è emessa, l'obbligazione antecedente da sciogliere. O meglio il debitore si scioglierebbe da una obbligazione nell'atto stesso di crearla, e ne contrarrebbe un'altra mentre in realtà avrebbe vita la prima. Insomma il sorgere della seconda obbligazione è logicamente e cronologicamente subordinato all'estinguersi della prima; non può dunque concepirsi che con un solo atto e nell'istesso momento si crei l'obbligazione da novare e l'obbligazione novativa; non può concepirsi novazione senza due rapporti *realmente successivi*. Tutt'al più si può fingere una *promessa di novazione* fatta al *prenditore* e da lui accettata; ma allora, oltretutto essa non potrebbe valere che per l'obbligazione di questo, mancherebbe pur sempre l'atto di *esecuzione* di tale *promessa*.

51) Perfino nei titoli al portatore: V. UNGER, *Rechtl. Natur d. Inhaberpapiere*, § 18; KUNTZE, *Obligat., u. Singularsucces.*, § 69, II, 2 e *Inhaberpap.*, §§ 130 e 131.

Non resta dunque che la seconda ipotesi⁵²⁾. Il credito non *trasmesso* e non *novato* apparisce *per la prima volta* presso l'ultimo possessore, *nel momento in cui il titolo cessa di circolare* (o perché torna in modo definitivo all'emittente o perché perde la virtù circolativa e diventa un titolo non circolante)⁵³⁾. Il debitore si è originariamente obbligato verso *chi porterà il titolo*. Fino a quel momento il credito resta *in sospeso*, val quanto dire non appartiene, come tale, a nessuno, non costituisce elemento specifico di nessun patrimonio, è una semplice proprietà (qualità), *accessione del titolo*, e solo come accessione, non come elemento patrimoniale si trova nel patrimonio che possiede il titolo.

Questa costruzione, secondo il Vivante, urta anzitutto «nella convinzione comune che considera i titoli di credito prima della scadenza come documenti *d'un diritto esistente*» (e avrebbe anche potuto dir francamente: d'un *credito* già esistente).

Inoltre è *contraddetta* dall'esistenza dei diritti di garanzia nei titoli cambiari, nonché del diritto ai dividendi, alla partecipazione all'assemblea, all'esercizio delle azioni di responsabilità contro gli amministratori nelle azioni sociali (ivi p. 97).

52) È stata timidamente avanzata anche un'ipotesi intermedia mercé la teorica della *correalità attiva*. Quando si hanno più *creditori correali*, fu detto, il credito è unico; solamente è incerto chi esigerà, ma pagando a uno il debitore si libera definitivamente rispetto a tutti. Lo stesso accade nei titoli circolanti, solo che i creditori correali costituiscono qui una *serie indeterminata* e per di più *successiva* (v. IACHINO, *Entità economica e giuridica del titolo al portatore*, n. 47). L'A. chiama egli stesso questa ipotesi una *stranezza*. Tuttavia essa meriterebbe maggior esame, specialmente ricollegandola (cosa che né egli, né altri, ch'io sappia, s'è proposto) colle obbligazioni stipulate dal *servo usufruttuario* in diritto romano; in cui una sola *stipulatio* può andare a profitto di più persone *successivamente*, senza che vi sia *trasmissione* da una all'altra, e v'ha un periodo in cui *in pendentibus est quis ex stipulatu sit habiturus actionem* (Papiniano, nella l. 18, § 3, D. 45, 3, e su di essa BARON, *Gesamtrecht*, § 36). Accenno quest'idea, riservandomi d'approfondirla con comodo, ma senza sperare che sulla teorica dei titoli circolanti possa gettare gran luce un'altra teorica così oscura e spinosa com'è quella dei *crediti correali*. Preziosa ad ogni modo e utilizzabile mi sembra l'analogia tra la *carta circolante* e il *servus* romano, in quanto ambedue sono adatti *ad incorporar* dei diritti per subbietti attivi eventuali, senza potersi presentare come subbietti essi stessi.

53) Nella *cambiale* il credito nasce presso il *possessore alla scadenza*; da allora infatti la girata importa *cessione*. Nel titolo al portatore invece la *tendenza del diritto* è anzi di *non* confondere il credito nel patrimonio (cioè non farlo nascere come credito personale) *nemmeno nell'ultimo momento*. Tanto che si dubita se possa il debitore sottrarsi al pagamento opponendo al presentatore le eccezioni *a lui personali* (V. *contra* BLUNTSCHLI, § 166, in fine). In tal guisa ogni traccia dell'ente *credito* sparisce, e il titolo resta il semplice simbolo d'una somma da incassare simile alla carta moneta.

Ma la convinzione comune non s'inganna: certamente qualcosa di attualmente esistente vi è nel patrimonio del possessore del titolo, ed è solo perciò che il titolo ha per il patrimonio stesso un valore economico che lo rende commutabile con altri valori; ma questo qualche cosa non è propriamente un *credito*, sebbene sia la *facoltà di esigere* la prestazione promessa, o la *legittima aspettativa* di tale facoltà se il titolo non è ancora scaduto; e non è un *credito*, perché il credito è un rapporto patrimoniale (personale), mentre quella facoltà e quella aspettativa non furono mai assorbite nel patrimonio, ma sono inerenti al titolo e restano in esso localizzate come una sua accessione, fino a che il possessore del titolo, togliendo a questo il carattere circolativo o tenendolo in sua mano quando perde di per sé questo carattere, si presenta al debitore come il *destinatario della prestazione promessa*: allora questo diritto diventa personale ed entra a far parte, come *credito*, del patrimonio del presentatore⁵⁴. Prima di questo momento, se qualcuno può esser qualificato come *creditore*, esso è il *titolo*, non la persona o il patrimonio che lo possiede. Ma in verità è più esatto e più corretto dire che *credito non vi ha*, non concependosi da noi le cose singole come subbietti di rapporti giuridici. Ovvero, parlandosi di *credito* durante la circolazione del titolo, bisogna intenderlo in senso affatto *obbiiettivo* e *impersonale*, come indicante la *potenzialità di rendersi creditore*, un credito *non ancora appropriato*, un credito perciò *futuro* ed *eventuale* per rapporto a ciascun subbietto dei patrimoni attraverso cui corre il titolo. Ed in questo senso, la mancanza d'un linguaggio tecnico veramente preciso per una figura giuridica che è ancora in formazione ci costringe effettivamente a far uso della parola *credito* fuori del suo significato normale e logico, ed è così che anche in questo stesso scritto abbiamo fin qui parlato (e parleremo) di *credito incorporato nel titolo*, di possessore avente la *proprietà del credito* o perfino la qualità di *creditore*, pur ritenendo che di *credito* in senso proprio non si potesse parlare.

54) Questo concetto si trova perfettamente scolpito dallo stesso VIVANTE, là dove, parlando della posizione giuridica del possessore *cambiario* e della sua immunità dalle eccezioni provenienti dal suo autore, dice: «Questa apparente anomalia si giustifica considerando che il titolo all'ordine, come ogni titolo di credito, circola tutto chiuso in sé stesso, portando con sé nella circolazione tutto intero il suo contenuto, uscendo successivamente dal patrimonio del possessore intermedio come n'è entrato, per immergersi solo dopo la scadenza nel complesso dei rapporti patrimoniali che legano personalmente l'ultimo possessore al debitore» (n. 898).

Appunto perché un diritto esiste inerente al titolo, e *mediatamente* contenuto perciò nel patrimonio del possessore di questo in forma di credito non ancora appropriato ma appropriabile, si spiega altresì l'esistenza e il passaggio delle *garanzie* a difesa del diritto stesso, come accessori complementari del titolo cui esso è inerente, potendosi benissimo dal debitore *garantire un credito futuro*, specie quando il *vincolo* (lato passivo dell'obbligazione) già esiste; e si spiega egualmente bene che il possessore del titolo possa e debba anzi (per la sua responsabilità di fronte ai possessori futuri) fare tutti gli atti conservativi delle garanzie medesime.

Il Vivante è ben lungi dallo spingersi all'eccesso di alcuni scrittori che dal carattere *formale* del titolo deducono come conseguenza necessaria ch'esso abbia a contenere la *menzione delle garanzie*, e che solo a questo patto le garanzie passino insieme col titolo ai diversi possessori⁵⁵). La garanzia è inerente al *vincolo*, il quale è perfetto colla creazione del titolo; essa fu costituita a maggior sicurezza dell'esigibilità del credito, riguarda perciò *direttamente* (appunto come lo stesso credito) il *destinatario della prestazione*, non i *possessori intermedi*. La consegna del pegno o l'annotazione ipotecaria importano il *possesso* della garanzia, non il *diritto* su di essa, e questo possesso ogni successivo possessore del titolo ha diritto di conseguirlo dal possessore cessato, solo perché *ha il titolo*. La *menzione* della garanzia in questo nulla aggiunge a un tale diritto, mentre non dispensa dalla necessità di procurarsene il possesso materiale. La garanzia non circola, come non circola il credito; essa *attende*; circola bensì il *titolo*, come rappresentativo del credito, e può circolare, ma separatamente, il *possesso della garanzia* (in forma di trasmissione reale per le cose date a pegno, in forma di successive annotazioni nei registri se si tratta d'iscrizione ipotecaria). Ma appunto perché attende l'ultimo

55) Opinione respinta da quasi tutta la nostra dottrina e giurisprudenza. V. per ultimo app. Venezia, 7 sett. 1896, nella *Legge*, II, 776, con nota contraria del VIDARI, e richiami. Di fronte alla legge scritta una tale opinione, se pur trova qualche appiglio estrinseco nel tenore dell'art. 256 relativo alla girata cambiaria, resta categoricamente smentito da altri articoli (488, 592, 670) giustamente invocati in proposito dal VIVANTE (ivi, § 48, nota 12).

possessore, la garanzia non può esser pregiudicata dai possessori intermedi, sia o non sia scritta nel titolo⁵⁶⁾.

Quanto poi agli altri diritti, distinti dal diritto di credito, ma che accompagnano eventualmente il possesso di certi titoli di credito, come il diritto agli interessi o dividendi (non rappresentati da titoli separati), il diritto alla partecipazione delle assemblee, ecc. nelle azioni *sociali*, io non veggio come essi contraddicano la sospensione del diritto di credito; essi sono altrettante utilità inerenti al titolo *oltre* quella rappresentata dal diritto principale di credito, e non si confondono con questo; anch'essi del resto sono utilità attuali e concrete solo per il possessore che si trova tale *nel momento di esercitarli*, semplici aspettative di diritti futuri e eventuali per gli altri.

Noi non vediamo pertanto altra costruzione possibile di questo diritto di credito che il possessore del titolo esercita contro l'emittente, immune da tutte le eccezioni personali ai precedenti possessori, fuori di questa. Perché il credito che passa insieme col titolo passi così immune, come un credito nuovo, originario, diretto e immediato contro il debitore bisogna che questo credito non sia mai sorto come vincolo attivo personale e patrimoniale prima d'allora. Infatti il debitore s'è obbligato *una volta sola* e verso il solo *destinatario della prestazione*; ora questo non vien fuori che all'ultimo momento. Fin allora c'è il *germe* del credito, e sta chiuso nel *titolo*, germe pronto a sviluppare non appena il titolo passi dallo stadio della circolazione a quello della realizzazione, e che intanto costituisce nel patrimonio ove si trova il titolo un valore suscettibile di essere scambiato con altri valori, e che merita di esser difeso come ogni altro bene patrimoniale. E la prova decisiva che esso non è un credito, si ha in ciò, che se il titolo rientra, senza cessare di circolare, nelle mani dello stesso emittente, esso ne esce intatto cogli stessi accessori di prima, cioè collo stesso diritto di esigere e colle stesse garanzie

56) Secondo il VIVANTE invece (n. 822 in fine), *se non è accennata nel titolo*, la garanzia può essere liberamente *riunciata* o *pregiudicata* da un possessore a danno degli ulteriori. E ciò perché «il creditore può rinunciare quando e come gli piace alla garanzia data dal debitore». A parte che ciò contraddice al principio che la girata trasmette le garanzie senza che siano annotate nel titolo. Il *creditore* può rinunciare; ma appunto chi gira la cambiale cessa d'esser possessore, e con ciò non già *cessa*, ma si mette in condizione di non mai *divenire* creditore; come potrebbe, ciò stante, esercitarne i diritti? Ecco un'altra reminiscenza del sistema *contrattualistico* della *cessione*.

che già l'accompagnavano; laddove se questo diritto fosse stato un credito esso avrebbe dovuto necessariamente estinguersi per confusione, e non avrebbe potuto rimettersi in circolazione, se non mercè nuova emissione e nuova costituzione delle garanzie che prima l'accompagnavano⁵⁷⁾.

Ad ogni modo non basta dire che questa costruzione è sbagliata oppure (come argutamente la qualificherebbe il Bolaffio) *nebulosa per sforzo eccessivo di analisi astratta, una super dottrina*; bisogna sostituirla un'altra al suo posto; bisogna dire che cos'è questa *obbligazione che s'acquista per mezzo del titolo senza che si riceva da colui che trasmette il titolo*, che cos'è questo credito che senza essere in sospeso, ed appartenendo perciò *successivamente a ciascun possessore*, si trova tuttavia in mano di chi lo esercita senza che gli sia stato *ceduto* e come se i precedenti possessori *non esistessero* o (per adoperare l'espressione di Lyon Caen et Renault)⁵⁸⁾ *comme ayant toujours été le seul créancier*. Questa spiegazione io l'ho cercata invano nell'opera del Vivante⁵⁹⁾.

Riassumendo pertanto i miei appunti al sistema costruttivo del Vivante, io trovo:

1° Che la contrapposizione tra obbligazione fondata sul *contratto* e obbligazione fondata sulla *legge* è inesatta in tutti e due i termini, è illogica in sé stessa. L'obbligazione dell'emittente è un *vincolo unilaterale* che nasce colla *firma* da lui apposta nella carta contenente la sua promessa di pagare la prestazione al destinatario di essa. Questo vincolo è di natura *formale* e ciò spiega la prevalenza in esso dell'elemento *materiale (letterale)* all'elemento *psichico*. Esso non può legare però di fronte alla *malafede* del creditore, ed è in mala fede il possessore che pretende far valere il titolo

57) Ciò spiega altresì la possibilità di riguardare l'emissione d'una serie di *obbligazioni* come produttiva di un *debito unico* dall'emittente verso una quantità di portatori, siccome oggi si tende a fare (v. BOLAFFIO, *Relaz. sul prog. di concordato preventivo*, pag. 96 e segg.).

58) *Précis de dr. comm.*, n. 1090.

59) Secondo il BOLAFFIO, dovrebbe intendersi la costruzione del VIVANTE a questo modo, che il diritto autonomo, il credito originario, diretto e impregiudicato dell'ultimo possessore ha per suo unico fondamento, non già il *contratto*, né la *promessa unilaterale del debitore*, ma addirittura *la legge*. Questo sarebbe un passo indietro. NO: il VIVANTE dice benissimo che questo diritto deriva da ciò, che *l'emittente ne autorizzò fin dappprincipio l'acquisto per mezzo del titolo*. Questa è la *causa giuridica del diritto*. Restava dopo ciò a definirlo. Ed egli non l'ha fatto.

disconoscendo i rapporti precedenti o concomitanti (*sottostanti*) tra lui e il debitore o conoscendo il vizio della volontà. Per questa ragione, e non perché l'emittente si sia *direttamente obbligato verso di lui contrattualmente*, il prenditore ha meno occasione di valersi della virtù puramente formale del titolo. Il prenditore contrae coll'emittente, ma oggetto del suo contratto non è la fondazione del vincolo d'obbligazione, sibbene la trasmissione della proprietà del titolo, nel quale l'obbligazione e con essa il germe del credito già esiste con tutti i suoi effetti. La prova che l'emittente non contrae *direttamente* il debito verso il prenditore sta in ciò che egli lo contrae *direttamente* verso il presentatore: trattandosi di un vincolo solo, i due fatti non possono coesistere.

2° Se la circolazione del titolo dà luogo a una proprietà *materiale* e a una proprietà *formale* (possesso) *del titolo*, come per ogni altra cosa mobile, non così può dirsi che dia luogo a una proprietà *materiale* e a una proprietà *formale*, eventualmente separate, *del credito*, cioè del diritto che il titolo porta con sé. Questo diritto è infatti inerente di sua natura non alla *proprietà*, ma al *possesso* del titolo, e non già al possesso *munito di titolo giuridico*, ma al semplice possesso *di fatto*, purché qualificato (è questa l'unica sua condizione) nelle forme volute dalla rispettiva legge di circolazione. Di qui l'impossibilità: *a*) che vicino al *creditore illegittimo* e di malafede (che s'è appropriato il titolo senza causa) resti un *creditore legittimo (materiale)*, che abbia cioè diritto di esser pagato senza titolo; *b*) che vicino a chi ha il *diritto d'esigere*, mercé il possesso giuridico del titolo separato dalla proprietà di esso, resti un *proprietario del credito* che possa cioè disporre in forza della proprietà del titolo, disgiunta dal possesso, a lui rimasta; *c*) che di fronte a chi ha il *diritto d'esigere*, il debitore possa valersi di rapporti suoi con *precedenti possessori* per paralizzare questo diritto, come se avesse dinanzi un *cessionario* di esso.

3° Queste proposizioni, secondo noi, conducono evidentemente alla conclusione che i precedenti possessori del titolo non ebbero mai né *possesso*, né *proprietà del credito*, altrimenti il presentatore, ultimo possessore, sarebbe necessariamente un loro *successore* donde quest'ultimo risultato: che il diritto che porta con sé il titolo nella sua circolazione *non è un credito*, ma il *germe* d'un *credito futuro* ed, in rapporto alla sua appartenenza, *eventuale*,

che se unicamente in considerazione di questa sua potenzialità può fin d'ora qualificarsi *credito*, ciò deve intendersi in senso affatto *obbiettivo e impersonale*.

Il titolo circolante perciò ha nel suo *passato*, come *termine iniziale*, il lato *passivo (vincolo)*, e nel suo *avvenire*, come *termine finale*, il lato *attivo (credito)* d'un *rapporto d'obbligazione*. Ambedue questi termini hanno nel titolo il loro *documento* e la loro *causa*; ma intanto ciò fa del titolo stesso un *valore economico attuale*, un *bene patrimoniale presente* ed è su questo *bene*, considerato per sé oggettivamente e *astrattamente dal rapporto* da cui è sorto e alla cui realizzazione mira, che la circolazione si svolge. Non è un credito insomma che circola, è una merce. Questa costruzione, che il Vivante condanna, aspetta di esser da lui sostituita con altra più accettabile che finora non conosciamo.

III. – Applicazione ai rapporti di mandato e di pegno nei titoli di credito.

Fra i *titoli al portatore* e le altre due classi di titoli di credito circolanti corre questa notevole differenza, che questi ultimi *contengono il nome* del possessore e i primi no. Ciò vuol dire che il diritto emergente dal titolo, sebbene non possa propriamente qualificarsi in nessun caso un *credito* per le ragioni già dette, è però un diritto *personale*, nel senso che può in qualche modo riferirsi, sia pur mediatamente, a una persona, ed eventualmente anche ad una persona *diversa dal detentore del titolo*. Si riete: noi non possiamo attribuire a questa persona il diritto in parola, poiché esso è inscindibile dal possesso del titolo, e nel *possesso* la *detenzione* è un elemento altrettanto indispensabile della *indicazione del nome* che ne costituisce la speciale *qualifica*. Né il *detentore*, né la *persona nominata*, possono in tal caso dirsi *possessori* del titolo a senso di legge. Ma intanto è aperta così la via all'estrinsecazione possibile del concetto di *rappresentanza*. Il presentatore del titolo al *portatore* nell'atto di esigere è sempre un *proprietario* del credito (nel senso impersonale) e se si ha interesse di stabilire che egli esige in qualità di *rappresentante*, ciò non può risultare che da atto e da documentazione *separati*. Invece la qualità di *rappresentante* può farsi emergere dallo stesso documento presentato, nei titoli

*all'ordine e nominativi*⁶⁰⁾. Appunto perché contengono il *nome*, essi comportano altresì una *clausola aggiuntiva* che abbia la virtù di separare *l'appartenenza* del credito dalla *nuda detenzione* del titolo. Il titolo può dunque esprimere che X ne ritiene il possesso *a nome* di Y, e in tal caso il debitore considererà Y e non già X per suo creditore, e ogni terzo saprà che X non può disporre del titolo poiché Y è il solo *destinatario della prestazione*. Inutile rammentare che *storicamente*, e cioè prima della formazione del vero e proprio titolo *circolante*, era questa la funzione della girata sui titoli. Il giratario era sempre un *rappresentante* dell'ordinario, cioè del prenditore o primo possessore del titolo⁶¹⁾.

Passiamo al *pegno*.

Nei crediti ordinari si possono distinguere come due categorie giuridiche ben diverse, il *pegno del documento* e il *pegno del credito*.

A misura che il possesso del documento è più strettamente collegato alla esigibilità e disponibilità del credito, il *pegno che si effettua colla consegna del documento* acquista maggiore importanza; alla imperfezione di questo collegamento supplisce del resto per gli effetti pratici la *notifica al debitore*, il quale è così diffidato dell'esistenza del rapporto di pegno e messo in grado di tenerne conto onde non pagare al suo creditore. Ma il pegno del documento non mette per sé stesso il concessionario del pegno *in rapporto col debitore*; il credito (non essendo *incorporato* nel documento) resta così com'era presso il concedente il quale ne ha la disponibilità e l'esigibilità. Allora per mettere il concessionario del pegno in grado di esigere legalmente il credito, occorre aggiungergli il *mandato ad esigere*, ed è come mandatario che costui esige, anche se la legge ammette questo mandato come tacito e presunto in forza della costituzione del pegno.

60) Nei titoli *nominativi* non sempre è ammessa la estrinsecazione della rappresentanza per via di *mandato*. Le società vogliono che se l'azione diviene proprietà di più persone, queste persone si facciano rappresentare da una persona sola, e il nome di questa figura *solo* nel titolo (art. 170); ma in *genere* non ammettono che emerga esternamente il rapporto di rappresentanza, preferendo di poter considerare *per tutti gli effetti* il titolare come il vero *azionista*, cioè il solo padrone dell'azione. Ma ciò non vuol dire che questa categoria di titoli *non comporti* per sé stessa una tale manifestazione coi relativi effetti di fronte all'emittente e di fronte ai terzi.

61) I precursori dei titoli all'ordine sono i titoli medievali stilati *tibi vel tuo misso*, *nuncio*, *mandato*, ecc. e la prima funzione della *gira* fu di sostituire il mandato di procura (cf. GOLDSCHMIDT, I, § 12, note 31, 35, 36, 37).

Invece il *pegno del credito* ha una diversa portata giuridica. Esso trasferisce nel concessionario del pegno addirittura il *diritto di esigere*, cioè non la facoltà di esigere come mandatario, ma il diritto di esigere *nomine proprio*, il *dominio dell'azione*, come è stato espressivamente qualificato, cioè la proprietà del credito in una delle sue due note costitutive, che è *l'esigibilità*. Si avvicina perciò alla *cessione*, dalla quale differisce tuttavia perché la nota più essenziale e caratteristica della proprietà, che è la *disponibilità*, resta al concedente. In tal caso la notifica al debitore è dell'essenza del contratto, perché importa che il cessionario dell'esigibilità *sia messo subito in rapporto* con quegli da cui dovrà esigere, e che questi sappia che da allora in poi il credito, fino a concorrenza dell'importo del credito garantito, non può più essere influenzato dai suoi rapporti col cedente.

Questa seconda forma è più rassicurante e più perfezionata; infatti i romani non la conobbero che tardi.

Ma le tradizioni romane, meno che altrove influenzate dalle immisioni germaniche, sopravvissero in Italia e furono accolte nel codice italiano.

Come possono applicarsi queste forme ai titoli di credito *circolanti*?

Il *pegno del documento* è sempre possibile, e con risultati pratici più tranquillanti che nei crediti ordinari, per la ragione che l'esercizio del diritto di esigere non è possibile a chi si è spogliato del documento, cosicché la notifica come mezzo di certiorare e diffidare il terzo diviene affatto inutile. Però se nei titoli *al portatore* la consegna del documento basta al trasferimento del *diritto di esigere*, negli altri titoli, ove la detenzione nuda non è possesso *legale*, è necessario esibire al debitore il *mandato* del titolare, ovvero far risultare il mandato dal titolo stesso, a meno che non si preferisca, per maggior garanzia del prenditore del pegno, metterlo addirittura nel possesso *legale* (intestazione, girata) del titolo. *In tutti i casi il debitore ignora il rapporto di pegno*, e non solo il debitore, ma lo ignorano anche i *terzi*; i quali tutti vedono nel possessore del documento o un semplice *mandatario*, o, se il titolo è intestato a lui, il *proprietario del credito*.

Ma sarà possibile un pegno *del credito*, intendendo di questo credito speciale *circolante*, che il titolo contiene soltanto in embrione e nessuno s'è ancora appropriato? Perché fosse possibile bisognerebbe che fosse possibile un rapporto di *successione* in quel credito, cioè che esso fosse *trasmissibile*. Ma appunto abbiamo dimostrato che ciò non è né come possesso, né come proprietà. che anzi a dir vero non v'è né possesso, né proprietà del credito finché il titolo circola, o, in altri termini, che chi acquista il titolo *non subentra* nei diritti del precedente possessore, ma acquista il credito *ex novo* e impregiudicato.

Il pegno *del credito* non è possibile pertanto al possessore del *titolo di credito*, se non nel modo e nei termini stessi in cui gli è possibile la *cessione* del credito, cioè denaturando il credito e trasformandolo, ciò che gli è sempre lecito (fuorché nei titoli al portatore, ove non esiste *nome* del possessore), da *impersonale* a *proprio* e *personale*. Egli *chiude* allora la *circolazione del titolo*, immettendo il credito nel proprio patrimonio; ed è ciò appunto che fa allorché notifica al debitore un atto con cui dichiara di *cedere* quel *credito* o di *darlo a pegno*, anziché servirsi delle forme di trasferimento proprie dei titoli circolanti. Infatti è proprio della cessione come del pegno del credito, ed essenziale per la loro perfezione, che il cessionario o concessionario del pegno vengano messi subito *in rapporto col debitore* onde fissare il sorgere e la decorrenza del loro *diritto di esigere, il credito* i mentre è essenziale al titolo circolante che il debitore rimanga estraneo a tutti i rapporti che si creano durante la circolazione. Nelle *azioni* nominative ciò deve intendersi compatibilmente all'indole *della prestazione* che ne è il contenuto; poiché *l'azionista* non è un semplice *creditore*, è un socio, ed egli non può trapassare *per cessione* la qualità di socio. E del resto l'esistenza stessa d'un *registro* accessibile ai terzi, e con ciò strumento naturale di pubblicità, importa quasi inevitabilmente che l'emittente del titolo nominativo, notificato del pegno, ne renda pubblica l'esistenza coll'annotarlo nel registro. Ma nella *cambiale*, come è perfettamente ammissibile un trasferimento del credito per via di *cessione senza girata*, così è possibile un *pegno del credito* mercé atto *notificato* e mercé *consegna del titolo non girato*. L'esistenza della *gira* (che è il simbolo della trasmissione circolativa) sarebbe incompatibile con un tale risultato, poiché essa importa trasmissione del *possesso qualificato* della cambiale, e con

ciò stesso della proprietà del credito come *cambiario*, cioè *tuttora circolante*.

Ma tornando al *pegno del documento*, il commercio dovè studiare il modo di riparare all'imperfezione di questa forma, e, stante la possibilità di apporre delle clausole aggiuntive all'atto della trasmissione, questo modo fu facilmente trovato.

Dicemmo già che la difficoltà principale nascente da questa forma di pegno consiste in ciò, che essa di per sé non conferisce il *diritto di esigere*; donde due sole vie d'uscita: o conferire questo diritto in forma di *mandato*, o conferirlo mercé il trasferimento di possesso pieno, qualificato. Ma la prima via è generalmente insufficiente, perché non tutela abbastanza la posizione del garantito, e specialmente perché è in balia di chi costituì il pegno di pregiudicarne il valore colludendo col debitore e fornendogli eccezioni personali che questi potrà sempre opporre a chi si presenterà ad esigere *a nome di lui*. La seconda via è pienamente rassicurante nei rapporti col debitore emittente, ma essa va al di là dello scopo, in quanto ingenera nei terzi il convincimento della *disponibilità del credito* presso il possessore legale e incondizionato del titolo e mette perciò il girante nella necessità di sorvegliare il suo giratario e di cautelarsi anche direttamente contro di lui predisponendo la prova *extrinsecus* della sua proprietà del titolo. A eliminare gl'inconvenienti di questa seconda via (preferibile per sé stessa al commercio, poiché nel negozio di pegno l'intento diretto ed assorbente è quello di rassicurare il creditore che si vuol garantire), si pensò a introdurre una clausola che indicasse la *causa* speciale del trapasso, causa che, indifferente al debitore emittente, bastava a metter sull'avviso i terzi e a cautelare il girante di fronte al giratario. Questa è la giustificazione razionale e storica della introduzione della clausola *in garanzia* nella girata cambiaria.

Questa clausola, a differenza delle clausole *per procura*, *per l'incasso*, ecc., non è *modificativa* della girata, ma soltanto *complementare* di essa. Le prime clausole dicono in sostanza che la girata è fatta soltanto perché un altro abbia modo d'incassare per noi, cioè *escludono* che sia una vera girata, e difatti quella girata in tutte le leggi anteriori, fin dalle prime leggi cambiarie, è stata denominata *girata impropria*. La seconda clausola, anche grammaticalmente, lascia impregiudicata la natura della girata e

solo vi *aggiunge* la causa per cui fu fatta⁶². È vero che quando la causa è espresso in un titolo formale non può lasciare indifferente il debitore, ma quando essa alteri in qualche modo la portata dei suoi obblighi. La causa di pegno non ha questo effetto, perché non toglie al giratario il *possesso legittimo* del titolo *per sé* e non per altri, e con ciò *il diritto di esigere in nome proprio*. Quindi la sua conoscenza non mette il debitore in condizione di opporgli le eccezioni personali ai precedenti o al precedente possessore.

Il Vivante contrasta questa conclusione per la girata della cambiale *in garanzia*. Egli dice (n. 878) che il girante *in garanzia* rimane sempre il *proprietario materiale e formale del credito*. Siccome per *proprietario materiale del credito* egli intende, come vedemmo, colui che è *proprietario del titolo* e che come tale può affermarsi di fronte a chi ne ebbe da lui il possesso, così non può contestarsi che tale sia il girante *in garanzia*; anche se mancasse la clausola nella girata, sarebbe lo stesso. Solo i successivi giratari sarebbero allora, se in buona fede, al sicuro contro di lui; la clausola toglie loro la difesa della buona fede, e in questo senso la sua *proprietà materiale* può dirsi meglio assicurata. Ma Vivante dà qui alla *proprietà materiale del credito* anche questo senso che il debitore pignoratizio *conserva lui il diritto di esigere*, ed il creditore non fa che *esercitarle in nome di lui*, proprio come un mandatario, perché (dic'egli) *vale anche in questa materia il divieto del patto commissorio*. E alla *proprietà materiale* s'aggiunge la *proprietà formale*, poiché la clausola apposta alla girata comunica gli effetti del negozio *formale* anche al rapporto di *pegno*. Ora l'errore è anzitutto, a mio avviso, nel modo di concepire in genere il *pegno del credito*, poiché questo pegno ha per effetto appunto di *trasmettere il diritto d'esigere*; il creditore che riceve il pegno esige *a nome proprio* e

62) L'art. 259 elenca le clausole *per procura*, *per incasso*, *per mandato*, insieme con quella *valuta in garanzia*. Questa stessa diversa formulazione indica che, mentre in quest'ultimo caso la girata per sé è completa e solo la clausola esprime *di più* la causa per cui fu fatta, nei primi tre casi l'aggiunta serve a dare una diversa determinazione al significato stesso della girata, che s'intende fatta solo in quanto serva *per* quel dato scopo, e con ciò stesso esclude che sia una girata normale. L'idea (non felice davvero) di accoppiarle fu poi offerta al legislatore da questo effetto *comune*, che tutte e quattro escludono che sia trasmessa la *proprietà* (disponibilità) della *cambiale*. È giusto dire che, a differenza di scrittori più superficiali, il VIVANTE è ben lungi dal valersi dell'argomento offerto da questa promiscuità di trattamento legislativo, per la sua tesi che tende ad accomunare queste figure anche dal punto di vista del *diritto di esigere*, come ora vedremo.

persino *contro la volontà del debitore* che gliel'ha dato⁶³). Il patto commissorio sarebbe qui fuor di luogo, poiché esso consiste nel concedere al creditore la facoltà di trasformare il pegno *corporale* in un *valore* e appropriarselo in compenso del credito garantito. Ma qui, come nel pegno del credito, l'obbietto del pegno è già un *valore* (poiché è solo *come valore* e non *come corpo* che la *carta* circola): non dev'esser *trasformato*, ma solo *realizzato*, che è molto diverso e non include nessun pericolo pel debitore; né il diritto *d'esigere* include il diritto di *appropriarsi* il valore; questa è materia d'un altro rapporto (fra cedente e cessionario) cui è affatto estraneo il debitore da cui si esige. Altro è che il credito dato in pegno *non passi* nel patrimonio del creditore pignoratizio, quando esso credito è qualcosa di più d'un mero *diritto di esigere*, cioè quando è un *vero credito personale inerente al patrimonio e non al titolo*, perché in tal caso esso resta (anche dopo dato in pegno) nel patrimonio dove già si trova, e potrebbe essere benissimo trasmesso ad un terzo, non potendo il pegno del credito equipararsi a una *cessione* del credito. Ma dato un credito che di sua natura non consista che nel *diritto d'esigere inerente al possesso del titolo*, che cosa rimane nel patrimonio di chi ha trasmesso possesso del titolo e diritto di esigere? e come potrebbe questi pretendere di essersi riservata la *proprietà del credito*? potrebbe forse egli trasmettere il credito a qualcun altro, se questo credito non esiste fuori del titolo?⁶⁴

Dunque la clausola *in garanzia* non ha *effetti cambiari*, se con questo s'intende che tolga al giratario quel *diritto proprio d'esigere* che in forza del *pegno* gli spetta *non meno* che in forza della *girata*; non altera cioè di fronte al debitore⁶⁵ la *portata normale*

63) Sul diritto di esigere proprio del creditore pignoratizio v. per ultimo MANARA, nel *Foro it.*, 1896, p. 1238.

64) È appunto perciò che noi neghiamo che il pegno cambiario colla girata in garanzia sia il *pegno d'un credito*; esso rientra per noi nella categoria del *pegno del documento*, ben vero, d'un documento che *incorpora un credito*.

65) E tanto meno di fronte a chi avrebbe il diritto di rivendicare la cambiale di mano al girante, perché il *diritto di possesso sul titolo* basta a difendere il giratario anche se *in garanzia* (*Contra*, VIVANTE, n. 877).

della girata⁶⁶). Indica soltanto, per chi può avervi interesse, che la cambiale non è *proprietà* del giratario⁶⁷).

Che praticamente l'equiparazione della girata *in garanzia* a una girata *per l'incasso* non abbia alcuna utilità, e lasci *poco sicura la posizione del giratario* non è negato dal Vivante; ma egli fa considerare che in fine dei conti il debitore girante *ha la scelta*; si varrà di *quella* girata quando teme gli abusi del suo creditore, ma se avrà fiducia nella lealtà del giratario userà la girata *traslativa di proprietà*. Capisco anch'io: o prendere o lasciare, ma sarebbe appunto la via di mezzo che il commercio cercherebbe e si lusingherebbe d'aver trovato colla girata *in garanzia*. E poi fra debitore e creditore chi ha *la scelta* è il creditore; è lui che domina la posizione, e si tratta appunto di difendere il girante *costretto ad aver fiducia nella lealtà del giratario* che vuole dal canto suo esser *tranquillo e sicuro* nella sua posizione di giratario.

Contro il pericolo che deriva dal lasciare esposto il creditore pignoratizio alle eccezioni opponibili al suo girante, obietta finalmente il Vivante che queste eccezioni non gli potranno più essere opposte *dalla data della girata*, poiché è vero che il pegno non fu notificato al debitore, ma ciò avvenne perché questi *coll'emissione dispensò tacitamente da tale notifica e si obbligò di riconoscere per creditore pignoratizio* il giratario (d. n. 878 in fine). Ecco per tal guisa: 1° ridotta la girata a una *cessione con una tacita dispensa di notifica* al debitore ceduto, mentre non è che il *modo di trasmissione d'un titolo circolante* senza nessun significato di cessione⁶⁸; 2° d'altra parte ecco conferita al creditore pignoratizio *d'un credito* il diritto di esigere *nomine proprio* e non più *in nome del debitore* suo cedente, in contraddizione col precedente concetto,

66) Perciò, contrariamente al Vivante, ritengo che per riprender la cambiale al giratario in garanzia per girarla ad altri, occorra una nuova girata e non basti la riconsegna del titolo colla cancellazione di quella girata.

67) Rendendo *indisponibile* la cambiale presso il giratario questa clausola consegue pure l'effetto di arrestare la circolazione del titolo, ma l'arresta in mano al pignoratario, non (come nella *cessione* o nel *pegno notificato*) in mano al cedente. Questa girata rassomiglia perciò negli effetti a una girata *non all'ordine*. Inoltre l'arresto della circolazione non è *definitivo*, perché l'emittente l'ignora. Se prima della scadenza la cambiale è riscattata, essa viene rigirata al girante in garanzia, il quale può benissimo rimetterla in circolazione.

68) Infatti il sistema *contrattualistico* consiste appunto nello spiegare la girata siccome una cessione dalla cui notifica il debitore ha tacitamente dispensato cedente e cessionario.

che fa del creditore pignoratizio un mandatario ad esigere (sia pure *in rem propriam*)⁶⁹⁾, poiché a tale mandatario resterebbero sempre opponibili le eccezioni personali al mandante.

L'una e l'altra costruzione (quella del *mandato*, come quella della *cessione*) furono da me lungamente combattute⁷⁰⁾, e sarebbe inutile che vi ritornassi sopra. Il Vivante ha tentato di fonderle insieme, ma non mi pare che ci sia riuscito. Insomma che cos'è quella girata coll'aggiunta *in garanzia*? trasferisce o no *il possesso detta cambiale* coi diritti che *vi sono inerenti*? se li trasferisce, se conferisce soprattutto il diritto di esigere, vuoi dire che fa del giratario il *destinatario della prestazione*, cioè il vero ed unico creditore dell'emittente; se non li trasferisce, se malgrado quella gira egli esige sempre *in nome del suo girante*, vuol dire che la girata è *impropria*, che non è *girata*, ma *propria*, ed il vero ed unico creditore dell'emittente è il girante. Ma questa posizione intermedia di un giratario che non è giratario somiglia (con venia dell'illustre commercialista) ad una figura favolosa, un vero centauro mezzo uomo e mezzo cavallo.

Veniamo ai titoli *nominativi*.

Oltre la forma di pegno suddescritta, i titoli nominativi ne comportano⁷¹⁾ anche un'altra, tutta loro speciale, e che meriterebbe d'essere estesa per la sua comodità e sicurezza anche ai crediti non circolanti, e questa forma potrebbe qualificarsi *l'ipoteca del credito*, poiché consiste nella iscrizione (*annotazione*) del vincolo di pegno nello stesso registro in cui è iscritto il nome del possessore del titolo. Questa forma non conferisce il diritto di esigere, perché non è propriamente un pegno del credito e d'altronde non trasmette il possesso materiale del titolo⁷²⁾. Invece conferisce il diritto di esigere

69) L'espressione *in rem propriam* indica soltanto che *l'interesse* del mandato è del mandatario, e quindi limita i poteri revocativi del mandante, ma non toglie la *rappresentanza* del mandante nel mandatario.

70) V. *Il pegno cambiario e la girata in garanzia* nella *Giurispr. it.*, 1895, IV, col. 337.

71) Quando diciamo *comportano* intendiamo che ne sarebbero suscettibili di loro natura; del resto nessuna forma di pegno può dirsi ammessa per le singole specie di titoli, se non è consentita dall'emittente o per lui dalla legge.

72) Può però accompagnarsi al possesso materiale del titolo e in tal caso conferisce il diritto di esigere gli *interessi* e le somme che vengono a scadenza, non fosse che in virtù di un tacito mandato. Il pegno dei titoli nominativi di lontana scadenza ha anzi per lo più questo scopo.

l'altra forma di pegno, analoga a quella descritta nei titoli all'ordine, che consiste nel trasferire il titolo al creditore pignoratizio intestandolo a lui colla clausola *per causa di garanzia*. In tal caso questi deve considerarsi come il vero titolare per ogni effetto di fronte all'emittente, salvo che non può disporre del titolo trasmettendolo ad altri, e deve in ogni caso regolare col *proprietario del titolo* i suoi rapporti pignoratizi.

Nelle società per azioni il codice, all'art. 455, ammette appunto per le azioni nominative ambedue le forme di pegno; ma gli scrittori non usano fare tra l'una e l'altra nessuna distinzione e sembrano attribuire ad entrambe gli stessi effetti. Invece le cartelle di rendita nominativa e titoli analoghi non ammettono che *l'annotamento*, che la legge sul debito pubblico chiama anzi addirittura *ipoteca*⁷³⁾.

Vivante dice (n. 844) che il pegno d'un titolo nominativo si costituisce coll'atto scritto e colla consegna del titolo; la notifica al debitore e la registrazione nei suoi libri sono un di più, di cui si può anche fare a meno. Col possesso (che qui s'intende materiale soltanto) del titolo, la condizione giuridica del creditore «è tanto sicura quanto quella del creditore garantito mediante il possesso d'un titolo all'ordine o al portatore». Le forme di cui all'art. 455 sono *meramente facoltative* e «il creditore pignoratizio se ne varrà quando vuoi esercitare durevolmente di fronte alla società i diritti del socio coll'esaminare i bilanci, coll'esigere i dividendi, ecc.»⁷⁴⁾. Ammetto anch'io che possa darsi in pegno il documento, ma con effetto *tra le parti soltanto* la sicurezza che il debitore non esiga non basta a render *sicura* la posizione del creditore pignoratizio; bisogna che esso possa esser sicuro anche di fronte ai terzi, e tale non è se non si trova investito del *possesso* legale del pegno poiché è il *possesso* che adempie la funzione di *pubblicità* necessaria alla

73) È questione di parole; ma è curioso che qualche scrittore ha preteso farne questione di sostanza, ammettendo che la parte potesse chiedere un annotamento *di pegno*, invece di un annotamento *d'ipoteca*! (V. FERRARIS, op. cit., n. 188).

74) Però nel vol. I del suo Trattato, parlando delle *azioni nominative* di società, lo stesso VIVANTE aveva invece richiesto la *notifica alla società* per la costituzione del pegno sulle azioni, e aveva presentato le forme di cui all'art. 455 come semplici facilitazioni di quella formalità, per evitare la solennità dell'atto d'uscire richiesta dall'art. 1881 (I, n. 412). In tal modo si confondono come equivalenti tra loro una formalità che riguarda il pegno *del credito* e una formalità che riguarda il pegno *del titolo*. In una 2ª edizione del Trattato sarebbe desiderabile che simili antinomie sparissero. Nel trattato sul *Pegno* (n. 508) dello stesso A. si dice pure che la *notifica* non occorre, ma intanto si qualifica il pegno del titolo nominativo come *pegno del credito*.

perfezione del pegno stesso. Ora il *possesso d'un titolo nominativo* non si ottiene colla semplice detenzione del titolo, ma con questa accompagnata dalle formalità proprie della sua legge di circolazione. E ben vero che questo possesso quando fosse ottenuto con queste forme (iscrizione) sorpasserebbe gli scopi del pegno (come nel caso della girata cambiaria), ma appunto perciò si fa uso della clausola aggiuntiva indicante la *causa di garentia* nel trasferimento. Questa clausola serve non già a restringere i diritti *verso l'emittente* derivanti dal possesso legale del titolo (quindi il diritto di esigere immune dalle eccezioni personali anche al trasmittente), ma solo ad escludere l'ulteriore disponibilità del titolo, come la clausola stessa nella girata cambiaria. E si può anche fare un passo addietro; impedire cioè che anche di fronte al debitore (emittente) il creditore pignoratizio appaia formalmente investito del credito e del relativo diritto di esigere, eppure avvertire i terzi dell'esistenza del rapporto di *pegno sul titolo*; allora si ricorre *all'annotamento*. La *esecuzione forzata* dei creditori ha luogo anch'essa normalmente non già *sul credito*, ma *sul titolo*. E un pignoramento del titolo in mano al debitore che lo possiede. Però una volta sottratto così il titolo alla circolazione, il creditore pignorante deve farsi assegnare dal giudice il *credito*, in forza di che egli si presenta al debitore (emittente) coi diritti di un *cessionario*⁷⁵⁾. Questo procedimento è possibile tanto sui titoli *all'ordine* che sui titoli *nominativi*. Pei titoli *al portatore* non occorre consacrazione di giudice poiché la detenzione è il possesso legale.

Ma sarà possibile una diretta esecuzione *sul Credito*, cioè, *presso il debitore emittente*? Se si parla del credito *circolante*, evidentemente no, per le stesse ragioni per cui esso non è cedibile, né suscettibile di pegno convenzionale. Un siffatto credito come *rapporto personale di credito* non esiste; il debitore non si è obbligato che verso il destinatario della prestazione, e tale non è qualunque possessore solo perché possessore. Esso è dunque inafferrabile fuori del titolo cui sola mente è inerente. D'altronde il creditore normalmente non ha modo (come l'ha il possessore) di chiudere la circolazione del credito e renderlo così personale e

75) V. per la cambiale WAECHTER, *Wechselrecht*, § 67, p. 266; DERNBURG, *Pr. Privatr.*, II, § 272, p. 781.

proprio del possessore del titolo. Pure la cosa diventa possibile nei titoli di credito *nominativi*. E perché? Perché il modo di circolazione di questa categoria di titoli implica il concorso di *due* elementi, uno dei quali (*l'iscrizione*) richiede la cooperazione, non attiva, ma pur necessaria, dell'emittente. Il titolo anche trasmesso di mano in mano non *circola* (come sappiamo), cioè non trasmette i diritti che gli sono inerenti, senza questa seconda essenziale formalità. Ora il creditore può appunto agire su questo secondo elemento, impedire ogni trapasso formale nei registri diffidando l'emittente, e in tal guisa rendere impossibile l'ulteriore circolazione del credito, fissarlo in testa all'attuale possessore e afferrarlo. Non tutti gli emittenti sono disposti a subire una tale diminuzione della virtù circolativa del loro titolo, ma pel creditore (munito, s'intende, dei mezzi legali) tale facoltà è di diritto comune, e senza una legge non può essergli tolta⁷⁶). Non è perciò esatto il Vivante, quando pone come regola che «il sequestro e il pignoramento del credito devono eseguirsi presso il titolare o presso chi detiene il titolo, arrestandone la circolazione» e che «non basta rivolgere quei mezzi esecutivi contro il debitore» (n. 845); ed ha ragione il Bolaffio di osservare che con questo principio la buona fede dei terzi, che hanno diritto di considerare l'iscrizione come la marca legale del possesso del credito, resterebbe *maggiormente insidiata*. Solamente ciò non prova, come vorrebbe quest'ultimo scrittore, che il titolo *nominativo* non sia titolo *circolante*, ma sibbene che la sua circolazione è più lenta e impacciata, talché si presta ad essere arrestata anche da chi non è al possesso materiale del titolo.

76) La legge sul debito pubblico non permette al creditore (non iscritto) di agire esecutivamente sul credito della rendita nominativa *se non è in possesso del certificato* (art. 19). E così è per le obbligazioni ferroviarie (regolamento 16 novembre 1886, art. 23), per le cartelle fondiari (regol. 24 luglio 1885, articolo 21) ed agrarie (regol. 27 maggio 1888, art. 10). Anzi qualche legge s'è spinta fino a dichiarare *l'assoluta insequestrabilità* di siffatti titoli presso l'emittente (v. per esempio lo statuto della cessata Banca nazionale toscana, art. 15, approvato con decreto 14 gennaio 1875), e non mancarono decisioni che pretesero dare questa interpretazione (erroneamente) anche alla nostra legge sul debito pubblico.

L'obbligazione astratta e l'obbligazione casuale nella cambiale

Gustavo Bonelli

(Rivista di diritto commerciale, 1909, p. I , pp. 597-623)

1. Sul carattere *astratto* dell'obbligazione cambiaria si è molto disputato e si seguita a disputare. Senza tenere rigorosamente di mira nella cambiale la natura di *titolo circolante*, è difficile dare una giustificazione di questo carattere¹⁾, specie di fronte alle resistenze della teorica tradizionale che continua a vedere nella cambiale un rapporto individuale fra emittente e prenditore, di cui i successivi possessori si presentano come aventi causa.

Gli scrittori francesi²⁾ e parecchi recenti scrittori italiani³⁾ negano all'obbligazione cambiaria il carattere astratto, che in Germania è generalmente ammesso⁴⁾.

Si nega anzitutto che possano sussistere in diritto moderno obbligazioni astratte. In ogni modo, si dice, tale non è la cambiale, dal momento che essa ammette le *eccezioni personali*, e quindi di fronte all'azione del prenditore l'eccezione dedotta dalla *manca*za o *illiceità della causa*. Tale eccezione non è conciliabile logicamente col rapporto astratto. Questo comporterebbe al più l'ammissibilità di una successiva *conditio*, diretta al ricupero della somma pagata, non già quella d'una eccezione all'azione di pagamento⁵⁾.

1) Cfr. BÄHR, *Die Anerkennubng als Verpflichtungsgrund*, p. 234.

2) V. in specie il recente scritto del THALLER sulla *natura giuridica del titolo di credito* negli *Annales du dr. comm.*, 1906 e 1907.

3) FERRARA, *Teoria del neg. illecito*, p. 310. *Simulazione dei neg. giurid.*, p. 105, 106. Cfr. *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 284 e seg.; BRUNETTI, *Camb. in bianco*, p. 139 e seg.; AZZARITI nella *Giur. It.*, 1907, I, l. 573 e seg.; PIOLA CASELLI nel *Foro it.*, 1901, I, 610.

4) V. LIEBE, W.O., p. 24 e seg., 42 e seg.; THÖL, § 194; KUNTZE, W.R., p. 279 e seg. e in *Endem. Handb.* § 12; DERNBURG, *Preuss. Privatr.*, II, p. 730; HARTMANN, p. 113; CANSTEIN, §10, 11; LEHMANN, p. 390, 433 e seg.; GRÜNHUT, § 66, nota 3; STAUB, art. 4, n. 61, 68; BERNSTEIN, p. 324 (nei rispettivi trattati e commenti sulla cambiale). In senso contrario v. l'opera di WIELAND *Das Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen* (1901).

5) «Dal momento che queste eccezioni possono vulnerare il rapporto, vuol dire che il rapporto per esser valido ed inattaccabile deve anche racchiudere quelle condizioni, e perciò una causa lecita. Ma ammesso questo, siamo nel terreno dei negozi concreti» (FERRARA, *Riv. dir. comm.*, loc. cit. p. 289).

Se la cambiale assume carattere di titolo formale di fronte ai terzi possessori di buona fede, ciò si deve alla protezione che la legge accorda per tutelare la sicurezza di circolazione dei titoli di credito. Ma ciò non basta a deporre per la natura astratta della cambiale⁶⁾.

Nessuno pone in dubbio che lo speciale carattere conferito alla cambiale e ai titoli di credito in genere sia una concessione della legge ispirata alla protezione della buona fede dei terzi e della circolazione. Su ciò siamo tutti d'accordo. Ma limitarsi a dire questo significa rinunciare ad una sistemazione logica, ad una costruzione teorica di questi titoli. Ogni disposizione di legge è, o si suppone, ispirata a ragioni di pratica utilità e di politica legislativa guidata dall'interesse pubblico. Ma spetta poi alla dottrina di raccogliere il risultato complessivo delle varie disposizioni di un istituto giuridico in unità logica, per modo che esse si presentino il più possibile coordinate fra loro, sicché possano dimostrarsi deduttivamente in rapporto di dipendenza da un principio unico che le contenga e le giustifichi.

È vero che una perfetta sistemazione scientifica in questo senso non è quasi mai possibile in materia così relativa e soggetta a evoluzioni come è la norma giuridica. Alle inconseguenze, alle lacune alle deficienze della legge che importano strappi nel sistema si provvede spesso collo spediente provvisorio della *finzione*.

Ma quando lo strappo assume proporzioni notevoli questo spediente non soddisfa più in alcun modo, e vuol dire che bisogna cambiare la costruzione *ab imis*.

La cambiale è un titolo di credito destinato di sua natura alla circolazione, come ogni titolo *all'ordine*. Non si tratta più oggimai di un titolo contrattuale, che eventualmente e per mera accidentalità può andare a trovarsi in mani terze, come poteva ammettersi in uno stadio storico anteriore della sua evoluzione.

Tutta la sistemazione legislativa di questo istituto, con quei requisiti formali così rigorosi, colle diligenze obbligatorie

6) FERRARA, loc. cit., p. 289, 290. BRUNETTI, p. 140 : «rapporto ai terzi...la causa è *presunta*; la legge per *esigenze d'ordine pubblico* non consente l'indagine sulla esistenza di una causa diversa da quella che apparisce dal titolo». *Presunzione (juris et de jure)*, *finzione di legge*, sono le espressioni che ricorrono presso gli scrittori francesi per render conto di questo fatto.

che impone, colle gravissime limitazioni procedurali, colla esclusione delle eccezioni *ex persona auctoris*, dimostra che il legislatore si è posto dal punto di vista precisamente di quel terzo possessore che al rapporto contrattuale originario fu perfettamente estraneo. È lui il subbietto attivo *normale* del titolo, non l'immediato prenditore. Quindi anche la costruzione scientifica deve andare in cerca d'un principio che contenga fondamentalmente la giustificazione logica della posizione di quel terzo, salvo a rendersi ragione delle apparenti anomalie che esso presenta allorché il posto del terzo è occupato dal contraente immediato. E difatti allora si troverà che questa seconda giustificazione è possibile, mentre non è possibile la giustificazione giuridica della posizione fatta al terzo, se la costruzione si basa sulla tesi del rapporto causale e contrattuale coll'immediato prenditore.

2. V'è chi ha creduto possibile una costruzione bifronte dell'obbligazione cambiaria, qualificandola cioè contrattuale e causale di fronte al primo prenditore, formale e astratta di fronte ai successivi possessori⁷⁾.

Se con ciò s'intendesse constatare il fatto che nel suo risultato finale l'esperienza dell'azione cambiaria da parte di chi fu in rapporto contrattuale col debitore è soggetto all'influenza di questo rapporto e della sua causa, mentre da parte di ogni altro possessore della cambiale che non si trovi in rapporto con lui nessuna considerazione estranea al titolo può intervenire a paralizzare o modificare gli effetti dell'obbligazione in esso contenuta, si direbbe cosa da tutti ammessa, ma che non farebbe fare un passo alla costruzione del rapporto cambiario.

Se s'intende invece dare questo duplice contenuto e affermare questo duplice carattere all'obbligazione cambiaria per sé stessa, ci troviamo di fronte ad una impossibilità logica. La causa è un requisito dell'obbligazione, che si ritiene necessario o no alla sua validità. Ma l'obbligazione non può nascere nello stesso tempo causale ed astratta. Se la causa è condizione di validità dall'obbligazione, si potrà

7) Così, e non soltanto per la cambiale, ma per tutti i titoli circolanti, VIVANTE, *Tratt.*, 1° ed., II, 825; 3° ediz., III, 964 e seg.; seguito da BOLAFFIO, *Arch. Giur.*, VII, p. 274 e seg.; da SEGRÈ, *Dei titoli d'obblig. al portatore*, p. 11 e seg. e da altri.

ammettere che di fronte a talune persone per ragioni speciali non occorra la sua dimostrazione, ma sempre si avrà un'obbligazione di natura causale, come assume la teorica più sopra accennata, e che tale necessariamente rimane: un'obbligazione non può perder la sua causa strada facendo, solo perché entra a profittarne una persona diversa dall'originario investito. Di siffatta distinzione del resto non si ha traccia nella dichiarazione di volontà del debitore, il quale non lascia intendere affatto di volersi obbligare in modo diverso verso il primo possessore, benché nominato (il quale poi potrebbe anche non essere in realtà la persona con cui l'emittente si trova in rapporto contrattuale)⁸⁾, che verso i successivi. E l'azione promossa dal prenditore è un'azione cambiaria (non già *ex causa*), al pari di quella d'ogni altro possessore (tanto che può coesistere coll'azione causale e lasciarla impregiudicata); gode delle stesse prerogative; ed è, non già *negata* dal convenuto, ma soltanto paralizzata con una *eccezione personale* dedotta dal rapporto sottostante⁹⁾. Per cui questo fa la sua comparsa nell'*eccezione*, ma è estraneo all'azione.

3. L'Adler, che già nel suo *Diritto cambiario austriaco* aveva insegnato che d'obbligazione *astratta* non può parlarsi in diritto moderno se non in senso *formale-processuale*, cioè come deviazione dalle regole generali di diritto probatorio, facendo gravare sul debitore, anziché sul creditore, la prova relativa al fondamento causale del rapporto (p. 46, 47), pur ammettendo però che verso i terzi il rapporto d'obbligazione, e così pure il credito cambiario, si presenti sostanzialmente astratto, cioè *sciolto da ogni causa* (p. 45), ha recentemente approfondito l'argomento in apposita monografia¹⁰⁾.

8) Colui che figura come ordinario potrebbe essere un semplice garante o firmatario di favore o incaricato di girare la cambiale all'effettivo contraente, e così pure la cambiale potrebbe esser girata in bianco, o anche rilasciata col nome del prenditore in bianco.

9) Non è punto esatto il dire che i rapporti fra girante e giratario *sono regolati, anziché dalla legge cambiaria, dal contratto fondamentale tra loro concluso* o che *l'effetto della legge cambiaria annette alla girata lo impone nei rapporti di coloro fra cui deve circolare il titolo, e non nei rapporti fra girante e giratario, che sottostanno alla legge del loro contratto* (sono frasi della Cass. Roma, 31 dicembre 1908, Temi, 9, 158). Non è forse *la legge cambiaria* che ammette il girante ad opporre le *eccezioni personali* verso l'immediato giratario, e fra questa l'eccezione dedotta dal rapporto sottostante?

10) *Die Einwirkung des Wechselbegebung auf das kausale Schuldverhältniss* nella *Zeitschrift für d. gesammte Handelsrecht*, 1809, vol. 64, p. 127 e seg. e vol. 65 p. 141 e seg.

Si ha negozio contrattuale *astratto*, egli dice, quando le parti intendono e vogliono che dalla dichiarazione non trasparisca lo *scopo* dell'obbligazione. Ma uno scopo è immancabile, perché non si dà un *volere astratto*. Quindi l'obbligazione astratta è sempre sussidiaria d'un rapporto causale che la precede. Le parti hanno la possibilità di sciogliere questa obbligazione causale già esistente dalla sua causa e presentarla in una forma astratta ammessa dalla legge. In genere l'obbligazione astratta non ha che un valore processuale (inversione dell'onere della prova). Però nel caso della cambiale la legge dà a questa inversione una portata sostanziale, non limitandosi a modificare la posizione delle parti in giudizio, ma facendo nascere dall'obbligazione una speciale distinta azione, che fa duplicato con quella già emergente dal rapporto causale.

Ma oltre all'obbligazione astratta così intesa, se ne dà un'altra, soggiunge Adler, anche più astratta, e che egli chiama addirittura *sciolta dalla causa (kausallos)*, sulla quale, cioè, il richiamo della causa non può influire in nessun modo, neppure per via d'eccezione. Caso tipico di tale obbligazione si ha appunto nel rapporto fra il debitore cambiario e il possessore che non si trova con lui in rapporto causale. Ma in ogni modo anche questa, come la precedente, presuppone l'esistenza d'una obbligazione causale, e di più, come *termine intermedio*, l'obbligazione *astratta* nel primo senso. Poiché un'obbligazione *causale* non può diventare *kausallos*, senza passare per lo stadio di obbligazione *astratta*, altrimenti contraddirebbe alla natura della causa, la quale individualizza il rapporto di credito in modo da non potersi più pregiudicare passando in altre mani (un credito di prezzo *di vendita* resta tale anche ceduto).

Quando poi il credito *astratto* diventa *kausallos*, segue nei trapassi un procedimento analogo a quello dei diritti sulle cose, cioè si trasmette impregiudicato, facendo eccezione così alla regola *nemo plus iuris*, ecc. Cosicché per la natura dell'obbligazione cambiaria, bisogna distinguere secondoché la cambiale si trova in mano del primo possessore o di altri: verso il primo l'obbligazione è semplicemente *astratta* (in quel primo senso), verso gli altri è *kausallos* (cioè astratta nel senso che noi assumiamo).

È questo, forse, il tentativo più ingegnoso che sia stato fatto per scindere in due l'obbligazione cambiaria. Non potendosi negare né

la natura evidentemente astratta di questa obbligazione, visibilissima nei rapporti coi terzi, né l'influenza del rapporto causale fra i contraenti, che tuttavia non toglie che il debitore sia obbligato *cambiariamente* (non soltanto *ex causa*) anche verso il primo prenditore¹¹⁾, si sono immaginate due gradazioni di *astrazione*: un'astrazione procedurale, in cui la causa è solamente taciuta ma può venir fuori nel dibattito giudiziario, e una astrazione più potente, in cui la causa è addirittura messa da banda. Il sottoscrittore si obbliga nel primo modo verso il suo prenditore verso il quale peraltro è già obbligato anche *causalmente*, e nel secondo verso gli altri. Il passaggio dall'una all'altra si verifica col fatto della girata, cioè per un fatto indipendente dalla volontà del debitore.

Così a poco a poco la causa, pur non cessando d'essere elemento immanente del rapporto d'obbligazione, va perdendo in esso ogni influenza; dapprima ritirandosi in una semi-oscurità, poi scomparendo addirittura, come se non ci fosse.

Ma questa duplice trasformazione d'una stessa obbligazione è inaccettabile. Che al posto d'un rapporto causale possa consensualmente sostituirsi un rapporto formale, astratto nel senso sopra accennato, come avviene (nota lo stesso Adler) per il *contratto di ricognizione*, di cui al § 781 del cod. civ. tedesco, nessuna difficoltà. In fondo il rapporto resta causale, benché la menzione della causa sia soppressa. Così sarebbe anche per il nostro codice (art. 1120,1121). Ma il salto inesplicabile è quello che fa l'obbligazione passando da *astratta* in questo senso (con causa sottintesa) a *libera dalla causa*.

Come avviene che il debitore perde il diritto di scoprire la causa quando il credito è trasmesso dal primo al secondo possessore? Dire che ciò avviene *per eccezione* alla regola ordinaria della trasmissione dei crediti (p. 138) non è una spiegazione.

Ma l'autore non ne dà altre. E non può darne, se non assume, come assumiamo noi, che l'obbligazione nasce *kausallos* (*astratta* nel senso comunemente inteso) fin da principio, perché

11) ADLER riconosce perfettamente che se l'azione del prenditore dipendesse dal rapporto causale, la difesa *ex causa* sarebbe *negazione* del fondamento dell'azione, non *eccezione personale* come invece è per la legge cambiaria (*ivi*, p. 149).

non si dirige alla persona con cui il debitore si trova in rapporto causale, ma ad un possessore eventuale tuttora incerto e futuro, e infrattanto il foglio che contiene questa dichiarazione unilaterale e astratta rappresenta per sé stesso un valore obbiettivo, che, in funzione di merce, viene consegnato al prenditore.

Ammettiamo anche noi che *non si dà un volere astratto*, ma nel senso che non si dà un volere *senza un motivo*, lo che è diverso dal volere *senza causa*, cioè senza un particolare titolo giuridico d'obbligazione.

4. Per uscire dalla contraddizione che importa l'attribuzione di due opposti caratteri a uno stesso rapporto, è stato detto che la cambiale deve ritenersi sempre un negozio *astratto*, ma che la nozione del negozio astratto va rettificata nel senso che *l'astrazione della causa non è mai assoluta*¹²⁾, ed essa trova il suo limite là dove alcuno si vale della dichiarazione *per trarne ingiusto profitto*; qui, in base al principio generale di diritto, che nessuno può arricchirsi indebitamente a danno altrui, deve ammettersi che il debitore sia munito di una *conditio* o di una *exceptio* intesa a dimostrare l'inesistenza o illiceità della causa. Ora ciò è possibile anche nel rapporto cambiario, ma solo di fronte all'acquirente immediato che si arricchirebbe della somma cambiaria senza che pel rapporto originario vi avesse alcun diritto, non di fronte a chi acquisti il titolo non direttamente dal sottoscrittore, ma da un precedente possessore o per altra causa, poiché egli riceve appunto ciò che gli è dovuto¹³⁾.

Non credo perfettamente esatto un tale concetto. Un rapporto non è più astratto, se ammette, per qualsiasi ragione, l'indagine della causa.

Non già che mi persuada molto la distinzione che taluno fa tra *conditio* ed *exceptio*, ritenendo quella e non questa conciliabile colla nozione del rapporto astratto. Viceversa io credo che, almeno per la nostra procedura, chi ha l'azione per riavere ciò che ha dato ha anche l'eccezione per rifiutare di dare (salvi i casi in cui la legge

12) Altri dà all'opposto un senso speciale al carattere *causale* dell'obbligazione cambiaria. Così AZZARITI (Giur. It. 1907, I, 574) dice che per la cambiale, «occorre bensì la causa, ma non una *determinata causa specifica*». Ma io non riesco a concepire una *causa obligandi* che non sia determinata e specifica.

13) In questo senso Rocco nella *Riv. di dir. comm.*, 1904, II, 266 e seg.

consacra espressamente il principio del *solve et repete*). Ma egli è che l'ammissione d'una *conditio* rappresenta già una deviazione dal tipo genuino del negozio astratto, appunto come la *stipulatio* modificata dal diritto pretorio non è più la *stipulatio* dell'antico diritto quiritario, che non ammetteva rimedi. Un'obbligazione che ha contro di sé una *conditio* basata sull'ingiusto arricchimento è una obbligazione invalida¹⁴; una obbligazione suscettibile d'una eccezione di questa natura è un'obbligazione che ammette l'indagine della causa, cioè non è un'obbligazione astratta.

Ora noi crediamo, perfettamente d'accordo in ciò col Ferrara, che *rappporti contrattuali astratti* in questo senso non esistono nel nostro diritto, come già non esistevano più nello stesso diritto romano classico, e come non esistono nel diritto germanico (v. Neubecker).

Ma se non esistono *contratti* obbligatori astratti, esistono bene nel nostro diritto *obbligazioni astratte*¹⁵.

Tali sono, anche pel Ferrara, i *titoli al portatore*¹⁶.

E tale è, secondo noi e secondo la prevalentissima dottrina germanica, la *cambiale*.

Gli argomenti sono quegli stessi che il Ferrara trova buoni pei titoli al portatore: l'impossibilità di spiegare l'obbligazione verso i successivi portatori come una derivazione di quella verso il primo prenditore porta a riconoscere come fonte dell'obbligazione la dichiarazione unilaterale, anziché il contratto. Anche l'emittente d'un titolo al portatore può opporre le eccezioni *ex contractu* a colui cui egli stesso ha consegnato il titolo. La situazione non

14) «Die *sine causa* begründete Verpflichtung kann kondiziert werden, insoweit kann exzipiert werden, insoweit besteht keine Verpflichtung, also ist die Verpflichtung, die kondiziert werden kann, keine» (NEUBECKER, *Das abstrakte Vertrag*, p. 50). A differenza del *contratto reale*, in cui la *condictio* suppone il trasferimento del diritto avvenuto, e tende a riportarlo indietro, nel contratto *obbligatorio* la *condictio* è un'azione che intende a stabilire la *non esistenza* del rapporto giuridico (id. ivi).

15) «Gibt es zwar keine abstrakten obligatorischen *Verträge*, so gibt es doch abstrakten *Obligationen*, und zwar auf dem Gebiete der Werthpapiere öffentlichen Glaubens, wenn zu Vertrag und Form der öffentliche Glaube als abstrahirende Faktor hinzutritt» (NEUBECKER, *op. cit.* p. 59).

16) Cfr. *Riv. di dir. comm.*, 1904, I, p. 287.

diversifica se non in quanto il titolo cambiario contiene i nomi dei possessori e il titolo al portatore no.

5. Qual'è dunque la giustificazione della posizione speciale fatta al *prenditore immediato*, che si presenta a riscuoter la cambiale da colui che gliela trasmette? Perché, se l'obbligazione di costui è un'obbligazione astratta, può quegli esser costretto a giustificare il suo diritto di fronte a una contestazione dedotta dalla causa del rapporto esistente fra loro?

Perché il rapporto in cui si trovano queste due persone non è soltanto quello che nasce dalla dichiarazione cambiaria, ma si complica coll'altro rapporto di *trasmissione (tradizione, consegna, rilascio, dazione)* del titolo cambiario¹⁷⁾. Se quello è unilaterale e astratto, questo è contrattuale e causale. E i due sono in necessaria connessione fra loro. Ora se la causa che doveva servir di base alla trasmissione della cambiale si trova esser mancante o viziata, ciò paralizzerebbe in mano all'acquirente e possessore della cambiale anche la virtù del rapporto obbligatorio astratto emanante dalla cambiale stessa, poiché non si può far valere il diritto scaturente da un titolo contro colui che ce l'ha trasmesso senza causa e che ha perciò a sua volta il diritto di rivendicarlo.

In altri termini, l'eccezione che si contrappone al possessore che ebbe la cambiale dal debitore non si riferisce alla causa del *rapporto cambiario* come tale, il quale non muta natura per far capo alla persona del primo prenditore anziché d'un successivo, e resta sempre un rapporto *senza causa*, ma bensì alla causa del *rapporto di tradizione* della cambiale.

Il negozio di trasmissione della cambiale presuppone immancabilmente un rapporto giuridico, per lo più contrattuale,

17) La posizione speciale non è solamente fatta al prenditore immediato: ciò riguarda il rapporto fra traente (o emittente) e ordinatario e fra girante e giratario. Ma v'è poi il rapporto fra traente e accettante e quello fra avallante e avallato. Vedremo più oltre qual'è il rapporto causale che complica per costoro il rapporto cambiario. Per ora non ci occupiamo che del rapporto fra chi dà e chi riceve la cambiale. E avvertiamo fin d'ora che alludiamo ad un *reale* trapasso del titolo in proprietà o in garanzia, il prenditore potendo essere tale solo *figuratamente*; in tal caso il suo rapporto col trasmittente si riduce a un semplice mandato, e quello col successivo (reale) prenditore a una semplice garanzia (firma di favore).

fra trasmittente e trasmissario, che ne costituisce la causa. Questo si dice rapporto *sottostante* o rapporto *fondamentale*¹⁸⁾.

La cambiale, come ogni titolo circolante, contiene un credito impersonale, obbiettivato, che però al momento di realizzarlo si subbiettiva nella persona del possessore. Ora se questa persona è quella a cui il sottoscrittore ha trasmesso il titolo, e che si trova perciò con lui in quel rapporto d'*obbligazione* che costituisce la *causa della trasmissione*, essa verrebbe ad avere un doppio credito verso il sottoscrittore medesimo: uno derivantegli dal precedente rapporto, pel cui assestamento gli fu trasmessa la cambiale, e uno derivante dalla dichiarazione cambiaria e inerente al possesso della cambiale trasmessagli.

Bisogna dunque tener conto della connessione che va a crearsi fra questi due rapporti. E anzitutto si tratta di vedere se l'uno annienti o sostituisca l'altro.

È al negozio di trasmissione che si riferisce il quesito se esso *novi* oppure no il rapporto sottostante; non già alla dichiarazione apposta sul titolo, la quale, sciolta com'è da ogni vincolo causale, non può aver riferimento alcuno a precedenti rapporti. La sottoscrizione della cambiale è creazione di un valore: se questo valore capita in mano di un terzo, che me lo presenta a scadenza, io sottoscrittore son tenuto a cambiarglielo senz'altro in denaro. Ma l'atto con cui io trasmetto questo valore che ho creato ad una determinata persona intende a sistemare in qualche modo un rapporto che esiste o che si mette in essere contestualmente fra me e quella persona. O quella persona ha già una ragione di credito verso di me, o nell'atto di acquistare da me il possesso del titolo si forma tra noi un rapporto (p. e. di mutuo), da cui egualmente si origina un credito a suo favore.

Che cosa accade di questo credito, acquistato che sia il possesso della cambiale?

Che esso sparisca, sostituito dal possesso di quel valore, non è presumibile, per la ragione che quel valore ha un carattere eventuale,

18) È un errore quello di negare il rapporto sottostante allorché la cambiale è creata *contemporaneamente* alla sua causa, come fece la Cass. Firenze 4 marzo 1907 *Tem.*, 313, giustamente criticata dal BOLAFFIO in nota *ivi*. Egli dice benissimo: «le cambiali non sorgono per generazione spontanea: *a nibilo nihil fit*».

condizionato cioè all'evento futuro della sua realizzabilità¹⁹⁾. In ogni caso non dovrebbe qui parlarsi di novazione, ma di *datio in solutum*²⁰⁾, poiché all'antica obbligazione non si sostituisce una nuova obbligazione *diretta verso il creditore*, ma bensì un'obbligazione impersonale, che intanto ha pel possessore piuttosto il significato di una *merce* che di un credito²¹⁾.

Normalmente la dazione della cambiale ha bensì funzione di pagamento, ma di pagamento condizionato (*pro solvendo*), un *tentativo di pagamento*²²⁾; vale a dire che l'antico rapporto non è estinto, ma la relativa azione resta in sospeso fino alla scadenza della cambiale; allora sorge veramente il credito cambiario pel prenditore che ha tenuto in mano la cambiale, e, se questa è onorata, quel rapporto è definitivamente estinto; se non è onorata, il creditore ha la scelta fra le *due azioni*, quella fondata sul possesso della cambiale e quella rimastagli dal rapporto sottostante: la prima essenzialmente *commerciale*, perché derivante da un atto di commercio (art. 2, n. 12)²³⁾; la seconda commerciale o civile a seconda della natura della causa o della qualità delle persone.

La coesistenza delle due azioni si spiega appunto per ciò, che manca l'identità della *causa debendi*. Se l'obbligazione cambiaria avesse una causa, questa non potrebbe essere che quella medesima del rapporto sottostante, e allora logicamente la seconda azione non potrebbe

19) Tuttavia non è escluso il caso in cui la dazione della cambiale ha effetto liberativo dall'obbligazione per cui questa è data e ricevuta; ma il caso è affatto eccezionale (v. STAUB, 83, n. 25; GRÜNHUT, I, pag. 310; VIVANTE, 119). È dubbio p. es. se la quitanza rilasciata per il vecchio debito basti a provare *l'animus novandi* (sì, secondo GRÜNHUT e VIVANTE; no, secondo STAUB). V'ha chi dà questo significato alla consegna del vecchio documento; ADLER invece (loc. cit., vol. 64, p. 155) lo nega. Altri casi possono vedersi in VIVANTE, *ivi*. In ogni modo trattasi di *voluntatis quaestio*. Per la presunzione contraria alla novazione, v. in Italia oltre il VIVANTE, MANARA, nella Giur. It., 1894, I, 2, 164 e *BOLAFFIO nella Riv. it. di scienze giur.*, 1891, p. 68 in nota e *Temi*, 1900, p. 32 (v. però *infra* nota 27 a pag. seg.) Per la novazione, VIDARI, CORSO, 4347, 6555, 7196.

20) V. SALPIUS, *Novat. deleg.*, p. 491 e seg. (contratto liberatorio); STAUB, 83, n. 25; GRÜNHUT, §113; COSACK, *Handelsrecht* (5.^a ed. 1900), pag. 315.

21) E' invece *novazione* per chi vede nella cambiale la costituzione di un rapporto di obbligazione contrattuale, sia pure astratto, tra emittente e prenditore (v. ADLER, *Wechs.*, p. 51 e *Z. f. g. H.* vol. 64, p. 156; HELLMANN, *Die novatorische Funktion d. Wechselbegebung*, p. 63).

22) STAUB, 83, n. 26 (*Zahlungsversuch*).

23) Cfr. SUPINO, *Introd.*, XV: RAMELLA, *Titoli all'ordine*, I, 4. Secondo VIVANTE, 972, l'azione del prenditore sarebbe sempre della natura della sua obbligazione causale (in conformità del suo sistema).

presentarsi che come surrogante la prima: in altri termini il rapporto sottostante dovrebbe ritenersi sempre novato. Ma l'obbligazione cambiaria è sciolta da ogni causa, e quindi può accompagnarsi, senza contrasto logico, con qualsiasi altra obbligazione²⁴.

Ha trovato fortuna in Italia un concetto, che deve la sua paternità all'ERRERA, col quale in sostanza si vorrebbe negare tanto la duplicità dell'azione, quanto la novazione.

L'obbligazione cambiaria non sarebbe che la stessa *obbligazione originaria in forma cambiaria*, cioè in cui si è *sostituita la regolamentazione cambiaria a quella civile ordinaria*²⁵. Salve le parole, questa teorica non dice nulla di diverso da quella della *novazione*, la quale assume appunto la surrogazione dell'*azione cambiaria* alla ordinaria, non potendo nessuno negare la permanenza del rapporto, dal momento che la legge cambiaria medesima ammette il convenuto a dedurlo con eccezione personale²⁶ e anche a farlo valere per via d'azione se la cambiale è formalmente nulla (art. 254): lo che non è troppo facile a spiegare in questo sistema, né in quello della novazione. E la conseguenza più rilevante e forse unica essenziale del sistema della novazione, che è l'estinzione d'ogni azione colla prescrizione (o decadenza) dell'azione cambiaria, è appunto comune a questa dottrina²⁷.

24) Esattamente il MANARA: «La cambiale a tipo germanico, è un titolo astratto, un titolo meramente formale, un titolo che contiene una obbligazione staccato o indipendente da qualunque rapporto giuridico che ne determinò l'emissione o la negoziazione; come dunque potrebbe parlarsi d'incompatibilità di due *causae debendi*? anzi, l'obbligazione formale procedente dal titolo cambiario, per ciò appunto che è obbligo meramente formale, può per natura sua accedere a qualsiasi vincolo obbligatorio e coesistere col medesimo» (nota nella *Giur.it.*, 1894, I, 2, 170). Quindi cadono, secondo noi, in contraddizione col loro sistema quegli scrittori, specialmente francesi, che negano il carattere astratto dell'obbligazione, come pure il VIVANTE e la sua scuola, quando alla prescrizione dell'azione cambiaria fanno sopravvivere quella nascente dal rapporto sottostante. Se il rapporto cambiario fra traente e prenditore fosse un rapporto *ex causa*, vorrebbe dire che il rapporto sottostante si sarebbe trasfuso nella cambiale. E allora come spiegare la sua coesistenza allato ad essa o il suo risorgere dopo estinta la azione cambiaria? E viceversa cadono nella contraddizione opposta quegli scrittori che accettando il principio della natura astratta del rapporto cambiario pretendono che esso importi logicamente la estinzione del rapporto causale ritenendo «assurdo supporre che l'azione cambiaria e la civile coesistano insieme» (VIDARI, 7196. Questo scrittore però altrove dice il contrario: vol. III, n. 2766).

25) ERRERA, nel *Dir. Comm.*, 1900, pag. 535 e seg.

26) V. infatti lo stesso VIDARI, 7126, 7127.

27) In proposito la dottrina dell'ERRERA è stata adottata dal SUPINO nella 2.^a edizione del suo *Commento* (n. 598), dal SORANI n. 570, 571, dall'AZZARITI (nota cit. nella *Giur.it.*, 1907, 571 e seg.) e (disdicendo l'opinione contraria da lui seguita antecedentemente, v. nota 19 pag. *retro*) dal BOLAFFIO (nella *Temì*, 1907, 313)

Del resto, se questo fosse veramente l'effetto connaturale all'atto di emissione, non si spiegherebbe come potrebbero le parti *convenire* che l'azione ordinaria sopravvivesse alla cambiaria; la quale convenzione è esplicitamente ammessa come valida da codesti scrittori²⁸⁾. Poiché ciò implicherebbe che la sostituzione dell'azione cambiaria all'ordinaria, o la novazione, come più schiettamente dice l'altro sistema, fosse conseguenza non già della natura propria di quell'atto, ma di una presunta intenzione delle parti. Ora, portata la questione su questo campo, dovrebbe dirsi che una tale presunzione sarebbe in conflitto coi principi più ricevuti di diritto (art. 1269 cod. civ.). Se poi è conseguenza della natura propria dell'atto di emissione della cambiale, la volontà delle parti nulla vi può, e la convenzione contraria si ridurrebbe a un patto diretto a variare i termini di legge della prescrizione; lo che per legge è vietato²⁹⁾.

6. Il negozio di rilascio della cambiale ha dunque due effetti di fronte al rapporto causale:

1.° Di sospendere la relativa azione fino a che sia venuta la scadenza della cambiale³⁰⁾; e quindi anche di *sospendere* il corso della prescrizione³¹⁾.

Inoltre, come atto *ricognitivo*, esso *interrompe* la prescrizione dell'azione *ex causa*.

Se il credito causale aveva una scadenza non ancora venuta, la dazione della cambiale può alterarla in due modi, prorogandola se la cambiale ha una scadenza più lunga, abbreviandola o eliminando il termine se ha una scadenza più breve, o se è stilata a vista o a giorni vista.

28) V. in specie l'AZZARITI. Il BOLAFFIO però all'estinzione dell'azione cambiaria non fa sopravvivere che l'azione d'*arricchimento*, che egli adegua, ben vero, nei termini di prescrizione ad una azione *ordinaria*. Con che si raggiunge lo strano risultato di tener soggetto oltre il termine cambiario il traente, quando si è liberato il contraente immediato.

29) V. art. 2107 cod. Civ. Cfr. PUGLIESE, *Prescriz. estintiva* (2.^a ediz.), 144.

30) Se però la trasformazione della cambiale ha luogo *a causa di garanzia* (anziché *pro solvendo*) allora l'esperimento dell'azione causale non è punto subordinato alla scadenza e mancato pagamento della cambiale (cfr. GRÜNHUT, II, p. 303, 304). Anzi in tal caso è dubbio se possa farsi valere l'azione cambiaria quando non sia scaduto il debito garantito.

31) Non però anche di variare il *luogo di pagamento* del debito causale, portandolo a quello della cambiale, come ritiene STAUB, 83, n. 31 (v. ADLER, Z. f. g. H. 65, p. 182).

2.° Di attribuire al prenditore, se si troverà possessore alla scadenza della cambiale, un'azione speciale più rapida ed efficace, ma avente lo stesso oggetto, la stessa finalità di quella derivante dal rapporto causale, e attribuirgliela normalmente (cioè salvo convenzione cambiaria) in modo *alternativo* con questa.

Questa non solo non resta estinta, ma acquista nella cambiale un *documento*, che, anche se cambiariamente imperfetto e perciò inefficace a sorreggere l'azione cambiaria, vale come mezzo probatorio per l'esistenza del rapporto sottostante.

Il risultato è dunque che si hanno due azioni per uno stesso credito; e che l'azione astratta del prenditore all'atto pratico è trattata in sostanza come se fosse un'azione causale. Nel senso che le eccezioni opponibili a questa divengono opponibili a quella, appunto perché il pagamento che avvenisse in base alla azione cambiaria costituirebbe anche l'estinzione definitiva dell'azione causale³²⁾.

Se il debitore della cambiale è soltanto colui che la trasmise, il prenditore è in quel momento affatto libero nella scelta fra le due azioni. Solamente anche agendo *ex causa* egli ha l'obbligo di esibire la restituzione della cambiale, non tanto perché, restando in sue mani, il convenuto corra pericolo di pagar due volte, poiché ai giratari successivi alla scadenza egli potrebbe sempre opporre il pagamento già fatto³³⁾, quanto perché il debitore che paga ha diritto di riavere il documento del debito.

Ciò accade quando il prenditore si trovi di fronte all'emittente di cambiale non tratta, senza averla girata o avendola riacquistata dopo la gira.

Se la cambiale è tratta, io ritengo colla dottrina dominante che nel contratto di trasmissione sia implicito, oltre al patto

32) Due azioni per un solo credito non è una singolarità giuridica: si può avere concorso di azioni *ex delicto* ed *ex contractu* per un solo scopo; azione *jure proprietatis* e azione in base a rapporto di obbligazione (p. es. di cosa depositata) (cfr. ADLER in *Z.f.g. H.*, 64, p. 201). Cfr. § 3 *Ist.*, 3, 30. Quindi ancora, sebbene le due azioni siano di natura diversa, può ammettersi che proponendo l'azione cambiaria s'interrompa la prescrizione dell'azione causale (ADLER, *ivi*, vol. 65, pag. 175).

33) Se la cambiale è *smarrita*, il creditore che vuole agire *ex causa* deve prima promuovere il giudizio d'ammortamento (non occorre però che ne attenda l'esito: Cass. Firenze, 22 maggio 1909, *Tem.*, 411).

di attendere la scadenza della cambiale, anche quello che il pagamento venga prima richiesto al trattario³⁴⁾. Si è obiettato che l'atto di trasmissione della cambiale fra debitore e creditore è un atto ad esclusivo favore del creditore, il quale da esso acquista bensì nuovi diritti e vantaggi, ma nessun obbligo³⁵⁾. Ma questa è una asserzione gratuita. Nessuno può costringere il debitore ad emettere una cambiale per sistemare il suo debito; se vi si induce, la presunzione è che vi trovi anch'egli un qualche interesse; intanto normalmente acquisterà una dilazione al pagamento (e neppur questo si giustificherebbe se fosse vera quella massima), ma questo vantaggio può anche mancare (cambiale a vista; scadenza cambiaria coincidente con quella del debito causale); un vantaggio però egli ricava certamente dalla cambiale in forma di *tratta*, quella di potere effettuare il pagamento in un modo più comodo, inviando cioè il creditore da un suo debitore (il trattario), nella fiducia che questi consenta a pagare direttamente nelle mani del prenditore. O perché questo vantaggio non dev'esser valutato a beneficio del traente? e perché colui che consentì a prendere la tratta per sistemazione del suo credito deve esser libero di non tener conto della delegazione che esso contiene, appunto come se non l'avesse presa? un contratto a cui nessuna delle due parti era obbligato deve presumersi fatto nell'interesse di entrambe. È vero che il creditore ne trarrà ben maggiori vantaggi del debitore, ma questa non è una ragione per disconoscere ciò che può giovare a quest'ultimo.

Quindi il prenditore della cambiale tratta che ne sia rimasto o tornato possessore, se vuole agire *ex causa* contro il traente suo trasmittente, non basta che gli restituisca la cambiale; deve anche

34) «Altrimenti il debitore sarebbe obbligato di fare o di lasciare la provvista all'accettante o al trattario e di tenere altrettanti fondi presso di sé a disposizione del suo creditore» VIVANTE, 1120. Cfr. MANARA, nota nella *Giur. it.*, 1894, 2, 175; GRÜNHUT, II, p. 304 e seg.; DERNBURG, II, § 63; THALLER negli *Annales de dr. comm.*, 1891, p. 273; BERNSTEIN, p. 341; STAUB, art. 83, n. 26; LEHMANN, p. 435. La presentazione della cambiale pel pagamento da parte del prenditore ha poi l'effetto di valere come atto *d'intimazione* per la decorrenza degli interessi moratori sul credito causale nei casi in cui un'intimazione od altro atto equivalente occorra per la costituzione in mora ai sensi dell'art. 1223 cod. civ. (cfr. anche ADLER in *Z. f. g. H.*, vol. 65, pag. 179).

35) ADLER nella *Z. f. g. H.* cit. p. 193. Nel suo commento alla legge di cambio (pag. 52) aveva anch'egli seguita l'opinione dominante.

provare che fu (da lui o da altri) richiesto invano il pagamento di essa al trattario (abbia questi o no accettato)³⁶.

Ma non occorre che provi altresì che furono osservate le *diligenze richieste per conservare l'azione di regresso*³⁷. Non occorre, in altri termini, che egli restituisca la cambiale *impregiudicata*. Questa condizione gli è necessaria se vuole agire *cambiariamente* (regresso cambiario) contro il traente; non per agire *ex causa*.

Secondo una dottrina molto diffusa, lo scopo delle due azioni, cioè il soddisfacimento delle ragioni creditorie del prenditore, dovrebbe dirsi raggiunto, e quindi estinte entrambe le azioni, da che, girata dal prenditore la cambiale e riscossa la valuta, sia poscia cessato in lui l'obbligo di riprender quella e restituirla questa al giratario; lo che avviene quando il giratario riprendendo la cambiale sia decaduto dall'azione di regresso. In tal caso, si dice, se il prenditore paga ugualmente il suo giratario riprendendo la

36) Secondo l'opinione più diffusa, basta la mancata *accettazione* della cambiale per autorizzare il creditore a valersi dell'azione causale, poiché dal protesto per mancata accettazione risulta sufficientemente che la cambiale non è mezzo adatto di pagamento, essendo a temersi che alla scadenza non verrà onorata; né giova che il debitore dia la *cauzione* (cui è tenuto per l'art. 314), poiché ciò non toglie che la cambiale sia disonorata, e non si presume che il creditore voglia tenere in sospenso il credito in attesa della scadenza di un titolo disonorato. Così GRÜNHUT, § 113, nota I (che però alla nota 30 dello stesso § enuncia idee alquanto diverse); DERNBURG, II, § 63; VIVANTE, 1120. Pur non disconoscendo il merito di questa opinione, non sarei disposto ad associarmi; perché in tal modo il creditore verrebbe a ritirare la dilazione che prendendo la cambiale aveva concesso al pagamento del debito, e d'altronde il traente potrebbe ancora far la provvista prima della scadenza. Ai pericoli cresciuti di rifiuto di pagamento della cambiale provvede sufficientemente la cauzione (Cfr. GIANNINI, *Az. ed eccez. camb.* 109). Piuttosto farei eccezione nel caso in cui il trattario, anche accettante, fallisse, derivando da questo fatto una decadenza dal beneficio del termine ottenuto per l'obbligazione causale. Cfr. VIVANTE, *ivi*, che cita Cass. Torino, 16 luglio 1889, *Tem. G.*, 609.

37) Viceversa v'ha chi ritiene che non possa esservi l'azione causale, se non dopo sperimentata inutilmente *l'azione cambiaria* (HELLMANN, *Die novatorische Functionen des Wechselbezeugung*, pag. 70). S'intende poi che queste diverse opinioni tendono sempre a porre una *presunzione*, nel caso di silenzio delle parti. Ma la convenzione delle parti è sempre decisiva se esiste (GRÜNHUT, II, pag. 303 e 307).

cambiale, non può più agire contro il traente, nemmeno coll'azione *ex causa*³⁸⁾.

Questo ragionamento applica inopportuno al rapporto causale delle conseguenze che riguardano unicamente il rapporto cambiario. Ma perché il debito del traente sia estinto bisogna che sia pagato *da lui o dalla persona da lui delegata al pagamento*³⁹⁾. La valuta versata dal giratario non ha significato di pagamento pel traente. Essa si riferisce soltanto al rapporto sottostante fra girante e giratario. Pagando in via di regresso la cambiale, sebbene pregiudicata, ovvero pagando il giratario in base a una azione *ex causa*, il girante non fa che soddisfare il rapporto sottostante verso di lui. Il suo rapporto col traente resta quale era. Colla cambiale pregiudicata egli non può più agire verso di lui cambiariamente; ma non c'è ragione che perda anche l'azione per la soddisfazione del suo debito fuori della cambiale, dal momento che questa risulta non pagata sebbene presentata al trattario, e che il traente non ha alcun danno, rimanendo sempre a lui inalterata l'azione contro il trattario stesso (anche cambiaria se questi aveva accettato)⁴⁰⁾.

38) Così oltre l'ADLER (loc. cit.); VIVANTE, 1121; MANARA, nella *Giur. it.*, 1994, 2, p. 176, lett. b; DERNBURG, § 63, nota 10; GRÜNHUT, II, p. 308; STAUB, nota 83, n. 28. MANARA così motiva: «l'emittente potrebbe rispondere al prenditore attore *ex causa*: io come emittente ho pagato la cambiale al possessore; tu prima di pagare il regresso dovevi assicurarti *mediante atto di regolare protesto* che io non avessi pagato; imputa a te il danno derivato dalla tua negligenza e non pretendere che io paghi due volte». Lo stesso ragionamento egli dice poi applicabile al caso della tratta (p. 178). Non c'è dubbio che se la cambiale fu pagata dall'emittente o anche dall'accettante, la pretesa di rivolgersi al traente coll'azione causale sarebbe infondata. Ma noi ragioniamo nell'ipotesi che il pagamento *non* sia avvenuto, e la cambiale si trovi tuttora in mano del giratario, sebbene pregiudicata. Ciò che contestiamo è che il prenditore, una volta pagata questa cambiale, non abbia modo di rifarsi sul traente suo debitore solo perché il mancato pagamento non risulta da regolare protesto. Inoltre questa risposta non calza pel caso in cui il protesto sia stato fatto, ma non siano stati osservati i termini per la conservazione dell'azione. Si dice anche dal MANARA: il prenditore che pagò *nullo jure cogente* fece una donazione e di questa non può rivalersi sull'emittente. Ma si dimentica che il prenditore si trovava anch'egli in rapporto di debito col suo giratario, e se la girata cambiaria non novò questo debito, egli pagandola nonostante la decadenza dell'azione cambiaria non fece punto una donazione.

39) Cfr. STAUB, art. 8, n. 7.

40) In questo caso dovrebbe tutt'al più rispondere del danno derivante da ciò che l'azione di regresso cambiario avrebbe importato in più dell'azione causale, cioè l'*interesse legale* (v. ADLER, *Z. f. H.*, p. 208). Se però la cambiale è prescritta non resta che surrogarsi all'azione causale del traente verso l'accettante, in quanto essa sussista. Bisogna poi anche tener conto (come avverte il MANARA, p. 179, 180) che le omesse diligenze (e specie l'omesso avviso al traente) rendendo responsabile dei *danni* il possessore, la sua azione contro il traente può restar neutralizzata in caso di sopravvenuta insolubilità dell'accettante.

Partendo da quel concetto, l'Adler è tratto logicamente a contraddirsi quando configura il caso della girata fatta dal prenditore *senza garanzia*. In tal caso, egli dice, non essendo questi più obbligato, perché non soggetto al regresso cambiario del suo giratario, deve considerarsi senz'altro fin da quel momento già soddisfatto. Donde parrebbe discendere che pagando egli ciò non ostante la cambiale al giratario, cioè restituendogli la valuta, non potesse poi agire in nessun modo verso il traente. Invece questo autore gli nega bensì l'azione *ex causa*, per esser questa, secondo lui, rimasta definitivamente estinta colla realizzazione della valuta, ma gli lascia però l'azione cambiaria (colla cambiale in regola), *non essendo il traente liberato dall'obbligazione cambiaria per il pagamento fatto da un possessore successivo*. Ma come può durare l'azione cambiaria se fu soddisfatto il debito? Non si dovrà riconoscere al traente l'eccezione personale di pagamento?

La verità è, ripetiamo, che il versamento della valuta fatta dal giratario non vale a liberare il traente verso il suo prenditore, nemmeno quando questi non sia rimasto obbligato cambiariamente. Il rapporto fra girante e giratario è estraneo completamente a quello fra traente e prenditore.

7. Passando ora al rapporto fra *girante* e *giratario*, anche qui si ha un contratto di trasmissione che ha per oggetto la cambiale e per effetto di dare al prenditore (giratario) una azione più efficace (pel caso che rimanga o torni possessore della cambiale) di quella che a lui competerebbe pel rapporto sottostante, senza che questa però (normalmente) rimanga estinta.

Secondo molti scrittori, mancherebbe il rapporto sottostante nella figura dello *sconto*⁴¹⁾. Ma lo *sconto* non è che il nome che assume la girata, in quanto nell'incassarne la valuta il girante lascia che il giratario ne deduca l'importo dell'*interesse* fino al giorno della scadenza. Ora questo non altera per nulla il significato giuridico della girata, la quale, considerata in relazione all'oggetto trasferito (*cambiale*), può rientrare, sia pure, sotto la figura della *compravendita*, ma siccome il valore così trasmesso non è un

41) VIVANTE, 1118 (anzi nella *girata* in generale, v. n. 966). D'accordo con lui il BOLAFFIO, nel *Foro it.*, 1907, n. 576, in nota. Così pure TARA, art. 83 n. 33 e in genere l'opinione prevalente in Germania.

valore attuale, ma puramente eventuale e condizionato al verificarsi dell'incasso a scadenza, così, e cioè per la stessa ragione per cui la trasmissione fatta dall'emittente non ha normalmente significato novativo, anche qui deve respingersi la presunzione che tale compravendita lasci disobbligato il trasmittente che ha ricevuto la valuta, e ciò, secondo noi, anche se egli escluda espressamente di voler assumere obbligazione *cambiaria* (girata *senza garanzia*). La *causa* di un negozio per cui si riceve denaro consegnando una merce che non ne rappresenta in modo attuale e definitivo il corrispettivo economico è il bisogno che ha il possessore di questa merce di realizzarne in modo immediato il valore, facendosi anticipare su di essa, cioè di contrarre un *mutuo*, assicurando fin d'ora al sovventore il pagamento colla *datio* della cambiale *pro solvendo*⁴²⁾.

Certo la convenzione può conferire anche qui alla *datio* un significato solutorio assoluto (*datio in solutum*). Ma ciò non esclude che un rapporto sottostante sia logicamente necessario anche nella *girata*, sia pure sotto forma di *sconto*, e che, in mancanza di contraria convenzione, debba presumersi sopravvivente ad essa, anche se con apposita clausola viene esclusa la sottomissione all'azione di regresso cambiario. (Bene inteso che alludiamo alla girata che rappresenti un negozio *reale*, non già a quelle fatte per procura, o per comodo, o per favore, dove non esiste *valuta*).

Difatti se chi presenta allo sconto è persona incapace di *contrar mutui*, egli può benissimo eccepire questa sua incapacità anche di fronte all'azione cambiaria del suo prenditore. Ed in genere dal rapporto giuridico onde ebbe origine la cambiale possono sempre dedursi eccezioni personali dal girante all'azione del giratario⁴³⁾.

Se l'azione *ex causa* non rimase estinta per effetto della girata, essa può essere esercitata dal giratario in luogo dell'azione cambiaria. Ma qui occorre una limitazione di più che per il prenditore. Non solo, cioè, egli è vincolato alla scadenza della cambiale e alla condizione

42) Per riportare la natura dello *sconto* sotto il profilo del *prestito* anziché della *compera*, sta la prevalente dottrina francese (LYON C. e R., 02; v. THALLER, 3.^a ediz., 1624). Ma questa teoria ha sostenitori anche in Germania; v. WIELAND, p. 20 e autori citati in nota. La questione è trattata da COHN in *Endemann Handb.* III, p. 854 e segg.

43) Cass. Roma, 31 dic. 1908, *Giur. it.*, 9, 491.

che sia stato interpellato chi fu indicato o risulta debitore diretto della cambiale (trattario o emittente), ma egli deve di più mettere in grado il suo debitore (girante) di rivalersi *cambiariamente* di fronte al debitore proprio; vale a dire ha l'obbligo non solo di restituirlgli la cambiale, ma di restituirlgliela *impregiudicata*. A meno che si tratti di *pagherò* emesso all'ordine dello stesso girante; poiché allora l'azione cambiaria *diretta* (contro l'emittente) resta ferma, anche senza bisogno di protesto e fino alla prescrizione quinquennale, appunto come nel rapporto fra traente e accettante; e non occorre all'ordinatario di aver la cambiale impregiudicata.

Ma fuori di questo caso il giratario non può sapere se l'azione cambiaria fosse l'unica posseduta dal girante verso il proprio datore, il cui rapporto causale potrebbe essere stato novato dalla cambiale. E ad ogni modo non può mettere il suo girante nella necessità di valersi di una azione meno vantaggiosa e sicura. Se dunque il giratario non è in grado di restituire al girante la cambiale impregiudicata, egli non ha diritto nemmeno di agire *ex causa*⁴⁴⁾. (Ma ciò non toglie che il girante, il quale abbia conservato l'azione *ex causa* verso il traente, possa pagare al giratario il debito anche colla cambiale pregiudicata, senza perdere per questo quella sua azione). Potrà però far valere, agendo *ex iuribus* del girante suo debitore, le ragioni di lui dal rapporto causale verso il traente⁴⁵⁾.

Se, anziché pregiudicata, la cambiale è nulla per difetto di qualche requisito essenziale irreparabile, l'azione *ex causa* sopravvive,

44) Anche se il pregiudizio della cambiale non dipese da colpa sua? (p. es. dal fatto d'un giratario successivo o per disguido postale). Io riterrei di sì, perché non v'è ragione che il danno sia risentito dal girante, da cui il profilo della colpa è anche più lontano. In senso contrario ADLER, pel quale il giratario che non ebbe colpa nell'avvenuto pregiudizio della cambiale, può agire sicuramente *ex causa*. Egli fonda infatti l'obbligo del giratario (di conservar l'azione cambiaria per poter agire *ex causa*) sulla disposizione di legge che obbliga a non recar danno col fatto proprio, e quindi richiede come estremo essenziale la *colpa*. Similmente VIVANTE, 1121, in fine: «L'azione derivante dal credito fondamentale è preclusa al creditore che non serbò intatti al suo debitore i diritti del regresso cambiario: p. e. per difetto di protesto o per decorrenza dei termini; la sua azione pel credito originario verrebbe eliminata dall'eccezione di *responsabilità*». Cfr. GRÜNHUT, II, p. 309 note 31, 32. Lo stesso vale, secondo lui, per l'azione di *regresso cambiario* (II, p. 433).

45) Ma in tal caso si capisce che non ha più la posizione *autonoma* del possessore cambiario.

perché il girante non può dirsi privato di una azione (cambiaria) che sarebbe mancata anche a lui⁴⁶⁾.

8. Abbiamo veduto che le due azioni del prenditore verso il suo trasmittente, la *cambiaria* cioè e la *causale*, non sono, in ultima analisi, per lui, che due mezzi diversi per sostenere la stessa *domanda*, due diverse vie per esigere uno stesso credito. Egli si prevarrà, in genere, dell'azione più vantaggiosa, perché proceduralmente più rapida e più favorita. Ma siccome essa coincide *nell'oggetto* coll'altra azione, il buon esito di essa si riverbera necessariamente sull'altra⁴⁷⁾.

E come esercitando l'azione causale, bisogna, come vedemmo, precludersi la via all'esercizio della cambiaria, restituendo la cambiale, così, esercitando l'azione cambiaria, bisogna lasciare che il convenuto possa opporre, e per conseguenza bisogna superare, le *eccezioni* che egli è al caso di dedurre sia dal contratto di dazione della cambiale, sia dal rapporto causale.

L'eccezione *ex causa*, dicemmo, non è già *negatoria* dell'azione cambiaria; ma con essa il convenuto oppone all'attore un *contro diritto* che toglie ogni efficacia al diritto basato sul possesso della cambiale. Di tale eccezione, sia pure che trasporti la questione su di un terreno diverso da quello in cui l'aveva posto l'azione, il

46) GRÜNHUT, § 113, nota 30 (ciò anche se la cambiale fu data *in solutum*, ed anche se avendo incassata la valuta la restituì senza esservi obbligato).

47) «Bona fides non patitur ut bis idem exigatur» (l. 57, D. *de reg. juris*).

giudice rimane legalmente investito, per modo da poter validamente pronunziar con forza di *giudicato*⁴⁸⁾.

L'azione cambiaria contiene perciò l'implicito invito al convenuto di opporre ogni sorta di eccezioni, comprese quelle *ex causa*. E mentre da una parte l'azione cambiaria accolta senza che il convenuto abbia fatto valere siffatta difesa, e tanto più se questa fu trovata infondata, dà luogo a un *giudicato* che ricopre la domanda, in modo che non è più ammissibile di tornarvi sopra per la via dell'azione causale, d'altra parte dall'esser l'attore costretto a discutere il rapporto contrattuale e causale non deriva punto un *cambiamento della domanda* formulata in citazione⁴⁹⁾. E se l'eccezione *ex causa* si trova fondata, l'azione cambiaria è respinta, e con ciò resta fuorclusa anche l'azione *ex causa*, che appunto da quella resterebbe ugualmente paralizzata.

Si ha invece vero cambiamento di azione se alla domanda basata sulla cambiale, e sulla semplice impugnativa del convenuto, si sostituisce dall'attore quella, sia pure dell'identico contenuto, basata sul rapporto sottostante. Questo cambiamento d'azione importerà senza dubbio che non possa più contarsi sui privilegi dell'azione

48) L'obiezione capitale del WIELAND alla teoria dominante in Germania e da noi pure seguita, dell'obbligazione *astratta*, è appunto d'ordine procedurale. Egli dice: se l'eccezione *ex causa* opposta dal convenuto, anziché considerarsi come ostativa e impeditiva dell'azione, perché diretta a *negare* l'esistenza stessa dell'obbligazione cambiaria, si potesse considerare, coll'opinione prevalente, come solamente annullativa dei suoi effetti in base a un controdiritto del convenuto, la conseguenza logica sarebbe che una siffatta difesa non costituirebbe che una pregiudiziale (*Vorfrage*) non suscettibile di acquistar forza di giudicato. Cosicché il convenuto assolto correrebbe rischio d'esser citato una seconda volta in base a quello stesso rapporto causale, che formò il punto di contestazione del primo giudizio (WIELAND, *op. cit.*, p. 76 e seg., e § 14). Ora, checché sia da pensare di questa obiezione nel sistema procedurale germanico (ADLER accetta p. es. la conclusione di WIELAND, in *Z. f. g. H.*, 65, p. 188 e seg.), a noi non sembra in alcun modo fondata di fronte alla nostra procedura, la quale ammette che il giudice dell'azione è il giudice dell'eccezione, e che tutto ciò che forma legittimamente materia di contestazione e di discussione nel giudizio costituisca giudicato. Persino di fronte all'eccezione di *compensazione*, se il credito dedotto in compensazione viene impugnato, la sentenza pronunziata in base a questa impugnativa fa cosa giudicata rispetto al credito stesso, come si deduce dalla disposizione per cui il giudice inferiore incompetente per valore sul credito stesso deve rinviare le parti al giudice superiore (art. 101, 102 proc. civ.). Eppure il credito dedotto in compensazione non ha nessuna connessione con quello per cui si agisce.

49) Neppure mi sembra da ammettere (con ADLER, *loc. cit.*, p. 188) che cambiamento d'azione avvenga allorché l'attore invece di limitarsi a respingere l'eccezione dedotta dal rapporto causale, cerca di fondare anche su questa il suo diritto; poichè a ciò egli è costretto dalla eccezione stessa del convenuto; e ciò che egli controdeduce è sempre una *replicatio*, non una *nuova azione*. Purché non sia contestata la *validità dell'azione cambiaria*.

cambiaria, e che il giudizio debba procedere in base alle norme ordinarie di procedura. Tuttavia bisogna sempre tener presente che di *nuova istanza*, nel senso dell'art. 176 proc. civ., non si può veramente parlare, poiché non solo il contenuto della domanda è identico, ma anche la *causa* della medesima, piuttosto che *mutata* deve dirsi *palesata*, data la natura astratta originaria, sicché quello che era prima titolo giuridico per sé stante diviene il documento d'un titolo di credito ordinario. Per ciò, dato, com'è nel nostro diritto, che non esista un divario di competenza, il giudice, non avrebbe ragione di rinviare per questo la causa a nuovo giudizio⁵⁰).

Se invece l'azione cambiaria è respinta per eccezioni che riguardano il mero rapporto cambiario, ovvero anche il rapporto di consegna della cambiale, cioè la *validità* della cambiale e di questo rapporto, lasciando impregiudicato il rapporto causale, cade soltanto il guadagno formale fatto dal creditore coll'acquisto della cambiale, ma non resta preclusa l'azione derivante dal rapporto sottostante⁵¹), ancorché non sia stata fatta valere nello stesso giudizio. Anche se l'azione cambiaria è respinta per omissione delle formalità occorrenti per farla valere, l'azione causale non può dirsi perduta, salvo che occorra restituire la cambiale impregiudicata, e purché la cambiale non sia stata ricevuta *in solutum*.

Quali siano le *eccezioni* deducibili dal rapporto fondamentale, capaci di paralizzare l'azione cambiaria, non è qui il caso di vedere.

Giova però far cenno dell'eccezione *d'incapacità*, per una importante distinzione, generalmente trascurata. V'è una incapacità

50) Giustamente la Cass. Torino 3 febb. 1902, *Mon.* 441: «Nulla vieta che nella contestazione della lite, avvenuta in questo caso all'udienza, perché la causa era sommaria, il tema della controversia possa subire modificazioni prodotte dalle eccezioni del convenuto e dalla replica dell'attore, che appunto era detto *fundamentum litis*. Se per le eccezioni del convenuto l'attore, postillando la comparsa conclusionale, non sostenne più che il titolo da lui invocato avesse valore di cambiale, mantenne però invariata la domanda di pagamento di L... in base allo stesso titolo scritto, colla sola differenza che quella firma che aveva invocato come *girata cambiaria* qualificò poi *delegazione*. Mutò per tal modo la *ratio petendi*, non l'oggetto della domanda e lo poté fare, perché egli aveva agito non già coll'azione cambiaria privilegiata dell'art. 323, ma nelle forme ordinarie dei giudizi, così come avrebbe fatto se fin dalla citazione, anziché il titolo cambiario, avesse invocato gli effetti ordinari dell'obbligazione, secondo la sua natura, a norma dell'art. 254» (Nel giudizio di rinvio, anziché di *delegazione*, si parlò di *cessione* ma rimase ferma la massima).

51) Ciò, secondo alcuni, anche se il significato della *datio* fu novativo, cioè se la cambiale fu data *in solutum* anziché *pro solvendo* (STAUB, 83, n. 32).

generale, che comprende perciò anche la dichiarazione cambiaria; e questa dà luogo a una eccezione *di diritto cambiario*, opponibile a qualunque possessore, anche se di buona fede; e vi è una incapacità *eccezionale*, che non si estende all'atto cambiario, ma può, secondo i casi, comprendere quel determinato atto che ne costituisce il rapporto sottostante, e questa non può dar luogo, secondo noi, che ad una eccezione *personale, ex causa*, apponibile perciò solamente a chi riceve la cambiale dall'incapace e a chi risulti essere stato consapevole di tale provenienza: tale è, crediamo noi, il caso della *donna maritata*.

9. Il rapporto di *dazione* della cambiale corre tra emittente o traente e prenditore e tra girante e giratario. Ma per l'obbligazione cambiaria dell'*accettante* e per quella dell'*avallante* l'eccezione personale deve trovare altra giustificazione.

Fra traente e trattario esiste generalmente un rapporto sottostante di credito e debito⁵²). La tratta significa allora *delegazione*, l'accettazione della cambiale *accettazione della delegazione*. Ora se quel rapporto era estinto o viziato, vien meno la base alla delegazione, e, non ostante l'accettazione, il trattario potrà allegare di fronte al traente la estinzione o la mancanza di causa della sua obbligazione, mentre non lo potrà di fronte agli altri possessori della cambiale.

Se un rapporto di debito non esisteva, la tratta ha significato di *mandato*, e ciò implica per il traente l'obbligo di fare i fondi al mandatario se i fondi non furono fatti, il trattario che accettò nella fiducia di averli, ecciperà la mancata provvista all'azione cambiaria del traente⁵³).

Se i fondi furono fatti, o se il rapporto di debito preesisteva, il traente ha già un'azione *ex causa* contro il *trattario*. L'accettazione aggiunge a questa l'azione cambiaria, ma purché il traente divenga possessore della cambiale.

Ma l'obbligazione cambiaria, anche qui, non è un'obbligazione causale contratta verso il traente: è un'obbligazione astratta, a

52) Nessun rapporto causale esiste tra accettante e possessore, anche se prenditore immediato (Cfr. ADLER, *loc. cit.*, vol. 64, p. 160).

53) Prescindiamo anche qui dal caso in cui l'accettazione sia una semplice *firma di favore*.

cui l'invito del traente dà bensì occasione, e che serve agli scopi del traente, ma non è contratta verso di lui, epperò non può aver significato novativo della precedente obbligazione che egli aveva verso di lui come trattario⁵⁴). È un'obbligazione verso l'eventuale ultimo possessore della cambiale, che nullavolta possa essere anche quella stessa persona che trasse la cambiale, se si troverà nella posizione di possessore nelle condizioni volute dalla legge, ma che intanto non è di certo la persona del *traente* in questa sua qualità. L'obbligo diretto di pagamento è infatti assunto dall'accettante *su domanda* del traente, ma verso l'ordinatario o successivi possessori, non *verso il traente*. Perché l'azione cambiaria possa spettare al traente senza che la cambiale sia stata messa in circolazione, occorre che essa sia stilata *all'ordine proprio*; nel qual caso in verità l'azione è data a lui come *ordinatario*, non come traente. Una volta poi trasmessa ad altri, la cambiale può tornare al traente o per via di girata o perché egli la riprenda pagandola. Nel primo caso egli ha l'azione cambiaria come *giratario*, nel secondo come possessore della cambiale pagata in via di regresso⁵⁵).

L'azione *ex causa* contro il trattario non può però essere esercitata dal traente, dopo l'*accettazione*⁵⁶), se non a patto di conservare la cambiale; senza però l'obbligo di osservare la *scadenza*, poiché il termine messo nella cambiale è dato al prenditore, non al trattario.

54) Un caso di *novazione* nel rapporto sottostante si avrebbe quando fra traente e trattario si convenisse che questo si liberasse dal debito verso quello accettando la cambiale (v. GRÜNHUT, § 113, nota 8).

55) È a questo caso che alludono le leggi, che, come il nostro art. 268 cap. ult., esprimono che l'accettante è obbligato cambiariamente verso il traente; e ciò perché ha prevalso per lungo tempo, specie in Germania, l'opinione che il traente che fu costretto a pagar la cambiale non pagata dall'accettante non abbia verso di questo altra azione che di *mandato*, come può vedersi nella dotta dissertazione di HEISE sulla questione (HEISE und CROPP, *Juristische Abhandlungen*, II, p. 1 e seg.). Ma per dimostrare l'azione cambiaria del traente dopo il pagamento della cambiale ritenne HEISE insufficiente il fatto del pagamento, poiché non avendo egli pagato come mandatario o come fidejussore dell'accettante non avrebbe potuto subentrare senza cessione nei diritti di colui a cui pagò, e quindi ne concluse che fino *ab origine* il traente doveva ritenersi creditore *cambiario* dell'accettante. Questa opinione, dopo di lui, ebbe molto seguito in Germania, come può vedersi specialmente in GRÜNHUT, § 75 e STAUB, art. 23, n. 2. Ma nel senso da noi seguito vedi THÖL, § 81, p. 285; LEHMANN, p. 450; ADLER, *loc. cit.* in *Z. f. g. H.*, 64, p. 236.

56) Prima dell'accettazione la tratta può esser revocata di fronte al trattario; e se questi accettasse e pagasse nonostante la revoca, quel pagamento non sarebbe liberatorio del suo debito verso il traente (ADLER, p. 237, 238).

Anche l'obbligo di consegnar la cambiale viene meno dopo che questa è prescritta.

Nessun obbligo, poi, anche agendo cambiariamente, di consegnare la cambiale *impregiudicata*⁵⁷⁾; purché non sia compiuta la prescrizione quinquennale. Ma se il traente riscattò la cambiale in via di regresso, per farsi rimborsare dall'accettante degli accessori pagati oltre la somma cambiaria deve provare di essere stato obbligato a pagarli, cioè che la cambiale non fu pregiudicata.

Il vantaggio d'agire cambiariamente sta nell'esonero dalla prova così del mandato che del danno derivato dalla sua inadempienza. Anche la prova della mancata provvista spetta all'accettante nel giudizio cambiario⁵⁸⁾.

10. Gli *avalli* e le *firme di favore* (qualunque sia la figura che queste assumono nella cambiale) sono invece, *di fronte al possessore* dei rapporti essenzialmente ed *esclusivamente cambiari*; cosicché qui è perfettamente esatto il dire che, perduta l'azione cambiaria, il possessore (salvo il caso di preesistente rapporto personale)⁵⁹⁾ non ne ha altre da far valere contro quei firmatari⁶⁰⁾.

Per sé stessi, *avalli e firme di favore* implicano bensì un *rapporto di garanzia* verso la persona a cui favore sono dati⁶¹⁾, ma non conferiscono, come non presuppongono, nessun diritto extracambiario nel possessore. Verso il possessore, la garanzia non si estrinseca altrimenti che come conferimento di diritto cambiario

57) Non così però in caso di cambiale *domiciliata*. Allora se l'azione non fu conservata, e tuttavia il traente pagò la cambiale, egli non può piegare contro l'accettante che *l'azione d'arricchimento*.

58) GRÜNHUT, II, p. 19; VIVANTE, 1187.

59) Il rapporto personale può preesistere, se la cambiale non è che la traduzione d'un precedente rapporto in cui firmatario in garanzia e debitore principale erano già (e rimangono) condebitori del possessore: p. e. se per un debito della società il socio firma per avallo la cambiale emessa dalla Società o trae sulla Società, all'ordine del creditore.

60) VIVANTE, 1118. Cfr. Cass. Roma, 19 maggio 1908, *Foro it.*, 674 (firma di favore).

61) Esattamente il BOLAFFIO (nota nel *Foro it.*, 1907, I, 576): «gli uni e le altre hanno per fondamento la fidejussione: espressa, nel primo caso, palliata nel secondo».

astratto⁶²). (Con ciò non si esclude che un rapporto extracambiario di fidejussione possa anche esistere).

Invece tra avallante e avallato il rapporto personale di *fidejussione*, anche se non preesisteva, si stabilisce normalmente, come presupposto logico e naturale (*causa*) del rapporto d'avallo. Diciamo normalmente, non necessariamente, perché questo rapporto personale può mancare⁶³, e manca quando l'avallo è prestato obbiettivamente e impersonalmente (nel qual caso si reputa dato per l'accettante o emittente) (art. 275) senza nessuna intesa coll'avallato. Si può perfino immaginare una firma d'avallo rilasciata *in bianco* al prenditore; nel qual caso sarebbe difficile sostenere che il firmatario abbia voluto garantire la persona di un debitore non ancora stabilito.

In ogni modo il debito garantito dall'avallante è soltanto quello *cambiario*⁶⁴; cosicché supposto che questo sia venuto meno al garantito, perché la cambiale fu pregiudicata, l'avallante che tuttavia la pagasse non potrebbe esercitare il regresso né in via cambiaria, né in via ordinaria.

Ma per l'importo del debito cambiario, e in quanto questo non sia stato pregiudicato, l'avallante ha anche i diritti del fidejussore di fronte all'avallato. Non che l'avallo *sia* per sé una fidejussione, mentre abbiamo escluso che ciò sia di fronte al creditore cambiario; manca ad esso il carattere *accessorio* proprio della fidejussione; infatti l'obbligazione dell'avallante vale per sé stessa, come ogni altra obbligazione cambiaria, sia o no valida quella dell'avallato. Ed

62) Cfr. VIVANTE, 1231; PAGANI nel *Dir. comm.*, 1909, 527. Secondo LYON CAEN et RENAULT (IV, 252) se una persona capace in genere, ma incapace di obbligarsi cambiariamente, dà un avallo, può restare obbligato come fidejussore. Anche WIELAND (*op. cit.*, pag. 251, 252) ritiene che sia implicito nell'avallo un obbligo di garanzia del debito anche verso il creditore cambiario, cosicché qualunque possessore sia abilitato ad agire contro l'avallato anche con azione fidejussoria ordinaria. Questa dottrina non è accettabile, e non in presenza d'un reale rapporto sottostante, il quale naturalmente non può esser corso che con un *determinato* creditore. Ma l'obbligazione astratta verso l'eventuale possessore non riguarda che il debito cambiario e sotto le norme del diritto cambiario.

63) Secondo STAUB, art. 81, n. 17, non sempre l'avallo contiene una fidejussione ordinaria; può contenerla, ma deve provarsi nei singoli casi. Egli forse allude alla fidejussione del debito sottostante alla cambiale. Pel debito cambiario io credo debba stabilirsi la presunzione opposta.

64) Se invece preesisteva un rapporto di fidejussione per il debito canonizzato, nella cambiale, resta naturalmente all'avallante il diritto di valersi del titolo fidejussorio, per l'azione di regresso in caso di pagamento.

anche coll'avallato, come tale, il suo rapporto è di diritto cambiario; ma qui la *causa* del rapporto cambiario è un rapporto personale di fidejussione, e questa causa esercita la sua influenza sul rapporto che ne è l'effetto⁶⁵.

Quindi, se pagata debitamente la cambiale dall'avallante, egli venga a perdere, per il *regresso cambiario*, per decadenza incorsa in conseguenza di inosservanza dei termini per proporre l'azione, crediamo che resti a lui il regresso in via ordinaria contro il debitore garantito (avallato)⁶⁶.

Non sarebbe esatto obiettare che il rapporto fidejussorio non emergendo che dalla cambiale deve regolarsi unicamente colle norme del diritto cambiario, poiché se anche risultante esteriormente solo dalla firma cambiaria, il rapporto fidejussorio è un rapporto personale che sta fuori della cambiale e costituisce, come abbiamo detto, la *causa* del rapporto d'avallo, non si confonde con questo. Se l'avallante che paga è *surrogato* nei diritti del possessore, non è già in virtù del regresso fidejussorio, ma in applicazione d'una regola di diritto cambiario comune ad ogni coobbligato che entra in possesso della cambiale pagandola; tanto vero che la *surroga* è data (dall'art. 276) contro tutti i coobbligati anteriori.

Se sono più i coavallanti, non esiste fra loro rapporto cambiario, ma non si può negare, e non si nega, a quello fra loro che paga, il regresso fidejussorio che possa competergli contro gli altri secondo la legge civile (art. 1920 cod. civ.)⁶⁷. Ora sarebbe strano che l'azione

65) VIVANTE (1221) così si esprime in ordine al duplice rapporto fra avallante e possessore e fra avallante e avallato: «Entrambi sono di natura cambiaria, ma mentre il rapporto fra l'avallante e il possessore può essere di sola natura cambiaria, il rapporto fra l'avallante e l'avallato è dominato dal complesso dei rapporti personali per cui fu dato l'avallo: questi ne determinano i limiti, e ne prendono il posto, quando l'avallo ha perduto la sua forza cambiaria».

66) Cfr. VIVANTE, 1238. Cass. Napoli, 31 ag. 1894, *Trib. giudiz.*, 95,25 (Repert. *Foro it.*, 1895. *Effetto camb.*, n. 153). *Contra* Cass. Torino, 7 febr. 1896, *Foro it.*, 681. *Contra* anche la giurisprudenza tedesca citata in WIELAND, p. 246 nota 1.

67) Cfr. VIVANTE, 1240 e giurisprudenza *ivi* in nota. Ma in mancanza d'un preesistente rapporto di confidejussione, vien meno ogni base a questa azione se sparisce il vincolo di coavallante (p. e. se la cambiale si rinnova, assumendo uno dei coavallanti la figura di girante; l'attuale avallante che paga non può esercitare il regresso contro di lui: Cass. Firenze, 23 nov. 1908, *Giur. ital.*, 9, 172).

fidejussoria non legata a requisiti formali, concessa ai coavallanti fra loro, mancasse loro contro il debitore principale.

Ma per la stessa ragione crediamo debba riconoscersi all'avallante, come fidejussore, anche l'azione di cui all'art. 1919 cod. civ. Una volta ammessa l'esistenza del rapporto di fidejussione oltre e vicino al rapporto cambiario di cui costituisce la causa, non v'è motivo di non riconoscere a quello ogni difesa che la legge civile gli accorda, compresa quella stabilita nell'art. suddetto a sicurezza dell'eventuale credito di regresso⁶⁸.

Le *firme di favore* non sono che fidejussioni palliate. Il rapporto apparente della cambiale produce i suoi normali effetti verso qualunque possessore, ma è dominato dal rapporto sottostante verso la persona *favorita*.

È indifferente il motivo per cui la firma di favore è sollecitata e prestata. Generalmente sarà quello di accrescere il credito della cambiale; ma può essere l'adempimento di un obbligo da parte di chi presta la firma, come può essere un puro favore; può essere data solo per la esigenza di avere una firma di più, onde render la cambiale scontabile presso un istituto che non ammette che un dato numero di firme; può avere uno scopo onesto o ignobile: quello di salvare un amico pericolante o di illudere i creditori di un insolvente. Tutto ciò è perfettamente indifferente per la condizione dei rapporti cambiari. Di fronte al terzo possessore,

68) È singolare che mentre questa conseguenza è negata dal VIVANTE (1237) che pure riconosce questo rapporto di garanzia distinto e perfino sopravvivente all'azione di surroga cambiaria dell'avallante, è invece ammesso dalla giurisprudenza che definisce addirittura come fidejussione speciale lo stesso rapporto *d'avallo*, il quale per esser figura del cod. di comm. non dovrebbe esser regolato dal cod. civ. (V. per questa giurisprudenza Cass. Torino, 27 giugno 1895, *Foro it.*, 1206; Cass. Roma, 4 apr. 1900, *Foro it.*, 598). Infatti il VIVANTE difende la sua tesi, invocando l'art. 276, che tratta unicamente della surroga cambiaria in caso di pagamento, e l'art. 315 che determina i casi in cui il possessore della cambiale ha diritto di esiger cauzione per insolvenza del debitore cambiario; per dedurne che manca *nella legge cambiaria* una difesa simile a quella dell'art. 1919 per l'avallante. (Cfr. anche SUPINO, 252). Ma le difese della *fidejussione* non devono cercarsi nella legge cambiaria.

le firme contano secondo la loro figura nella cambiale, e contano validamente⁶⁹⁾.

Il rapporto fidejussorio corre tra le parti, tra chi dette e chi ottenne la firma di favore: fra compiacente e favorito. Ed ha per effetto di prestare un'eccezione al primo, quante volte il secondo si prevalessesse della posizione della sua firma nella cambiale per muovere azione cambiaria⁷⁰⁾, e di dare al secondo un'azione fidejussoria di regresso, quante volte non possa o non intenda valersi dell'azione cambiaria.

Anche qui può essere che il rapporto fidejussorio fosse già preesistente, e che debitore e fidejussore abbiano tradotto in cambiale il loro debito; in tal caso anche il creditore, in quanto sia in possesso della cambiale avrà, oltre l'azione cambiaria, un'azione

69) Chi sostiene *l'invalidità delle firme di favore* si guarda bene in ogni modo di farne risentire gli effetti ai terzi *di buona fede*. Ma pretende fare eccezione per il terzo che *sappia* che quella firma è di favore. Costui non avrebbe azione contro il firmatario. Questa teoria del resto non ha nessuna base nell'odierno sistema cambiario seguito da noi sul modello anglo-germanico, che non dà nessuna importanza ai rapporti sottostanti di valuta e di provvista per la validità della obbligazione cambiaria. Essa infatti non ha nessun sostenitore in Germania, meno ancora in Inghilterra, dove le firme di favore (*accomodation party*) sono espressamente contemplate dalla legge di cambio (sect. 28 e passim.). Essa è oggi vacillante anche in Francia, dove ha dominato per lungo tempo nella dottrina e nella giurisprudenza (v. per una dettagliata rassegna la nota del WAHL *nel J. Palais*, 1900, 2, 153 e seg. e cfr. da ultimo LYON CAEN e R., 3.^a ediz., IV, 537; THALLER, 3.^a ediz., 1438-1440): si cominciò col distinguere secondoché la firma di favore avesse o no carattere *fittizio*. Così HEMARD (*Effects de complais*. 1900) faceva dipendere la invalidità dalla intenzione fraudolenta delle parti, e più tardi (nota in *J. du Pal.*, 1903, 2, 241) dal constatare che chi prestò la firma di favore non aveva credito. Secondo WAHL (nota citata, XVI) in un sol caso si va alla nullità: quando l'obbligazione è simulata fra traente o trattario per procurarsi dei fondi, ma coll'intesa di non pagare. Secondo PERROUD (*Annales de droit. comm.*, 1905, pag. 1 seg.) infine la teoria dell'invalidità non ha base, ma la convenzione personale di compiacenza ha gli effetti di una *controscrizione*; quindi il terzo che ne ha conoscenza non ha diritto di reclamar nulla dal firmatario di favore (con che si arriva allo stesso risultato). Diverso come si vede, è il motivo che si dà della invalidità; ora si parla di *manca di causa*, ora di *causa illecita*, ora di *simulazione*. Ma né all'obbligazione cambiaria (astratta), né alla fidejussione occorre una causa. Simulazione d'obbligazione cambiaria si può avere quando la firma di favore figuri (e sia cambiariamente) soggetta al regresso di quella del favorito; ma ciò riguarda il rapporto fra loro, e la verità si ristabilisce coll'eccezione personale. Di fronte ai terzi l'obbligazione cambiaria è vera, non simulata. Pure anche fra noi parecchi scrittori parlano di obbligazione invalida (VIDARI, 6487, 6488; SORANI, § 85; SUPINO, 583, il quale ultimo soltanto però ne deduce l'ammissibilità d'una *exceptio doli* contro il possessore sciente). Altri, come l'AGOSTI, distingue secondoché vi fu o no inganno verso i terzi, ammettendo le firme di *favore* e ritenendo invalide quelle di *comodo* (in *Filangieri*, 1908 p. 161 e seg.). Distinzione seguita da qualche decisione di giurisprudenza). *Contra*: e nel giusto senso v. PETRONE nel *Dir. e Giur.* XXIV, 85 e seg.

70) Naturalmente la prova è a carico del convenuto, ma può mettersi in essere anche con testimoni. Cass. Roma, 18 dic. 1908, *Riv. di comm.*, 1909, II, 373 con nota d'ARCANGELI.

ordinaria sia contro il debitore che contro il fidejussore, considerato come tale, qualunque sia il posto che abbia preso nella cambiale⁷¹⁾.

Quando la firma di favore non si trova verso quella del favorito in posizione tale da potersi valere nella *surroga* nei diritti del possessore pagato, non resta al firmatario che paga altra azione verso il favorito che quella del regresso fidejussorio⁷²⁾.

Questo è anche il caso quando tra coloro che firmano sotto diversa figura corre un rapporto di cointeressenza, sicché la cambiale provvista delle loro firme non sia che un mezzo per la gestione dell'azienda comune⁷³⁾.

11. La tendenza a dare al rapporto sottostante una influenza alterativa del rapporto cambiario, anche verso chi rimase estraneo a quello, si manifesta in un'altra questione, cui qui non possiamo accennare che di volo, ma in cui c'interessa affermare il nostro dissenso dall'opinione dominante così in Germania che in Italia.

Parliamo della così detta *girata fiduciaria* o *girata apparente*, *girata simulata*, *girata con mandato tacito*, colle quali espressioni, che alcuni adattano a delle *nuances* di una figura sostanzialmente identica, intendiamo denotare una girata cambiaria in forma legale (sia pure in bianco) e senza clausole limitative, ma che il girante mette in essere colla intesa che il giratario la incassi per di lui conto.

È opinione molto diffusa che in questo caso il debitore possa opporre al giratario e possessore della cambiale le eccezioni che

71) Secondo WIELAND, *op. cit.*, p. 250, 251, il possessore ha l'azione ordinaria contro la firma di favore, quando *gli sia resa nota* l'intenzione di garantire. A noi questo non sembra sufficiente, perché la garanzia che s'intende prestare colla firma di favore si riferisce solo al rapporto cambiario.

72) Anche questa azione resta invece esclusa da chi qualifica come *invalida* la firma di favore. L'AGOSTI invoca in proposito la massima *nemo auditur turpitudinem suam alligans* (nella firma di comodo). Il PETRONE esclude invece sempre l'azione *cambiaria*, perché nei rapporti fra diretti obbligati l'obbligazione non ha per sua natura carattere formale, né d'altronde sarebbe congruo far dipendere dal libito delle parti la qualità cambiaria o non cambiaria del ricorso (p. 110). Queste ragioni si fondano su un supposto erroneo: quello che il rapporto tra obbligati sia di natura diversa da quello coi terzi possessori, mentre il rapporto *cambiario* è tale anche fra le parti, e non si confonde col rapporto *personale* con cui va unito.

73) Così se più soci firmano d'accordo la cambiale, l'uno come traente, l'altro come accettante e un terzo come traente, per operarne lo sconto onde provvedere i fondi per l'impresa comune, l'azione cambiaria tra queste persone resterebbe paralizzata dall'eccezione personale: Cass. Torino 12 febb. 1884, *Giur.* 293.

avrebbe potuto opporre al suo girante, considerandolo come mandatario di questo.

In tal modo si pretende che il debitore s'ingerà della *causa* del trapasso della cambiale, cioè del rapporto sottostante corso fra girante e giratario, come se per legittimarsi di fronte a lui qual proprietario della cambiale, il possessore dovesse dimostrare qualche cosa oltre la serie continua e regolare delle girate su di essa (art. 287), e come se dovesse influire sull'obbligo di lui il sapere a che titolo il girante trasmise la cambiale al giratario. Questo è, secondo noi, un traviamiento dalle rigorose norme del diritto cambiario⁷⁴.

74) Tuttavia in questo senso la dottrina è andata sempre più prendendo piede negli ultimi tempi in Germania (V. STAUB, art. 17, n. 8; CANSTEIN, *W. R.*, p. 113; BERNSTEIN, *W. O.*, p. 114; WIELAND, *op. cit.*, § 29; GUNZ, *Das Vollgiro zu Incasso zwecken*, 1903; ADLER, *W. R.*, § 34). Questa teorica si fonda in sostanza sul presupposto teorico che per acquistare la proprietà della cambiale di fronte al debitore non basti la trasmissione del possesso colla girata, ma occorra un contratto di trasmissione della proprietà, o - per rimanere in meno visibile contrasto col disposto della legge, che dice il contrario (art. 36 legge tedesca, 287 cod. ital.) - non basti la proprietà *formale* di cui parla la legge, ma occorra anche la proprietà *materiale*, e che la mancanza di questa possa essere opposta dal debitore. Gli avversari di questa teorica insistono generalmente per una eccezione; cioè ammettono che sia autorizzato il possessore ad opporre le eccezioni *ex causa indossantis*, come conseguenza d'una *exceptio doli* che ritengono apponibile al giratario, allorché questi sapeva che appunto per sottrarsi a siffatte eccezioni il girante gli passò la cambiale (cioè anche se la acquistò veramente a titolo di proprietà). V. GRÜNHUT, § 89; LEHMANN, § 112 nota 7 e 122 nota 12; WÄCHTER, p. 238 e 507; THOL, § 192, n. 5. Cfr. tra noi VIDARI, 7130; SUPINO o, 583; VIVANTE, 986, 1148, 1373; GIANNINI, *Az. ed eccez. camb.* 115; RAMELLA, *Tit. all'ordine*, I, p. 179. Ma anche su questo punto bisogna andare adagio. La possibilità di sottrarsi alle eccezioni trasmettendo il credito è connaturale ai titoli circolanti, e il debitore non può affatto pretendere di arrestare la circolazione del titolo, allorché questo è giunto in mano di persona a cui avrebbe eccezioni personali da opporre. Non basta perciò, secondo me, la prova che il giratario sapesse l'esistenza delle eccezioni e l'intenzione del girante di sottrarsi, e anche che la secondasse (collusione); occorre che esistesse di più, e il giratario non ignorasse una speciale convenzione tra girante e debitore in forza di cui quegli si fosse in qualche modo impegnato a trattenere il titolo fino alla scadenza, perché il debitore potesse legalmente far conto di avere appunto lui e non altri per suo creditore. Questa avvertenza, che a me par decisiva, non trovo che sia fatta da nessuno degli scrittori su citati.

Le operazioni bancarie

Marino Perassi

Le operazioni bancarie

Marino Perassi

1. Premessa. – 2. Le cassette di sicurezza. – 3. Sui debiti in moneta estera. –
4. Il conto corrente.

1. Premessa

Una rassegna del pensiero di Gustavo Bonelli, Avvocato Generale della Banca d'Italia, non può dirsi completa senza un cenno ai suoi lavori in tema di operazioni bancarie.

L'avvocato che svolge la propria attività nell'ufficio legale della Banca si trova in una posizione particolare; la rappresentanza in giudizio, le consulenze, la pareristica, rappresentano una parte importante e preponderante della sua attività, ma non la esauriscono.

Il ruolo e la posizione della Banca centrale italiana nell'ambito del mondo bancario e finanziario del nostro paese porta il suo personale, in particolare i legali, in prima linea nell'affrontare gli eventi e le vicende che nei vari momenti storici investono il mondo dell'economia, richiedendo analisi dei fenomeni bancari e finanziari e della relativa regolamentazione, spesso del tutto nuovi. Ciò vale, ovviamente, sia nei momenti di crescita, sia nei momenti di crisi, quelli più impegnativi, quando lo sforzo del giurista è più intenso, dovendo fronteggiare situazioni difficili, spesso senza disporre di riferimenti normativi adeguati.

Gli argomenti sono in molti casi da veri specialisti del settore, in qualche misura "di nicchia", in altri momenti riguardano temi di interesse generale.

La finanziarizzazione dell'economia e la diffusione crescente dei servizi bancari e finanziari verso fasce sempre più estese di risparmiatori ed utenti ha reso comuni a molti i problemi giuridici e le questioni legali un tempo noti solo agli specialisti. Così gli argomenti che nel periodo fra le due guerre mondiali sollecitavano l'intelligenza e l'analisi di Bonelli e degli altri studiosi del settore, oggi sono divenuti oggetto di studio e talvolta di sterile polemica di molti.

È interessante notare come alcuni campi del diritto erano di interesse allora per il Bonelli ed suoi colleghi avvocati della banca centrale italiana e lo sono ancora oggi, ma per motivi totalmente diversi. Come ha ricordato Pierluigi Ciocca nella sua introduzione al volume¹⁾ l'attenzione del Bonelli per il fallimento non deve sorprendere; la Banca d'Italia era nata con una pesante eredità di crediti verso soggetti illiquidi o insolventi e doveva gestire la complessa fase di liquidazione di un ex istituto di emissione.

Oggi la Banca d'Italia, banca centrale della Repubblica Italiana che partecipa all'Eurosistema ed al Sistema Europeo di Banche Centrali (SEBC), non è più impegnata in operazioni creditizie con imprese private assoggettabili al fallimento, poiché le sue controparti sono banche, sottoposte, in caso di crisi, a procedure del tutto particolari e di recente profondamente ridisegnate.

Ma l'interesse della Banca d'Italia per lo stato di crisi e di fallimento dell'impresa ordinaria si colloca oggi nell'ambito della attività di studio e ricerca che giuristi ed economisti dell'Istituto portano avanti in relazione ai vari aspetti dell'attività economica, con particolare attenzione per le fattispecie che riguardano, direttamente o indirettamente, l'attività dei soggetti vigilati e quindi banche ed altri intermediari finanziari. Ed è indubbio che la scarsa efficienza delle procedure concorsuali in Italia sia stata e continui ad essere un significativo ostacolo nello svolgimento dell'attività creditizia, ritardando oltre misura la realizzabilità dei crediti deteriorati verso imprese decotte, minimizzandone altresì il valore; il tutto con perdite significative di capacità competitiva nel contesto del mercato unico europeo, dove altre giurisdizioni assicurano procedure molto più snelle ed efficienti. Da qui l'interesse per la Banca d'Italia allo studio delle procedure concorsuali e la sua costante collaborazione al Governo nella redazione degli atti normativi di riforma della legge fallimentare.

Il momento storico in cui vive e lavora il Bonelli spiega anche il suo profondo interesse per l'altro campo privilegiato di studi: la cambiale. Strumento non certo lontano oggi dalla curiosità dell'esperto di diritto bancario, ma allora di primaria importanza

1) Cfr. *supra* p. 22.

per una banca che, a differenza di quanto succede attualmente, aveva numerosi rapporti negoziali con privati, che utilizzavano ampiamente questo titolo di credito nei loro negozi e nelle loro operazioni, come ci ricorda ancora una volta Pierluigi Ciocca²⁾.

L'attenzione del Bonelli per negozi ed istituti di diritto privato è così del tutto naturale in quel dato periodo e per questo i lavori scelti per essere pubblicati qui di seguito riguardano operazioni e servizi bancari.

Del resto non bisogna sottovalutare gli strumenti privatistici anche nel contesto attuale, in cui le banche centrali, e la Banca d'Italia non fa certo eccezione, sono enti di diritto pubblico, cui sono affidate funzioni pubblicistiche di regolazione della moneta, di supervisione o di vigilanza. Molte operazioni di banca centrale sono svolte mediante strumenti civilistici, con appositi contratti stipulati fra la stessa banca centrale e le controparti di politica monetaria, adottando schemi negoziali largamente utilizzati nell'attività bancaria ordinaria e già affermati nel mercato (si pensi, ad esempio, alle c.d. operazioni di pronti contro termine); da qui la necessaria e costante attenzione di chi occupa di assistenza legale in banca centrale per il contesto privatistico in cui tali operazioni vengono effettuate³⁾.

2. Le cassette di sicurezza

Ma non dimentichiamo il Bonelli avvocato di una istituzione con una missione di pubblico interesse, che si muove con prudenza, assistito da uno spirito di massima tutela della Banca d'Italia, che chiude così il commento ad una sentenza della Corte d'Appello di Firenze che aveva dato torto alla Banca in un interessante contenzioso sulla natura del contratto di abbonamento alle cassette di sicurezza⁴⁾:

«Aggiungiamo un'ultima osservazione.

2) Cfr. *supra* p. 21.

3) M. PERASSI, *Nuove operazioni della Banca d'Italia quale componente del S.E.B.C.*, in Scritti in memoria di Pietro De Vecchis, Banca d'Italia, Roma, 1999, Vol. II, p.745.

4) *Sulla natura giuridica del contratto d'abbonamento alle cassette di sicurezza*, nota a sentenza della Corte d'Appello di Firenze, udienza 25 luglio 1908; in *La Legge*, 1909 (cfr. *infra* il testo).

Nella sentenza annotata troviamo altresì una condanna della Banca d'Italia alle spese e ai danni - che non crediamo giustificabile. La Corte fra le diverse teoriche possibili sulla question ouverte, ne ha scelta una che darebbe torto alla Banca; ma per la Banca era prudente di provocare il responso del magistrato, scegliendo anch'essa fra le stesse teoriche quella che meglio tutelasse la propria responsabilità in una materia tuttavia così incerta.»

Dalla frase emerge un distillato, se così si può dire, dell'etica professionale del legale chiamato ad assistere la banca centrale, ente che si deve muovere sul sentiero della legalità e che aspira a vedere le proprie scelte confermate nella sede del controllo giurisdizionale.

Nel leggere il commento alla sentenza si comprende anche tutta la profonda cultura giuridica dell'Autore.

Egli critica la tesi della Corte, che riconduceva alla locazione il contratto di abbonamento alle cassette di sicurezza, sostenendo con grande fervore la propria ricostruzione del negozio giuridico in questione. Si muove fra locazione e deposito, adottando quest'ultimo schema, sia pure corretto in questo modo

«Noi vediamo pertanto normalmente nel servizio delle cassette di sicurezza due contratti, non già successivi, ma contemporanei, o soltanto logicamente successivi, fra le stesse parti, col primo dei quali (che è preordinato al secondo) la banca presta al cliente l'uso della cassetta forte, e col secondo il cliente, per la migliore esplicazione appunto di quest'uso, e prima di usarne, ne fa deposito alla banca.»

Per sostenere il proprio ragionamento gli argomenti utilizzati, per la verità molto formalistici, sono tipici del diritto civile e spaziano abbondantemente nell'area del diritto comparato, un terreno di notevole interesse che l'Autore visiterà anche in altri studi, come vedremo.

La grande energia spesa per definire il contratto di utilizzo delle cassette di sicurezza è giustificabile vista la sua natura assolutamente speciale ed autonoma, anche rispetto al contesto tradizionale dei contratti bancari, tanto da esser forse, il meno bancario di tali negozi⁵⁾. E non è un caso che il Testo Unico della Finanza lo annoveri oggi

5) V. MINNECI, *Il deposito titoli in amministrazione. Il servizio cassette di sicurezza* in *Trattato dei contratti*, a cura di Roppo, Milano, 2014, Vol.V, pag. 892.

fra i servizi accessori che anche intermediari non bancari come SIM possono offrire ai clienti (art. 1, c. 6, lett. b e art. 18 c. 4 del TUF).

Da notare che sia il TUF che il Testo Unico Bancario, nelle definizioni⁶⁾, parlano di locazione delle cassette di sicurezza, quasi a dare ragione a distanza di tanto tempo alla ricostruzione su cui la Corte d'Appello, così fortemente criticata dal Bonelli, poggiava la propria decisione.

Ma il valore ai fini definatori della normativa prudenziale dei due Testi Unici, di derivazione europea, forse non è così decisiva⁷⁾.

Ciò che conta è altro:

«Che scopo del rapporto sia la custodia dei valori contenuti nella cassetta non è dubbio»

ci ricorda Bonelli e questa osservazione non pare certo aver patito il passare del tempo, se la Relazione al Codice Civile del 1942 (n. 740) espressamente menziona l'intenzione del legislatore di lasciare impregiudicata la natura giuridica del contratto e la Cassazione afferma che il servizio delle cassette di sicurezza soddisfa un bisogno di conservazione di beni di valore da parte di un soggetto tecnicamente attrezzato a farlo⁸⁾. E ciò spiega la ragione per cui il testo del Codice del 1942, all'art. 1839, non si esprime in termini di definizioni, ma intende disciplinare il regime di responsabilità di chi offre il servizio, elemento centrale dell'equilibrio negoziale in discorso.

3. Sui debiti in moneta estera

Ancora una volta è il momento storico a spiegare l'interesse del Bonelli per le obbligazioni in moneta estera, oggetto di uno studio del 1922⁹⁾.

6) D. lgs. 1 settembre 1993, n. 385, come successivamente integrato e modificato. Nel definire le attività ammesse al mutuo riconoscimento, l'art. 1, co.2, lett. f., n. 14) parla di "locazione di cassette di sicurezza". Nello stesso senso si esprime il TUF, art. 1, c.6, lett.b..

7) M. PERASSI, *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, in *La banca: l'impresa e i contratti*, Trattato di Diritto Commerciale, diretto da Cottino, Padova, 2001, Vol. VI, pp. 593 - 594.

8) Cass. 10 settembre 1999, n. 9640, in *Foro it.*, 2000, I, c 531.

9) *I pagamenti fuori scadenza dei debiti in moneta estera*, in *Rivista Bancaria*, aprile 1922 (cfr. *infra* il testo).

Fra il 1914 e il 1920 il debito pubblico balzò dall'80 al 160 per cento del Pil, i prezzi all'ingrosso aumentarono di sei volte, la lira, pur sostenuta dai prestiti alleati, si deprezzò da 5 a 30 lire per dollaro e da 30 a 106 lire per sterlina annota Pierluigi Ciocca nella già citata introduzione¹⁰⁾; è del tutto ovvio, perciò, che la forte svalutazione determinasse numerosi contenziosi nel caso di inadempimento nella prestazione di pagamento di somme espresse in valuta straniera, da parte del debitore, che si trovava nella condizione di adempiere in ritardo, a fronte di un corso della lira letteralmente crollato, con l'interesse a saldare il proprio debito con l'ammontare in lire corrispondente al corso della data di scadenza originaria, anziché al cambio del momento del saldo, con conseguente perdita da parte del creditore.

Il Codice di Commercio del 1882 prevedeva al riguardo all'art. 39:

«Se la moneta indicata in un contratto non ha corso legale o commerciale nel Regno e se il corso non fu espresso, il pagamento può essere fatto colla moneta del paese, secondo il corso del cambio a vista nel giorno della scadenza e nel luogo del pagamento, e, qualora ivi non sia un corso di cambio, secondo il corso della piazza più vicina, salvo se il contratto porti la clausola «effettivo» od altra equivalente.»

Norma che nella logica del Codice dell'epoca intendeva dare portata generale ad un principio in precedenza previsto per casi particolari in materia di lettere di cambio e di contratto di assicurazione¹¹⁾.

Bonelli segue un consistente filone giurisprudenziale dell'epoca esprimendosi proprio sull'ipotesi di *mora solvendi* del debitore e ritenendo che le conseguenze del ritardo vadano a lui addebitate, poiché:

«Il cambio è cresciuto? Egli deve stare al cambio di quel giorno, poiché si è messo egli stesso nella condizione di dovere una somma maggiore di quella che avrebbe sborsato pagando a scadenza. (Quest'ultimo essendo il caso più frequentemente verificatosi tra noi

10) Cfr. *supra* p. 8.

11) Cfr. la Relazione Mancini al Codice, par. n. 102, in L. BOLAFFIO, *Il codice di commercio italiano, commentato*, Verona, Padova, Torino, 1883, Vol. I, p. 472.

nel presente periodo postbellico, dà ragione della giurisprudenza formatasi appunto con grande prevalenza in questo senso).»

Con altre parole:

«l'elemento determinante decisivo del debitum è dato caso per caso dall'essere imputabile al debitore o al creditore la responsabilità del ritardo. Colui che cagiona il ritardo ne risente le conseguenze, col non profittare delle differenze favorevoli del cambio o col sottostare alle sfavorevoli. In ogni caso quella così ottenuta è la somma da lui o a lui dovuta; in cui non entra il concetto di indennizzo per danni.»

Al di là di possibili formalismi sull'interpretazione della norma codicistica si guarda alla sostanza del rapporto negoziale, all'aspetto economico sottostante ed al suo equilibrio nelle relazioni fra le parti, che verrebbe alterato in senso favorevole a chi è in mora, cioè il debitore, che trarrebbe un ingiusto guadagno dal suo stesso ritardato adempimento, pagando in moneta legale al corso del cambio del giorno di scadenza dell'obbligazione, anziché al cambio del momento successivo dell'effettivo adempimento.

Il ragionamento de Bonelli e della giurisprudenza da lui favorevolmente commentata è esattamente quello seguito dalla Corte di Cassazione¹²⁾ nel giudicare le stesse ipotesi di inadempimento ai sensi dell'art. 1278 del Codice Civile vigente, i cui contenuti riprendono il principio del Codice di Commercio. Una soluzione criticata da autorevole dottrina¹³⁾, ma che ha saputo attraversare i tempi e trovare conferme giurisprudenziali recenti, quasi che il suo pragmatismo valga più di altri sofisticati criteri a disincentivare comportamenti opportunistici del debitore.

La storia ci ha del resto insegnato che accese dispute legali possono facilmente scaturire in occasione di forti ed inaspettate svalutazioni della valuta avente corso legale; è il caso dei c.d. mutui in ECU, stipulati nel periodo 1986-1991, con riferimento al

12) Cass. 17 luglio 2003, n. 11200; Cass. 12 luglio 1993, n. 7679.

13) T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di Scialoja e Branca, sub. Art. 1277-1284, Bologna - Roma, 1959, p. 391; sullo stesso tema, con tono critico, B. INZITARI, *Obbligazioni pecuniarie*, *ivi*, ed. 2011, p. 197 e ss.

tasso di interesse sull'ECU¹⁴⁾, al tempo ben più conveniente per il mutuatario rispetto ai tassi correnti sulla Lira italiana.

Utilizzati spesso per l'acquisto delle prima abitazione o per esigenze finanziarie delle piccole e medie imprese, a seguito della violenta svalutazione della Lira nei confronti dell'ECU e dell'uscita della Lira dallo Sme nel Settembre del 1992, i mutui divennero improvvisamente molto onerosi per il debitore, tanto da generare un problema di carattere sociale piuttosto diffuso. In tale contesto il principio dell'art. 1278 cod. civ. e la sua lettura che accolla al debitore il rischio di cambio divenne nuovamente di interesse¹⁵⁾.

Il pericolo dell'oscillazione dei tassi di cambio in relazione al diffuso utilizzo di clausole indicizzate a valute straniere assume talvolta conseguenze che travalicano i singoli rapporti contrattuali, assumendo conseguenze sistemiche che richiedono l'intervento delle Autorità.

Non è un caso che la prima raccomandazione pubblica adottata dal Comitato Europeo per il Rischio Sistemico sia stata adottata proprio in ordine ai prestiti in valuta estera¹⁶⁾, ciò in quanto:

«Dovrebbe essere potenziata la tenuta del sistema finanziario agli andamenti negativi del cambio che incidono sulla capacità di servizio del debito in valuta estera da parte dei prenditori, anche mediante verifica del merito di credito prima della concessione di prestiti in valuta estera e riesami successivi dello stesso per l'intera durata di tali prestiti¹⁷⁾».

14) Per ECU si intendeva l'Unità monetaria europea di tipo paniere composta di quantità fisse delle valute dei paesi aderenti alla UE prima del 1 gennaio 1995. Banca d'Italia, *Relazione annuale per l'anno 1995*, Roma, maggio 1996, definizioni.

15) A.U. PETRAGLIA, *Il contenzioso relativo ai mutui in Ecu, primo round per le banche*, in *Bancaria*, dicembre 1997, p. 45; sull'argomento dei mutui in ECU: Trib. Pescara, 21 gennaio 1997, in *Giurisprudenza commerciale*, 1997; II, p. 452, con nota di M. CURCUTO e G. LEMME, *Le problematiche in tema di mutui in Ecu*. Cfr. anche Cass. 25 novembre 2002; Sez. III civile, n. 16568.

16) Comitato Europeo per il Rischio Sistemico (CERS), Raccomandazione 2011/1 del 21 settembre 2011, in GUCE, C 342/1 del 22 novembre 2011.

17) Comitato Europeo per il Rischio Sistemico (CERS), Raccomandazione 2011/1, *cit.* considerando n. 6.

4. Il conto corrente

Quando si parla oggi di conto corrente viene immediatamente in considerazione il conto corrente bancario, ovvero *le operazioni bancarie in conto corrente*, per usare la terminologia del Codice Civile (art. 1852 e segg.).

Può sembrare perciò del tutto ovvio che il Bonelli, in considerazione del suo ruolo professionale e della sua costante attenzione per gli aspetti privatistici delle relazioni finanziarie, si sia occupato di tale contratto.

In realtà i suoi lavori dedicati a questo tema hanno per oggetto il contratto di conto corrente definibile come ordinario e non bancario; in altre parole si parla del contratto disciplinato all'epoca dall'art. 345 e segg. del Codice di Commercio del 1882¹⁸⁾ ed oggi dagli artt. 1823 e segg. del codice civile.

L'opera più completa si trova nel *Commentario al Codice di Commercio*¹⁹⁾, mentre qui di seguito viene pubblicato il lavoro *Sulla teoria del Conto Corrente*²⁰⁾, dedicato in particolare alla natura giuridica del rapporto negoziale.

L'attenzione dell'Autore per questo contratto si spiega dal punto di vista storico considerando che il negozio, nato dalla prassi dei commerci e degli scambi fra mercanti, diviene oggetto di attenzione dottrina e di codificazione come autonoma figura negoziale nella seconda metà del XIX secolo, come ci ricorda lo stesso Bonelli nel

18) Art. 345:

Il contratto di conto corrente produce:

1.º il trasferimento della proprietà del credito annotato nel conto corrente a favore del ricevente che se ne dà debito, e la novazione dell'obbligazione precedente nei rapporti fra il remittente e il ricevente stesso; però l'annotazione in conto corrente di un effetto di commercio o altro titolo di credito si presume fatta sotto la condizione "salvo incasso";

2.º la reciproca compensazione fra le parti sino alla concorrenza del rispettivo dare ed avere alla chiusura del conto, salvo il pagamento della differenza;

3.º la decorrenza dell'interesse sulle somme annotate in conto corrente, a debito del ricevente, dal giorno dell'esazione.

L'interesse è calcolato a giorni, ed alla ragione commerciale, se non è convenuto diversamente.

19) *Della cambiale, dell'assegno bancario e del contratto di conto corrente*, ne *Commentario al Codice di Commercio*, Milano, 1930, Ristampa.

20) *Sulla teoria del conto corrente*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, Vol. XII, 1914 (cfr. *infra* nel testo).

*Commentario*²¹⁾ ed è oggetto di espressa considerazione nel Codice di Commercio Italiano del 1882, come si è ricordato.

L'utilizzo del conto per i rapporti bancari rimane sullo sfondo nel lavoro *Sulla teoria*, anzi si afferma espressamente che pur essendo diffusa la prassi di combinare rapporti di apertura di credito e deposito bancario con il contratto di conto corrente:

«Né i versamenti che può fare l'accreditato senza esaurire il credito, né il servizio di cassa che può fare il banchiere depositario, anche se corrisponde un interesse, alterano la natura del rispettivo contratto che resterà apertura di credito o deposito bancario, e non diverrà mai vero proprio conto corrente.»

Ancora più esplicito l'Autore nel *Commentario*, nel passaggio in cui analizza le radici storiche del contratto, dove si considerano i rapporti fra banchieri o con banchieri, ma si dà poi risalto all'autonomia della figura giuridica nelle relazioni in senso lato commerciali²²⁾:

«Il contratto di conto corrente vero e proprio è istituito affatto moderno, anzi nella sua odierna sistemazione recentissimo¹.

Tuttavia non può negarsi una certa analogia con esso al rapporto che correva in diritto romano fra banchiere (argentarius) e cliente. Sebbene il banchiere fosse in sostanza un depositario, e quindi l'analogia si presenti più spiccata coll'attuale deposito in conto corrente, che non col vero e proprio conto corrente bilaterale e reciproco, è però importante il fatto che le prestazioni venivano iscritte nel Codex accepti et expensi, e con ciò, sostituendosi alla causa originaria la causa formale della scrittura, avveniva una novazione del credito, quale non si ha nell'attuale contratto di deposito; mentre la novazione (sebbene di genere diverso, e in un senso affatto speciale) è proprio l'elemento caratteristico dell'odierno conto corrente.

Ad ogni modo il diritto romano non ci porge nessun appoggio².

21) Cfr. pagg. 830 e ss.

22) Cfr. *Commentario* pag. 830.

Il conto corrente fu creazione della pratica commerciale. Esso è eminentemente un istituto di diritto consuetudinario. Il nome fu dato fin dall'origine ad ogni rapporto continuativo di dare e avere fra due persone in ispecie fra banchiere e cliente. Ma là dove questo rapporto si faceva più intimo per vincoli d'amicizia o per frequenza d'affari, era naturale, specialmente fra commercianti o fra banchieri, che si stabilisse anche una certa fiducia reciproca, per la quale la liquidazione delle singole partite veniva sospesa e prorogato a tempo indeterminato, facendo perdere loro la fisionomia di crediti³.

- 1 V. specialmente CLEMENT *Etudes sur le compte courant* p.12 e seg.; GRÜNHUT in *Seitschr. f. priv. u. off. Recht.* III, 473 e seg.; GIANNINI *Conto corr. ...30 e seg.*
- 2 Così già il Mittermaier nella *Gazz. Dei Trib. di Genova 1829 nota 28*; Levy-Riesser *Der Kontokorrentverkehr* p. 1; Greber p.3 *Das Kontokorrentverhältnis.*
- 3 Già CASAREGIS *Disc. 44, n. 28*: “*Ante redditam rationem nemo creditor nec debitor dici potest*”. Invece secondo ANSALDO (*Disc. 12, n.18*) “*Contraposito partitarum habet vim solutionis et compensationis*”.

Del resto i lavori preparatori del Codice di Commercio danno atto della notevole diffusione del contratto in questione nelle relazioni commerciali in generale, raccogliendo osservazioni e pareri favorevoli alla sua codificazione, al fine di colmare una lacuna normativa²³⁾.

L'analisi sulla natura del conto corrente si sviluppa sul terreno del diritto comparato, una caratteristica del Bonelli, come abbiamo già visto, con particolare attenzione agli studi in materia delle dottrine francesi e tedesche.

Egli si deve inoltre confrontare con il testo del Codice di Commercio, che si riferisce testualmente alla novazione²⁴⁾ delle obbligazioni precedenti annotate nel conto ed alla reciproca compensazione fra le parti, indizi che sembrano ricondurre il conto corrente ad istituti tipici del diritto delle obbligazioni. Seguendo le riflessioni provenienti dalla dottrina francese il Bonelli vede nel

23) Per utili riferimenti ai lavori preparatori: *Nuovo codice di commercio italiano*, a cura di CASTAGNOLA e GIANZANA, Torino, 1884, pagg. 164 e ss..

24) Riferimento che verrà meno nel Codice del 1942, per espressa volontà del legislatore; Relazione al Codice Civile, n. 737.

conto corrente una figura giuridica a sé stante²⁵⁾, dove le reciproche obbligazioni immesse nel conto per effetto delle rimesse seguono una causa tipica di questo negozio giuridico, che intende far venire meno i rapporti creditizi precedenti per generare un saldo e di conseguenza;

«La natura di credito che ricompare nel saldo ha la sua causa nel contratto di conto corrente, poiché appunto a questo le parti si sono reciprocamente impegnate; a starsene al risultato finale e a considerare, cioè, quella di loro a cui favore risulterà la differenza fra le due partite del dare e dell' avere come creditrice dell'altra per l'importo corrispondente.»

Da qui la conclusione:

«Questo contratto rientra perciò, secondo noi, nel novero di quelli che il Coviello chiama normali o modali (io direi normativi⁴⁾), e cioè che, senza avere un contenuto attuale, intendono a regolare le modalità di futuri rapporti, se e quando avranno luogo⁵. Esso potrebbe chiamarsi un pactum de novando⁶, se questa espressione non suscitasse l'idea della necessità d'un successivo contratto novatorio, e se la trasformazione che avviene del credito coll'ammissione nel conto potesse definirsi come una vera novazione⁷. Ma insomma in forza di esso le parti si obbligano - fino da ora a ritenere come trasformate in semplici partite contabili, con tutti gli effetti propri del conto corrente, tutti i crediti e i debiti che immetteranno nel conto.

4 Il Bechmann (Kauf II, §195 e 220) li qualifica Geschäftverbindungen.

5 Coviello, op. cit. n. 10. Egli tuttavia, più oltre (p. 191) ritiene di poter considerare il conto corrente, almeno per un certo rispetto, come contratto preliminare, pareggiandolo all'apertura di credito. Ma è questa equiparazione che non regge.

6 Coviello, op. cit. n. 10. Egli tuttavia, più oltre (p. 191) ritiene di poter considerare il conto corrente, almeno per un certo rispetto, come contratto preliminare, pareggiandolo all'apertura di credito. Ma è questa equiparazione che non regge.

7 Per le stesse ragioni troverei inesatto il pactum de compensando proposto da altri (La Lumia, Dep. banc. 61).

Il contratto di conto corrente è oggi uno schema giuridico poco utilizzato; alcuni suoi principi vengono analizzati e richiamati

25) Già nei primi commenti al Codice di Commercio si sottolineava il fatto che la codificazione avesse chiarito ogni dubbio in ordine al fatto che il conto corrente fosse un contratto *sui generis* ed autonomo rispetto ad altre figure negoziali. E. CALUCI, *Il codice di commercio italiano, commentato*, Verona Padova, Torino, 1883, Vol. IV, pag. 17.

per effetto del collegamento al conto corrente bancario generato dall'art. 1857 del Codice, fermo restando che il negozio relativo alle operazioni bancarie rimane ben distinto dal conto corrente²⁶⁾.

Già al momento dell'entrata in vigore del nuovo Codice, ancora vigente il Codice di Commercio, gli operatori si avvalevano ampiamente di rapporti bancari regolati con meccanismi di conto corrente²⁷⁾; la grande diffusione di tali rapporti nel dopoguerra e l'insorgere di una vera e propria necessità per il comune cittadino e non solo per l'operatore economico di disporre di conti bancari per le esigenze della vita quotidiana hanno reso il conto corrente bancario un contratto di massa, *un negozio innominato, misto, avente natura complessa* nei termini civilistici indicati dalla Cassazione²⁸⁾, divenuto nel tempo fortemente eteroregolato dalle norme in tema di trasparenza e di correttezza, sia del Testo Unico bancario, sia da interventi volti a dare tutela del contraente debole o a favorire la concorrenza nel settore bancario e finanziario²⁹⁾.

Per la sua diffusione ed importanza è stato spesso considerato il contratto bancario per eccellenza³⁰⁾; una figura autonoma che finisce per essere una sorta di rapporto di base fra banca e cliente, cui si agganciano numerosi altri rapporti negoziali, finalizzati al credito o al pagamento per il saldo di obbligazioni pecuniarie³¹⁾.

In definitiva l'idea del Bonelli di un contratto di conto corrente quale figura causale a sé stante, di tipo quasi normativo per i futuri rapporti far le parti non è del tutto estranea rispetto alla realtà attuale del conto corrente bancario.

26) Ancora la Relazione al Codice Civile, n. 743.

27) V. SALANDRA, *Conto corrente* in *Enciclopedia Bancaria*, Milano, 1942, p.464 e ss.

28) Cass. 10 marzo 2010, n.5843, in *Nuove leggi civili commentate*, 2010, I, p. 971 e ss. con commento di P. BONTEMPI.

29) Sull'evoluzione dell'ordinamento bancario e sulla progressiva estensione della eteroregolazione dei contratti bancari: M. PERASSI, *Il ruolo dell'ABF nell'ordinamento bancario: prime riflessioni*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2011, I, p. 145 e ss..

30) C. SILVETTI, *Il conto corrente bancario*, in *La banca: l'impresa e i contratti*. Trattato di Diritto Commerciale diretto da Cottino, cit. p. 477.

31) A.A.DOLMETTA – U. MALVAGNA, *Il conto corrente bancario*, in *Trattato dei contratti*, a cura di Roppo, cit. p. 719.

***Sulla natura giuridica del contratto
di abbonamento alle cassette di sicurezza***

Gustavo Bonelli

(*La Legge*, 1908, col. 2213-2223)

CORTE D'APPELLO DI FIRENZE - 25 luglio 1908

Pres. GARDI P. ed Estensore

Banca d'Italia (avv. Giannotti)

c. Società "Florentia" (avv. Modigliani)

**Banche – Cassette forti – Concessione – Deposito – Locazione
(*Cod. civ., art. 1575, 1572*)**

Il deposito a custodia in una cassetta forte concessa da una banca è semplicemente un contratto di locazione di cosa (1).

Esso costituisce quindi da parte del concessionario un atto di semplice amministrazione.

La Corte, ecc. (*Omissis*).

La Banca d'Italia ripete in questa sede che essa era nel suo pieno diritto di rifiutare la libera disponibilità della cassetta ai due delegati dal consiglio d'amministrazione della Società *Florentia*, colla deliberazione del 24 dicembre 1907, e ciò perché quella deliberazione era illegale, essendo stata presa da quattro consiglieri amministrativi soltanto, mentre lo statuto della *Florentia* impone che siano non meno di cinque, né più di nove; e che la Banca, a tutela della propria responsabilità verso i soci della *Florentia*, ha il diritto ed il dovere d'indagare se le deliberazioni del Consiglio d'amministrazione di quella siano o no legali per quanto riguarda i rapporti contrattuali fra essa società e la Banca intervenuti, e quindi per quanto riguarda il contratto per il quale si disputa. E a dimostrazione di tale sua tesi passa ad esaminare la natura di tale contratto e ne conclude, d'accordo apparentemente colla sentenza appellata, che è un misto di locazione di cose e di deposito. Ma, mentre detta sentenza lo ritiene in prevalenza locazione di cose e solo in piccola parte deposito, la Banca appellante lo trasforma addirittura e quasi esclusivamente in tale ultimo contratto.

Perché esista un contratto di deposito, tanto per diritto romano (*depositum est quod custodiendum alicui datur. fr. I pr. Dig. XVI, 3*), che per diritto italiano, è necessario che vi siano un *depositante* e un *depositario*, ed è essenziale e caratteristico che si verifichi *tradizione* della cosa che si deposita, tradizione senza della quale il contratto non è perfetto (Cod. civ., art. 1837). Ora, nel contratto intervenuto nel 3 maggio 1905 fra la Banca d'Italia e la società *Florentia* mai vi fu, da parte di questa, *tradizione* di che che sia, e perciò, sebbene vi si riscontri un *deponente*, nel senso volgare della parola, non vi è un *deponente* nel senso tecnico giuridico. Infatti per il disposto degli art. 4 e 12 del contratto, contenuto nella polizza, la Banca nulla riceve, poiché né fa, né vede, né vuole vedere o sapere se e quali oggetti vengono depositati nella cassetta da lei locata. Tanto meno poi si ravvisa nella Banca appellante il depositario, di cui parla la legge. E di vero per il contratto di deposito il depositario riceve dal depositante una cosa mobile, e si obbliga ed è tenuto a riconsegnargli ad ogni richiesta la *identica cosa* che ha ricevuto (art. 1860 e 1848 Cod. civ.). Ora, lo si è già detto, la Banca nulla riceve e tanto poco è obbligata di restituire cosa qualsiasi, e «risponde soltanto della conservazione e integrità materiale esteriore della cassetta e non del suo contenuto, anche quando per qualsiasi eventualità, venisse ad averne cognizione» (art. 12 citato della polizza). La Banca ignora adunque se e qual cosa si contenga nella cassetta locata, poiché taluno potrebbe anche nulla collocarvi e lasciarla per qualche tempo vuota, dopo averne tolto le carte o i valori che già vi aveva custoditi, e non può quindi esser tenuta a restituire una cosa, che, non solo non ha ricevuta, ma che nemmeno sa se esista nella cassetta in parola. Essa non è quindi un *depositario*; e non essendovi né *depositario* né *tradizione* di cosa, il contratto in disputa non è di deposito.

Inutili adunque e vane si addimostrano tutte le argomentazioni in proposito della appellante. Né vale in contrario citare le equivoche espressioni degli art. 1 e 4 del contratto contenuto nella polizza, nei quali è detto che le *cassette si ricevono in deposito a custodia*; poiché le parole errate, usate da contraenti, non possono dar vita a contratti determinati, quando in essi mancano i requisiti essenziali fissati dal legislatore.

Così pure, quando a dimostrare la esistenza di un *deposito* si cita l'art. 12 del contratto contenuto nella polizza, si prende equivoco a comodo di causa.

Ivi è detto che: «la Banca non è responsabile per gli accidenti di forza maggiore» condizione perfettamente inutile se si trattasse di deposito, perché già sancita dalla legge con maggiore energia all'art. 1845 Cod. civ.; e che: «essa risponde solo della conservazione ed integrità materiale esteriore di ogni cassetta», e la appellante ne conclude che l'impegno da lei preso con tale articolo è quello di riconsegnare chiusa ed intatta la cassetta come le fu consegnata; per cui, essa dice, non solo si ha il contratto di deposito, ma persino la configurazione precisa del caso previsto dal legislatore all'art. 1847 Cod. civile. Ma essa dimentica, ad arte, che l'art. 1847 citato, parla di *deposito di cassa chiusa o involto suggellato*, dei quali perciò, costituendo essi stessi il *deposito*, deve essere proprietario o almeno proprietario apparente (art. 1840, 1853 e 1854 Cod. civ.) il deponente; mentre nella specie, le cassette che, fra altro, mai possono essere asportate dal palazzo della Banca ed anzi dal locale da lei all'uopo destinato (art. 7 della polizza) sono di esclusiva proprietà di essa Banca, la quale per ciò non può esserne *depositaria: et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiam nunc delictum ejus ignorantem deposuerit: recte dicitur non contrahi depositum* (fr. 31, § 1, Dig. XVI, 3); *qui rem suam deponi apud se patitur, vel utendam rogat, nec depositi, nec commodati actione tenetur* (fr. 15, Dig. h. t.; art. 1861 Cod. civile).

La obbligazione quindi che essa si assume col citato art. 12 della polizza è precisamente quella del locatore che è tenuto, per la natura del contratto, a consegnare al conduttore la cosa locata, a mantenerla in stato di servire all'uso per cui venne locata e a garantirne al conduttore il pacifico godimento per tutto il tempo della locazione (art. 1575 Cod. cit.).

E poiché è della natura del contratto in disputa che esso dia la maggior sicurezza e la maggior segretezza possibile, era cosa essenziale e necessaria che la Banca, locatrice delle cassette, si obbligasse a garantirne la conservazione e la integrità esteriore, per mantenerle in stato di servire all'uso per cui vengono locate e per garantirne al conduttore il pacifico godimento.

Dimostrato che nella specie non vi è contratto di deposito per la mancanza delle condizioni essenziali dello stesso (*tradizione delle cose depositate e depositario*), facile è a dimostrare che il medesimo è un contratto di locazione di cose, come si è già detto e come del resto conviene in parte anche la Banca appellante.

L'art. 1° del contratto contenuto nella polizza dichiara che le cassette in ferro vengono *fornite* dalla Banca; l'articolo 3 stabilisce che le cassette sono contrassegnate da un numero e da una lettera, la quale distingue la cassa forte in cui la cassetta è rinchiusa; l'art. 7 dispone che l'abbonato, o chi per esso, avrà la libera disponibilità – nel locale destinato a questo servizio – della propria cassetta nelle ore di ufficio; e l'art. 10 determina il corrispettivo o prezzo annuale da pagarsi per l'uso delle cassette. Tutto ciò risponde esattamente al contratto di locazione di cose, per il quale una delle parti contraenti si obbliga di far godere all'altra di una cosa per un determinato tempo e mediante un determinato prezzo che questa si obbliga di pagarle (art. 1569 Cod. civ.). Invero la Banca si è obbligata di far godere alla Società *Florentia* l'uso di una cassetta di ferro, n. 286, contenuta nella cassa forte, lettera D (art. 1, 3 e 7) per il tempo di un anno, alle condizioni speciali contenute nell'art. 7 predetto ed in altri articoli del contratto, mediante il prezzo di lire 60 (art. 10), per depositarvi carte, manoscritti, valori (art. 1 pred.) od altro e anche nulla, come meglio alla *Florentia* piacesse. Vero è che fra le clausole del contratto ve ne sono alcune che porrebbero in essere il contratto di locazione d'opera, poiché per gli art. 4 e 7 della polizza, il cassiere della Banca dovrebbe, prima che l'abbonato o conduttore proceda alla chiusura della cassetta locatagli, ispezionarne il contenuto al solo esclusivo scopo di verificare che non vi siano stati riposti esplosivi, materie infiammabili o altrimenti pericolose (e ciò nell'interesse della Banca come degli altri abbonati) e deve ricevere in consegna dall'abbonato la polizza figlia (che è uno degli originali del contratto, mentre, l'altra – la polizza madre – resta sempre presso la Banca) quando egli si reca alla Banca, nel locale a ciò destinato, a far uso della cassetta locatagli; polizza che deve essergli poi restituita firmata volta per volta dallo stesso cassiere, quando la cassetta è stata rimessa al posto o rinchiusa nella rispettiva cassa forte. Un impiegato della Banca deve anche necessariamente prestarsi per l'apertura della cassa forte in cui la cassetta è collocata (art. 9 della polizza). Inoltre è della natura del contratto che gli impiegati e i custodi della Banca, deputati a questo

servizio, debbano esercitare una speciale sorveglianza sulle casse forti contenenti le cassette e sui locali ove le dette casse forti sono custodite, nell'istessa guisa che il portiere di un palazzo è tenuto a vegliare alla sicurezza generale dello stabile e a quella particolare dei singoli appartamenti affittati e per conseguenza dei conduttori dei medesimi. Ma queste funzioni di apertura delle casse forti, di ritiro e firma della polizza figlia, di sorveglianza e di custodia generica delle cassette locate sono troppo accessorie perché se ne possa e debba tener conto, e devono compenetrarsi, per semplicizzare, al contratto principale: motivo per cui questo Collegio opina trattarsi, nella specie, di un vero e proprio contratto di locazione di cosa.

E ciò premesso, è da vedersi se l'atto di far uso della cosa locata e nella specie della cassetta, per riporvi e di conseguenza togliervi carte, manoscritti, valori o che altro, sia atto che ecceda la semplice amministrazione.

La Banca appellante, partendo sempre dall'errato concetto che nella specie si è dato vita ad un contratto di deposito, afferma che tale atto eccede quelli di semplice amministrazione, per cui il consiglio amministrativo della società *Florentia*, per autorizzare il cav. Menicanti ed amministrare la cassetta, in luogo e vece dall'avv. Ravà, doveva essere costituito regolarmente e doveva munire il medesimo di mandato speciale scritto ed espresso, come è voluto dall'art. 1721 Cod. civ.

Ma la premessa è errata, lo si è veduto, e di conseguenza è pure errata la illazione. Il prendere in affitto da un istituto di credito una cassetta, del genere di quella di cui si disputa, per riporvi lettere, manoscritti, titoli di credito, gioielli ed altri oggetti preziosi, cose insomma di vario e di anche nessun valore commerciale, nella fondata speranza che ivi riposte saranno molto più al sicuro da ogni pericolo di furto o d'incendio, che se venissero depositate nella cassetta del proprio scrittoio o del proprio canterano, è atto che non eccede davvero la semplice amministrazione e che per ciò può essere legalmente compiuto anche dalla donna maritata e dall'inabilitato. Invero, gli atti che eccedono la semplice amministrazione, sono le donazioni, le alienazioni di beni immobili, la sottoposizione degli stessi ad ipoteca, il dare in pegno beni mobili, il rilasciare liberazioni, il contrarre mutui, il cedere e riscuotere capitali, le fideiussioni non che le transazioni e lo stare in giudizio relativamente a tali atti (art. 134, 224 e 339 cod.

civ.), e fra essi non si riscontra il contratto di locazione di cosa, ed anzi nell'art. 1572 Cod. civ. è stabilito in termini che tale contratto è valido anche per coloro che non possono fare se non gli atti di semplice amministrazione, purché la locazione non ecceda i nove anni.

Osserva la Banca che essa, di fronte alla società *Florentia* e alla deliberazione illegalmente presa nel 24 dicembre 1907, dai quattro consiglieri di questa rimasti in carica, si trovava e si trova nella condizione di chi contratta col minore, coll'inabilitato o colla donna maritata, e che quindi aveva e ha diritto che queste persone siano autorizzate in conformità di legge. Per quanto riguarda il minore, niun dubbio, poiché questo nemmeno gli atti di semplice amministrazione può compiere; ma l'errore è manifesto, lo si ripete, per quanto riguarda la donna maritata e l'inabilitato, e tanto più nella specie, e fa quasi dubitare della sua buona fede, in quanto la deliberazione suaccennata, presa dai 4 consiglieri rimasti nel Consiglio della società *Florentia*, per le avvenute dimissioni degli altri tre, provvedeva ad un atto di semplice amministrazione, che i predetti 4 consiglieri avevano, non solo il diritto, ma il dovere di compiere, se lo credevano, come lo credettero, necessario nell'interesse della società da loro in quel momento amministrata.

Né la Banca d'Italia ignorava la deliberazione del 24 dicembre 1907, colla quale veniva consegnata al cav. Menicanti una delle chiavi, restituita dal dimissionario cav. Ravà, necessarie per aprire la cassetta, affinché, insieme al cav. Signorini, già prima delegato, la amministrasse e ne estraesse o vi riponesse valori od altro, poiché della sua completa scienza è riprova la sua lettera 18 gennaio anno corrente, deposta in atti; non ignorava, che i quattro consiglieri rimasti in carica in quel giorno costituivano legalmente il Consiglio di amministrazione della *Florentia* e avevano il diritto, ed anzi il dovere, di deliberare, per lo meno circa il disbrigo di tutti gli affari d'ordinaria amministrazione (sarebbe ozioso ricercare qui se potessero deliberare anche per quelli che la eccedevano); essa quindi, rifiutando al cav. Menicanti ed al cav. Signorini l'uso della cassetta alla *Florentia* locata, commise atto illegale e arbitrario pel quale, a ragione, la sentenza appellata la chiamò a rispondere, anche col risarcimento dei danni, qualora la *Florentia* dimostri di averne per quell'atto veramente risentito.

Per questi motivi la Corte conferma la sentenza appellata, ecc.

Nota

(1) Sulla natura giuridica del contratto d'abbonamento alle cassette di sicurezza

La Corte di Firenze in questa sentenza proclama con grande facilità che il servizio *delle cassette forti* o cassette di sicurezza, ormai in uso presso parecchie banche, dà luogo a un contratto di *locazione e non di deposito*. Ma la tesi è tutt'altro che pacifica.

È vero: in Francia si può dire prevalente nella dottrina come nella giurisprudenza l'opinione che si tratti di *locazione* (Robert in *Dalloz, Rec. de jurispr.*, 1901, 2, p. 441; Leven, negli *Annales de droit commercial*, 1903, p. 244; Wahl in *Baudry Lacantinerie, Contr. de Louage*, I, 250; Schatz *Location des coffres-forts*, 1903; Valery, *Locat. de coffres-forts*, 1905).

Ma deve considerarsi che in Francia l'uso generale delle Banche è di dare al solo cliente la chiave della cassetta (Schatz, op. cit., p. 24; Valery, pag. 3); e ad ogni modo riesce difficile anche a quegli scrittori di fondare sulla pura nozione della *locatio rei* la costruzione dell'istituto. Si parla di *locazione del godimento* (o *jouissance locative*; Valery, op. cit., p. 21) o di *locazione di sicurezza* (Schatz, op. cit., p. 40 e seg.), e via discorrendo; figure nuove, con caratteri propri e speciali, in cui occorre perciò una ulteriore analisi per determinarne gli effetti giuridici, i quali possono subire modificazioni essenziali in conseguenza appunto della modificazione che subisce la nozione fondamentale del contratto.

In Italia, come in Germania, la cassetta ha due chiavi, una delle quali è consegnata all'abbonato, mentre l'altra è tenuta dalla Banca, la quale ha l'obbligo di sorvegliare la cassetta e cooperare alle singole aperture. Questa circostanza (a cui tuttavia, per conto nostro, siamo lontani dal dare un valore decisivo) spiega come l'opinione dominante tra noi, come in Germania, abbia fin qui respinto la teorica della locazione, attenendosi piuttosto a quella del deposito. In questo senso possono vedersi in Austria Von Schey (*die Obligationsverhältnisse des österr. Privatrechts*, I, p. 394) e il Ratzenhofer (nel *Giorn. giudiziario austr.*, 1903, p. 363); in

Germania, fra i tanti, il Dernburg (*dasbürg. Recht*, II, 352), il Cosack (*Handelsrecht*, p. 572), lo Staub, (*Komm. zum Handelsgesetzbuch*, 1900, II, p. 1503), lo Hancke (nel *deutsche Juristen-Zeitung*, 1900, p. 389), il Crome (*System. des bürg. Rechts*, 1902, II, p. 741); in Italia il Bolaffio nella *Riv. di diritto comm.* 1905, I, p. 466; e in questo senso si era pronunciata la nostra giurisprudenza con una notevole sentenza del Tribunale di Milano 22 luglio 1905 (*Legge*, 1905, col. 2434, con nota dell'avv. M. Sarfatti).

Parlano per la teoria del deposito la genesi storica dell'istituto, nato indubbiamente dal servizio bancario dei depositi chiusi, e più ancora lo scopo dell'operazione, che, non meno indubbiamente, è per l'abbonato alla cassetta la custodia del suo contenuto.

Ma la specialità del caso doveva dar luogo, come è naturale, a teoriche intermedie: negozio misto di locazione e di deposito; figura a sé non confondibile né coll'una né coll'altro; rapporto con duplice o triplice contenuto (concorso di più negozi giuridici); ognuna di queste teoriche ha avuto ed ha i suoi sostenitori.

In Italia la teoria della locazione (mista però di cosa e di opera, epperò costituente un contratto innominato) fu sostenuta dal Corradi nel *Dir. Commerciale*, 1903, p. 491; ma non ebbe gran seguito (V. tuttavia di recente un accenno alla teorica della pura locazione di cosa in una recensione del Pacchioni nella *Riv. di diritto commerciale*, 1908, I, 22).

L'Arcangeli in uno studio notevole per profondità di analisi (nella *Riv. di dir. comm.*, 1905, I, p. 179 e seg.), riesce a stabilire nel servizio bancario delle cassette forti un contratto *innominato improprio*, che rientra sotto il tipo del deposito, ma in cui sono compresi elementi accessori di locazione di cosa. Più giustamente, Antonio Scialoja (*Sulle cassette forti di custodia* nella *Giur. Ital.*, 1907, IV, 241) vede nell'operazione un *duplice* rapporto di *locazione* e di *deposito*, sebbene ponga fra i due una separazione di tempo che non mi sembra rispondente al vero nei casi normali e che fa perdere molto d'importanza al secondo rapporto riuscendo così a risultati meno accettabili, a mio parere, di quelli dell'Arcangeli. Il Sarfatti, nel suo recente lavoro sul *Contratto d'abbonamento alle cassette di sicurezza delle Banche* (1908) dà importanza decisiva al fatto della doppia chiave e della conchiusura della

cassetta, per derivarne una teorica nuova, che prendendo le mosse dal concetto, svolto da alcuni scrittori tedeschi (v. specialmente Kohler nell'ultima edizione dell'*Enciclopedia* di *Holtendorff* I, p. 680) del compossesso tra abbonato e banca, come è ammesso tra creditore e debitore, si sbarazza ad un tempo della figura della locazione come di quella del deposito; si tratta di un contratto di *custodia in compossesso*, figura nuova, da cui esula ogni elemento di deposito o di locazione di cosa, per sussistere solo un rapporto di *locazione di opera*, al fine di provvedere la sicurezza richiesta e sotto la condizione di reciproco controllo nei contraenti (p. 53). Se non che, una volta eliminato (come deve ritenersi eliminato oggi, almeno nel deposito commerciale) l'elemento della gratuità, che altro è la locazione d'opera diretta alla custodia d'una cosa se non un deposito? (V. in proposito le eccellenti considerazioni dell'Arcangeli p. 274 e seg. del citato studio: «nel deposito retribuito vi è effettivamente una prestazione di lavoro, accompagnata da una retribuzione quanto basta per farlo ritenere una locazione d'opera; ma quella attività è diretta alla custodia d'una cosa: è cioè l'attività specifica del deposito»).

A mio giudizio chi ha meglio penetrato la natura giuridica del rapporto in esame è il Wettstein (*Das Kassenschrankfachgeschäft*, 1905): negozio complesso, il cui contratto di deposito ha la parte principale e la locazione di cosa rappresenta un elemento accessorio. Bisogna prendere le mosse dalla origine storica dell'istituto, che è il deposito chiuso. Se io consegno alla Banca una cassetta chiusa o un involto suggellato, senza denunciare ciò che ci è dentro, faccio senza dubbio un deposito; solamente non sarebbe esatto dire che la Banca divenga con ciò depositaria degli oggetti chiusi dentro la cassetta o l'involto; essa è depositaria solamente della cassetta o dell'involto, sia pure che indirettamente il depositante raggiunga così lo scopo che si propone, e che è la custodia degli oggetti che vi sono racchiusi, e sia pure che per fini di controllo che si collegano a esigenze di sicurezza pubblica, d'igiene ecc., la banca prenda sommaria visione anche di ciò che la cassetta o il plico contiene. Qui mi stacco perciò nettamente dall'Arcangeli e dallo Scialoja, pei quali, oggetto diretto della custodia della banca dovrebbe dirsi sempre, non la cassetta, ma il contenuto di essa. Non si può essere depositari né responsabili di ciò che non si riceve specificamente in consegna.

Certo, anche le cose contenute in una cassa chiusa o in un involto suggellato sono in un certo senso *depositate* (così le qualifica infatti l'articolo 1847), e per gli effetti di legge vedremo doversi considerare indubbiamente *detenute* dalla Banca ma ciò avviene perché esse fanno parte della cosa depositata, come sue accessioni, non perché siano l'oggetto diretto del contratto.

Se oggetto del deposito fosse il contenuto della cassetta, bisognerebbe dire che ad ogni mutamento del contenuto (che dovrebbe allora esser reso noto al depositario) il contratto di deposito si rinnova. Invece è più semplice e più vero dire che resta sempre lo stesso deposito di prima, e che il libero accesso alla cassetta rimasto al depositante si risolve per parte sua, nell'esercizio di una facoltà inerente al suo diritto di proprietà sulla cosa depositata, facoltà che non è o non si ritiene incompatibile colla permanenza del deposito, e da parte della banca depositaria, nella tolleranza di questo esercizio, che, dovendo svolgersi nei propri locali, implica per lei una certa servitù, della quale si terrà conto nella pattuizione del corrispettivo, e che ad ogni modo trova i suoi limiti nelle esigenze dell'orario di servizio.

L'egregio prof. Antonio Scialoja, che aderisce su questo punto all'Arcangeli, contro la tesi contraria del Bolaffio, adduce a prova la responsabilità della banca in caso di manomissione, responsabilità che si commisura al contenuto della cassetta, dal che egli crede dover argomentare che quello e non questa è l'oggetto del contratto; mentre è altrettanto bene spiegabile che il contenuto della cassetta dia la misura del danno risentito dal depositante, poiché ciò di cui la banca risponde come custode non è la cassetta vuota, ma la cassetta così come si trova e pel valore che rappresenta pel depositante nel momento della manomissione, in quanto possa dimostrarsi. Aggiunge poi lo Scialoja: «ad escludere che oggetto del deposito sia la cassetta, basta del resto osservare che ne è proprietaria la banca (art. 1840 1861), e che lo scopo del rapporto è la custodia e la conservazione non della cassetta, ma di ciò che il cliente volta a volta vi colloca». Che scopo del rapporto sia la custodia dei valori contenuti nella cassetta non è dubbio, ma questo scopo si raggiunge appunto indirettamente colla consegna della cassetta al depositario, senza verun riguardo al contenuto. Quanto poi agli art. 1840, 1861, essi non sono di ostacolo, e lo vedremo

meglio in seguito, a che il deposito possa farsi anche da chi non è proprietario della cosa e anche in mani dello stesso proprietario.

Ora supponiamo pure che della cassetta così consegnata alla Banca il depositante conservasse la chiave solo per sé, ma pattuisse colla Banca di potersi recare ad aprirla a suo piacere per poterne modificare il contenuto, secondo richiedono i propri interessi, senza alcun controllo della Banca stessa. Quale alterazione verrebbe così portata all'indole giuridica del contratto? Evidentemente nessuna: la Banca resta custode e depositaria della cassetta della cui integrità e perfetta manutenzione risponde, senza rispondere, come non rispondeva nel caso precedente, di ciò che può trovarvisi dentro (salvo l'eventuale apprezzamento di questo contenuto all'effetto di valutare la responsabilità in caso di una manomissione).

Di qui si vede intanto che il fatto del compossesso della chiave e della conchiusura non è affatto decisivo per stabilire la materia del contratto. Infatti noi abbiamo configurato l'ipotesi della chiave unica lasciata al depositante, com'è appunto l'uso in Francia. La conchiusura, cioè la necessità dell'intervento del depositario all'apertura del deposito avrebbe importanza quando oggetto del deposito si ritenesse il contenuto della cassetta; non ne ha nessuna per modificare la natura del rapporto, quando è disposta, come nel caso speciale per fini di controllo non aventi alcuna attinenza cogli obblighi inerenti al contratto; appunto come non ne ha quel controllo che allo stesso intento si usa fare al momento della consegna.

Ma se non ha grande importanza la conchiusura, ha bene la sua importanza il fatto dell'intervento della Banca, comunque estrinsecato, ad ogni singola apertura della cassetta, pur senza spingersi all'ispezione del contenuto; poiché questo intervento trova la sua unica giustificazione nell'interesse che ha la Banca di accertare la persona del cliente o la veste legale di chi lo sostituisce; interesse che si connette appunto coll'obbligo che in qualità di depositaria le incombe di escludere l'ingerenza di qualunque terzo estraneo sulla cosa depositata.

Qual'è, dopo ciò, la differenza tra il caso fin qui considerato e quello delle così dette cassette di sicurezza? Questa: che le cassette invece di essere proprietà del depositante, sono fornite dalla stessa

banca e si trovano già nei suoi locali. Manca per ciò, si dice, e questa è l'obiezione fondamentale degli avversari del deposito, il fatto della consegna; e senza consegna non si concepisce deposito. Ora sarà sufficiente questa circostanza ad alterare la natura del rapporto? A primo aspetto sembra di sì: si deposita la cosa propria, non la cosa del depositario. Seguiamo tuttavia la genesi dell'istituto, come la raccoglie l'Arcangeli, dietro le orme del Wetteshein: essa deve guidarci alla ricognizione della natura giuridica del rapporto.

Da quella esposizione risulta che le banche le quali si davano alla operazione dei depositi chiusi dovettero, per organizzare il servizio in modo comodo e adattabile alle esigenze dei locali, imporre per le cassette da depositare una data forma e dimensione. E siccome a pochi clienti sarebbe riuscito comodo di provvedersele secondo la prescrizione, cominciò il banchiere stesso a tenerne un certo numero a disposizione dei clienti, ai quali le vendeva. Dalla vendita poi (che molto probabilmente sarà stata spesso accompagnata da un patto di ricompra) si passò per ragioni di opportunità facili a comprendersi alla concessione dell'uso delle cassette per un tempo determinato. E finalmente si fece a meno della consegna materiale con successivo ritiro delle cassette da parte del banchiere, collocando le stesse in appositi scaffali, donde il cliente può estrarle da sé medesimo.

Nessun dubbio che nulla influisca sul rapporto di deposito il fatto che la cosa depositata sia stata acquistata dallo stesso depositario, ed è anche elementare e riconosciuto fino dal diritto romano che in tal caso possa giuridicamente supplire al duplice fatto della tradizione dal venditore al compratore e della consegna dal depositante al depositario l'accordo delle parti, dando luogo alla figura del *constituto possessorio* (cf. art. 1837, cap. ult. Cod. civ.). L'obiezione quindi della mancata materiale consegna può porre in imbarazzo chi, cogli scrittori sullodati, considera come oggetto del deposito il contenuto della cassetta, non chi tiene fermo, come è di fatto, che ciò che la Banca riceve in consegna è soltanto l'involucro, senza alcun riguardo al contenuto. Se dunque il cliente, cominciasse coll'acquistare dalla Banca la proprietà della cassetta, e quindi, senza muoverla di dove si trova, ne affidasse alla banca stessa la custodia, tenendone egli la chiave e riservandosi il diritto di aprirla o da solo (previo riconoscimento) o coll'intervento della

Banca, noi non potremmo dire di esserci allontanati menomamente dalla figura del deposito.

Andiamo innanzi: la Banca non vende più. Perché dovrebbe il cliente comprare una cassetta che, una volta cessato il bisogno della custodia cui la destina, non gli servirebbe più a nulla? La Banca, cui torna comodo invece tenere sempre pronto uno *stock* di cassette per estendere il suo servizio, trova utile per entrambe le parti di cedere al cliente solamente l'uso della cassetta per il tempo che gli può occorrere, conservandone la proprietà.

Indubbiamente si ha qui, come nel caso precedente, un duplice rapporto fra le parti, avente per oggetto la cassetta. Il rapporto di deposito è preceduto (logicamente, se non in modo cronologicamente distinto), non più da un rapporto di compravendita, ma di cessione dell'uso; e collo stesso risultato finale, di non muovere la cassetta dal suo posto. Anche qui non ci troviamo perfettamente d'accordo coll'Arcangeli, il quale, sebbene ammetta espressamente come un caso di duplice negozio contemporaneo quello «di chi dia in locazione una cosa mobile e nello stesso tempo la riceva dal conduttore in deposito» (p. 196), pure arriva per l'istituto in esame a diversa conclusione, partendo dal principio che non si può avere pluralità di negozi «dove c'è una sola volontà d'obbligarsi, una sola causa giuridica»; ed appunto nel servizio delle cassette forti si ha un fine unico, che è la massima sicurezza delle cose rinchiuse nella cassetta; quindi «unica è la causa che caratterizza l'unico contratto» (p. 197). Ma se l'unicità del fine fosse il criterio determinante dell'unicità del rapporto, anche la compera della cassetta pel fine di darla in custodia, costituirebbe un solo rapporto giuridico con quello di deposito. Osserva qui giustamente lo Scialoja che non si deve confondere la causa d'un negozio giuridico coll'intento generale che le parti si propongono, e al raggiungimento del quale possono benissimo occorrere e porsi in essere più negozi.

Quanto alla categoria cui assegnare quel primo rapporto con cui si trasmette al cliente l'uso della cassetta, io crederei più esatto qualificarlo come *comodato*, anziché *locazione*. La differenza tra i due contratti si riduce in sostanza a questa, che la locazione è essenzialmente onerosa, mentre il comodato è essenzialmente gratuito (art. 1806 Cod. civ.). (Cf. Wahl in *Baudry Lacantinerie, Prêt*. n. 610). Ora la Banca non percepisce normalmente due

corrispettivi per il suo servizio, ma uno solo che si riferisce alla custodia. Essa presta gratuitamente la cassetta, non certo per fare un atto di beneficenza (tale non è necessariamente il contratto di comodato), ma per facilitare a sé stessa un servizio da cui trae dell'utile.

Si obietterà che il comodato non si concepisce senza la consegna? Ma risponderemmo al solito che qui la consegna non manca. Solamente dovendo la cosa tornare subito dopo alla persona che dovrebbe consegnarla, si risparmia l'estrinsecazione di questo duplice atto, che non rappresenterebbe che una materialità senza significato giuridico. Del resto in qualche Banca questo sistema un po' primitivo, per cui il cliente prima ritira la cassetta e in un giorno successivo la riconsegna al cassiere, è tuttora in uso (v. Arcangeli, p. 184 nota I). Ma che questo fatto basti a trasformare il contenuto giuridico dell'operazione sarebbe difficile sostenerlo. E si ha anche qui un *constituto possessorio*, in forza di cui la Banca che deteneva come proprietaria, essendosi spogliata del diritto di detenzione a favore d'altri, incomincia da quel momento a detenere in nome altrui.

Non si vorrà infatti negare al comodatario la facoltà di passare ad altri la detenzione a titolo di deposito. Quando il deposito rientra nell'uso a cui nell'intenzione delle parti la cosa è destinata, nulla v'ha di inconciliabile fra i due negozi. Si pensi infatti al caso in cui il cliente si fosse fatta prestare la cassetta da un terzo per custodirvi i suoi valori; nulla osterebbe che egli potesse affidare in deposito a una banca la cassetta per lo stesso fine. Non osta l'art. 1840: «questo art. (dice il Guillovard sul corrispondente art. 1922 del Codice francese) non ha già per iscopo d'interdire il deposito della cosa altrui da parte di chi la detiene, sia in virtù d'un diritto legittimo, come l'usufruttuario, il creditore pignoratizio, il locatario, sia anche da chi la detiene senza titolo, come il semplice possessore, e questo deposito è sempre stato riguardato come valido fra le parti.» (*Contrat de prêt. n. 31*) - Né può esser vietato di affidare il deposito allo stesso proprietario della cosa prestata. Non osta anche qui l'art. 1861 Cod. civ., che dice estinta ogni obbligazione del depositario «quando venga a scoprire e provi che a lui stesso appartiene la cosa depositata»; perché è chiaro che ciò vale in quanto il depositante non abbia nessun titolo di possesso da contrapporre a quello del

proprietario. (E lo stesso dicasi dei due brani latini citati per lo stesso intento nella sentenza annotata).

E come manca il fatto materiale della consegna, così manca il fatto materiale della restituzione, per la ragione che stante l'unicità del fine dei due rapporti, quello di comodato ha termine nello stesso momento di quello di deposito, cosicché il depositante dovrebbe ritirar la cassetta per restituirla immediatamente dopo al depositario che gliela aveva prestata.

Ma si dirà: perché scindere in due il rapporto, quando basterebbe qualificare come locazione il contratto con cui la banca concede dietro corrispettivo l'uso della cassetta al cliente, una volta che in questo uso rientra agevolmente anche il fatto della chiusura dei valori, senza ricorrere alla figura del deposito?

La ragione è che, ferdandoci al rapporto di locazione, noi non ci rendiamo conto esatto della posizione reale delle parti. La quale, si noti, è quella medesima che esisterebbe se la cassetta fosse consegnata alla banca dal suo proprietario. Se uguale è il contenuto del rapporto, perché dovrebbe essere diversa la costruzione giuridica? In un caso come nell'altro la banca è tenuta a vigilare per la custodia della cassetta con attività positiva diretta e continua, e si rende responsabile per l'esercizio di questa custodia (nel caso speciale, ciò era appunto dichiarato dalla banca in un articolo apposito della polizza), e non soltanto dei vizi e difetti occulti della cosa (cfr. Arcangeli, p. 270). Appunto perciò essa non si spoglia del possesso e detenzione della cosa. Come locatrice, la banca avrebbe l'obbligo della consegna (art. 1575): invece la cassetta resta presso di lei. Né è qui il caso di supplire alla deficiente consegna reale colla consegna simbolica, quale risulterebbe dalla consegna della chiave, poiché questa sostituzione si comprende e si ammette allorché la cosa da consegnare è un immobile o una cosa che non può senza gran difficoltà spostarsi dal sito ove si trova, non per un oggetto mobile com'è la cassetta. La chiave mi darà la disponibilità del contenuto, non il possesso dello involucre. Questa esigenza è intuita anche dai sostenitori della teorica della locazione, i quali si sentono in genere necessariamente costretti a portare al concetto della locazione di cosa delle modificazioni che la denaturano (com'è, p.e., quella del Valery che parla di locazione *del godimento*), o delle aggiunte che tornano a eliminare l'unicità del negozio (com'è la

locazione di opere del Corradi). V'ha di più. Se non si trattasse che di locazione, la banca non potrebbe ingerirsi in nessun modo sull'uso della cassetta e sul possesso della chiave che il locatario potrebbe senz'altro affidare a chiunque. Invece le banche non ammettono all'uso della cassetta che la persona dell'abbonato e quella che sia munita di delegazione scritta dal medesimo; ed è questa la ragione principale del controllo esercitato dalla banca alla apertura. E la stessa sentenza della Corte fiorentina, mentre si propone il quesito se coloro che si presentarono per usare della cassetta ne avevano la capacità, e ritiene che a ciò occorra solamente la facoltà di far atti di semplice amministrazione, riconosce con ciò stesso che una tale indagine deve esser fatta dalla banca prima di ammettere il possessore della chiave a far uso della cassetta. Ma donde avrebbe essa tale obbligo, se non fosse che semplice locatrice? Potrebbe essa per esempio impedire al fallito di continuare a disporre della cassetta e del suo contenuto?

Noi vediamo pertanto normalmente nel servizio delle cassette di sicurezza due contratti, non già successivi, ma contemporanei, o soltanto logicamente successivi, fra le stesse parti, col primo dei quali (che è preordinato al secondo) la banca presta al cliente l'uso della cassetta forte, e col secondo il cliente, per la migliore esplicazione appunto di quest'uso, e prima di usarne, ne fa deposito alla banca.

L'idea che si abbia rapporto di pura locazione fino a che non si fa uso della cassetta col porvi dentro qualcosa, e solo a questo momento incominci il contratto di deposito, è per noi inaccettabile. Essa è conseguenza del considerare oggetto del deposito il contenuto della cassetta invece della cassetta. È caratteristico del deposito chiuso l'obbligo pel depositario d'ignorarne il contenuto (art. 1847). Forseché cessa di essere depositario colui a cui si consegna a custodia un plico suggellato, se anche dentro non ci sia nulla?

Ammettiamo che nei casi particolari offerti dalla pratica questa costruzione possa subire delle variazioni, in conformità alle diverse manifestazioni di volontà delle parti; da cui possono derivare, nel rapporto messo in essere, delle mescolanze di caratteri appartenenti a rapporti giuridici diversi. Tuttavia finché lo stato obbiettivo delle cose resta quale noi l'abbiamo descritto, non pare che possa parlarsi di una costruzione diversa da quella da noi accettata. Così,

non cambia il rapporto, se anche al contenuto del deposito venga assegnato un dato valore, del quale la banca assume la responsabilità in caso di manomissione; poiché quel valore non ha alcuna necessaria corrispondenza col contenuto effettivo della cassetta chiusa.

È solo quando cambia radicalmente la natura del recipiente delle cose da custodire, che il tipo giuridico del supposto deve analogamente modificarsi. Perciò riconosciamo che il contratto può assumere deciso aspetto di *locazione di cosa* (e tale è probabilmente la sua tendenza nella pratica), e lo assume, allorché alla cassetta mobile e asportabile si sostituisce uno spazio scavato nella parete, sia pure con congegno scorrevole ma fisso e non asportabile (*coffres-forts*). Allora infatti l'oggetto della cessione d'uso non è più un mobile, ma un immobile, di cui da una parte il cedente non fa la consegna che in forma simbolica (trasmissione della chiave) e che d'altra parte, non si presta ad essere oggetto di deposito (art. 1837). Ma allora, come conseguenza logica, si ha che la banca non solo non s'ingerisce di ciò che il cliente introduce nell'ambiente locatogli, ma nemmeno si preoccupa della constatazione della persona, che, munita della relativa chiave, vi s'introduce; perché essa non ha altro obbligo che di mantenere la cosa locata in istato di servire all'uso e garantirne il pacifico godimento per tutto il tempo della locazione (art. 1575).

Una conseguenza importante della distinzione fra il deposito e la locazione si ha nei rapporti col fisco in caso di morte dell'abbonato. Ogni detentore di valori, oggetti, ecc. della successione è obbligato, come si sa, a denunciarli all'ufficio di registro prima di consegnarli all'erede (art. 111 della legge di registro). Ora non si può negare che la banca, come depositaria della cassetta destinata a contenere i valori, oggetti, ecc. del depositante, sia anche detentrica dei medesimi, sebbene essi non fossero l'oggetto immediato del contratto di deposito, perché chi detiene il contenente detiene il contenuto. È vero che la cassetta può anche esser vuota, ma tale non è la presunzione, poiché ciò non risponderebbe al fine per cui fu presa in prestito e depositata. E questa fu appunto l'occasione che diè luogo alla sentenza 22 luglio 1905 del Tribunale di Milano sopra citata. Quel Tribunale, pur sostenendo la figura del deposito di fronte a quella della locazione, disse veramente che, anche adottando il concetto della locazione, si doveva giungere, in virtù di

quella disposizione, fiscale alla medesima conseguenza. Ma questa opinione non ci sembra appoggiata al testo della disposizione, che parla dei *detentori* dei valori, oggetti, ecc. Ora il locatore non è detentore della cosa locata; per cui, o si ritiene che nel caso la banca locatrice detenga a qualche altro titolo, e bisogna trovare questo altro titolo, abbandonando per questo effetto, il rapporto di locazione di cosa; o si tien fermo al concetto della locazione nell'unico modo che abbiamo trovato giustificabile, cioè come affitto dello spazio sul proprio immobile, e bisogna convenire che di detenzione non si può affatto parlare; e quindi la disposizione, suaccennata è inapplicabile.

E così dicasi di ogni altro effetto che si collega all'elemento della detenzione. Il pignoramento che un creditore intendesse fare sugli oggetti contenuti nella cassetta è un pignoramento verso terzi se fatto alla banca depositaria, è un pignoramento diretto se fatto al debitore locatario. E l'adozione dell'una o dell'altra forma dipende dalla distinzione di cui sopra.

Aggiungiamo un'ultima osservazione.

Nella sentenza annotata troviamo altresì una condanna della Banca d'Italia alle spese e ai danni - che non crediamo giustificabile. La Corte fra le diverse teoriche possibili sulla *question ouverte*, ne ha scelta una che darebbe torto alla Banca; ma per la Banca era prudente di provocare il responso del magistrato, scegliendo anch'essa fra le stesse teoriche quella che meglio tutelasse la propria responsabilità in una materia tuttavia così incerta.

I pagamenti fuori scadenza dei debiti in moneta estera³²⁾

Gustavo Bonelli

(*Rivista bancaria*, 1922, pp. 261-266)

Quando un debito di moneta estera, pagabile in moneta italiana, non è pagato alla scadenza, ma in un tempo successivo in cui il cambio colla moneta italiana si è modificato, quale sarà il cambio secondo cui dovrà regolarsi il pagamento effettuato con questa moneta?

Generalmente si dà una di queste due risposte:

- a) deve pagarsi secondo il cambio al giorno della *scadenza*;
- b) deve pagarsi secondo il cambio al giorno stesso del *pagamento*.

Tutte e due le soluzioni hanno argomenti per sé.

Ma anzitutto occorre premettere che non è da cercarsi la soluzione della questione nell'art. 39 cod. comm.

A parte che l'art. 39 si riferisce testualmente alle obbligazioni di somme indicate in moneta che *non abbia corso legale né commerciale* nel Regno. Qui invece parliamo di moneta *estera*, avente pur corso (almeno commerciale) nel Regno. Tuttavia crediamo che anche questa sia da ritenersi sostituibile con moneta italiana nei pagamenti, se le parti non lo esclusero; e che in tal caso debba tenersi egualmente conto delle differenze del cambio. Se è vero infatti che il debitore può sempre procurarsi le monete aventi corso sulla piazza, il disborso che egli deve fare per tale

32) Richiamiamo l'attenzione su questo importante studio del Prof. Bonelli. Nel numero di febbraio della nostra Rivista il Prof. Pacchioni si è occupato della medesima questione, sostenendo che in ogni caso il debito debba essere regolato avendo riguardo al corso del cambio nel momento della scadenza.

Secondo un'altra tesi, prevalentemente accolta dalla giurisprudenza, si ritiene invece che debbasi avere riguardo al corso del cambio nel momento in cui viene effettuato il pagamento.

Entrambe queste tesi riversano l'alea delle oscillazioni di cambio sul creditore, al quale nessuna colpa può attribuirsi per inadempimento dell'obbligazione. Giustamente quindi il Prof. Bonelli tutela l'interesse del creditore adempiente, riversando in ogni caso la responsabilità derivante dal pagamento fuori scadenza sulla parte inadempiente. *n. d. d.*

acquisto varierà sensibilmente secondo le oscillazioni del cambio, e a ciò non può non aversi riguardo nel momento di effettuare il pagamento.

Ma l'art. 39 non è invocabile perché non risolve la questione. E non la risolve perché non se la propone.

Il dubbio che volle eliminare il legislatore del 1882 era quello che poteva sorgere circa la prevalenza da dare al tempo in cui avvenne il contratto o a quello in cui questo doveva avere la sua soluzione, nel valutare la moneta.

L'art. 1822 del cod. civ., in tema di mutuo, e così pure l'art. 452 del cod. comm. del 1865 in tema di assicurazione davano come decisivo il momento del contratto.

Stando a quel criterio, se io ho promesso di pagare 100 dollari fra 6 mesi, pagabili in lire italiane, io dovrei pagare tante lire quante corrispondano al valore del dollaro nel giorno in cui mi obbligai, sia questo valore aumentato o diminuito nel decorso di sei mesi. Era questo il valore che in quel momento il debitore intendeva promettere e il creditore intendeva accettare; dunque è a questo che deve starsi.

Più ragionevolmente le leggi cambiarie prima, e poi i codici commerciali, si riferiscono al giorno della scadenza; e questo esprime l'articolo 39. Il legislatore non ebbe affatto ragione di distinguere, e non distinse, il momento del pagamento da quello della scadenza; nelle leggi, come nella pratica, questi due momenti coincidono normalmente, cioè ogni qualvolta non occorra aver in vista una circostanza eccezionale che li separi. Né chi interpreta l'art. 39 fuori della questione speciale intende dare alla *scadenza* di cui parla l'articolo un significato diverso da quello di *pagamento*.

La Relazione Mancini su questo articolo dice: «Il legislatore accorda per regola generale al debitore la facoltà di pagare in moneta del paese secondo il corso del cambio a vista nel *giorno e nel luogo del pagamento*, quantunque nel contratto si trovi l'indicazione di una moneta diversa». E il *Bolaffio* commentando l'articolo stesso ripete ad ogni tratto la stessa espressione *nel giorno e nel luogo di pagamento*.

Se nell'articolo si trova un'apparente distinzione tra il *giorno della scadenza* e il *luogo del pagamento*, ciò non è già perché il legislatore volesse alludere a due diversi momenti, ma perché mentre nel *tempo* coincidono e possono scambiarsi mutuamente i termini *scadenza* e *pagamento*, al *luogo* non si adatta che il fatto del pagamento, non il concetto della scadenza. Del resto la separazione sarebbe irrazionale. Dato che dovesse prevalere la *scadenza*, cioè il tempo indicato nel contratto (o nella legge), sul tempo in cui il pagamento si effettua perché andare a cercare, per la determinazione del corso del cambio, un *luogo* diverso da quello indicato insieme colla scadenza? Dato un pagamento da farsi a fine giugno in Milano, se per una ragione qualsiasi esso viene effettuato a dicembre a Roma, si può capire che si debba stare al cambio che quella moneta aveva in giugno alla borsa di Milano, ma non si capisce affatto che debba aversi riguardo al cambio che essa aveva in quell'epoca alla borsa di Roma. Se si deve stare dunque al *luogo del pagamento* sembra logico che debba starsi anche al *tempo* di esso.

Insomma il nostro Codice, pur esprimendosi alquanto diversamente, non intese disporre diversamente dal codice civile tedesco che dice (244 capov.): «la valutazione si fa secondo il corso del cambio in vigore al tempo del pagamento al luogo del pagamento».

A mio credere pertanto disse giustamente la Corte d'Appello di Genova 3 luglio 1919 (Mon. 20, 597) che «il legislatore nel formulare l'art. 39 non doveva preoccuparsi dell'ipotesi d'un debitore ricalcitante ai suoi impegni, ma del caso ordinario di chi è pronto ad eseguirli al giorno fissato, ed appunto in vista di un obbligato pronto a pagare alla scadenza ha stabilito che cosa in quel giorno debba pagarsi: è manifesto quindi di per sé che qui giorno del pagamento e giorno della scadenza si identificano: ed ecco perché l'art. 39 ha parlato di scadenza».

Se la coincidenza tra i due elementi – scadenza e pagamento – manca, la questione resta aperta, perché l'art. 39 non la risolve. Tuttavia il testo dell'art. sembra indubbiamente dar buon gioco a coloro che sostengono la tesi che il cambio da riguardare debba essere quello del giorno della *scadenza* e non quello dell'effettivo pagamento.

E se le decisioni di giurisprudenza in copia maggiore stanno (come vedremo) al punto di vista opposto, ciò può anche spiegarsi per un sentimento di equità giustificato dalla inadempienza del debitore.

La tesi suddetta, del resto, che ha riguardo al giorno della scadenza, non vuol fondarsi solamente sul testo letterale dell'articolo. Il giorno della scadenza, si dice, offre un punto di riferimento stabile e già prestabilito. E del resto la somma *dovuta* è quella di quel giorno, e resta sempre quella anche quando quel giorno è trascorso. Se mi date di più o di meno, per qualunque motivo ciò accada, non mi date la somma *dovuta*.

Così *il Pacchioni* (Riv. banc. 1922 p. 130): «Oggetto di ogni debito è la *prestazione dovuta*, considerata in tutti i suoi elementi costitutivi, o come anche generalmente si dice, la prestazione dovuta *nel modo, nel luogo, nel tempo dovuto*.

Ora il tempo nel quale la prestazione è *dovuta*, secondo il contratto o la legge, è il *tempo della scadenza* o il tempo in cui l'obbligazione sorge, ma non il tempo nel quale essa venga *di fatto* adempita».

Quest'ultimo argomento è giusto, se per somma *dovuta* s'intende la moneta italiana corrispondente a quella estera promessa. Ma si ritorce se si riferisce invece a questa stessa moneta promessa. Questa, *restando identica*, ha cambiato valore in rapporto alla moneta italiana. Cosicché il debitore può dire di versare e il creditore di ricevere proprio la *somma dovuta*, quando l'uno paga e l'altro riceve in moneta italiana quel di più o quel di meno che corrisponde *oggi* alla moneta fuori corso promessa.

Difatti se il debitore sia in grado di procurarsi egli stesso la moneta promessa, comprandola, egli può sempre liberarsi pagando con questa, ma avrà speso di più o di meno di ciò che avrebbe speso pagando alla scadenza. E perché dovrebbe essere diverso, se preferisce mettere in grado il creditore di far lui lo stesso acquisto, pagandolo in moneta italiana?

Allora la questione è: parlando di prestazione *dovuta*, di *somma dovuta*, dobbiamo riferirci alla moneta estera o alla moneta italiana corrispondente? E la risposta non è dubbia; oggetto diretto dell'obbligazione è la moneta estera; la italiana non è che *in*

facultate solutionis («il pagamento può essere fatto colla moneta del paese»).

Ma io credo che la questione non comporti una soluzione obbiettiva, buona per tutti i casi. È necessario introdurre una considerazione d'ordine subbiettivo, indagando la causa e mettendola in relazione coll'effetto del *ritardo* per le due parti.

Separare il pagamento dalla scadenza non può essere in facoltà di una delle due parti. Se questa separazione accade per volontà di entrambe o per causa indipendente affatto dalla loro volontà, si può dire in sostanza che è la scadenza stessa che si protrae, e che va perciò nuovamente a coincidere col pagamento.

Ma se una delle parti opera la separazione contro la volontà dell'altra, essa dà a questa il diritto di tener ferma la scadenza; il diritto, non l'*obbligo*, cosicché essa ha la scelta di decidersi per uno dei due momenti.

Ciò risponde a giustizia e non può trovare contrasto nella legge.

Si deve pertanto procedere con distinzioni, e al criterio della *somma dovuta* anettere il temperamento che deriva dal riguardo alla condotta delle parti. La *scadenza* è un diritto di ciascuna di esse; se una di esse non la osserva, l'altra deve avere la facoltà di ritenerla inalterata, se ciò le giova, non potendo essere privata, senza suo consenso, dei vantaggi che gliene derivano. Ciò modifica caso per caso il criterio della *somma dovuta*.

Il caso più frequente in pratica sarà quello della *mora solvendi* da parte del debitore. Questi alla scadenza si rende inadempiente; costretto finalmente paga. Egli doveva dollari, ma può pagare, e paga, in lire italiane. Intanto il valore del dollaro è mutato di fronte alla lira italiana. Il cambio è calato? Egli deve dare lire valutate al cambio del giorno della scadenza, perché tale era il diritto del creditore che egli non può avere pregiudicato col fatto della inadempienza. Il cambio è cresciuto? Egli deve stare al cambio di quel giorno, poiché si è messo egli stesso nella condizione di *dovere* una somma maggiore di quella che avrebbe sborsato pagando a scadenza. (Quest'ultimo essendo il caso più frequentemente verificatosi tra noi nel presente periodo postbellico, dà ragione

della giurisprudenza formatasi appunto con grande prevalenza in questo senso).³³⁾

Se invece la causa del ritardo va attribuita al creditore, il ragionamento va invertito. Il cambio è cresciuto? Il creditore non può pretendere il pagamento fatto in lire ragguagliate al cambio attuale, facendo pagare al debitore più di ciò che avrebbe pagato a tempo debito, perché questi ha diritto di attenersi alla scadenza e considerarla come mantenuta. Il cambio è calato? Il debitore si libera pagando quelle tante lire che corrispondono al cambio attuale, accettando la nuova scadenza voluta dal creditore.

A giustificazione della soluzione adottata per il caso del debitore *moroso*, costretto a pagare secondo il *cresciuto corso* della moneta straniera, taluno vorrebbe far capo al concetto della responsabilità per *danni*. Tale giustificazione, oltreché insufficiente, perché non adatta a tutti i casi, non trova sicuro sussidio nella legge neppure nel caso a cui verrebbe applicata. Infatti l'art. 1231 cod. civ. assegna come indennizzo dei danni pel mancato pagamento di somma di danaro la corresponsione degli interessi legali; e sebbene non ci persuada troppo l'interpretazione letterale di questo articolo intesa a comprendere ogni sorta di danni in questa disposizione, pure sarebbe incivile considerare il diritto del creditore, nel caso nostro, come il diritto a un indennizzo per danni (diretti o indiretti) invece o in aggiunta agli interessi.

Il danno è un accessorio consequenziale all'inadempienza. Qui si tratta invece di stabilire come deve aver luogo l'adempimento in ritardo della obbligazione, è l'oggetto stesso della *solutio* che viene in campo. Il debitore moroso che desse in pagamento la somma in lire italiane corrispondente al cambio del giorno della scadenza, non adempirebbe l'obbligazione, e non pagherebbe ciò che deve, vale a dire ciò che il creditore ha diritto di esigere.

33) A. Genova 5 luglio 1919, *Monit. trib.* 1920, 597; Trib. Milano 7 maggio 1921, *Mon.* 21,540; A. Milano 25 febb. 1921, *Mon.* 21,540; A. Milano 22 nov. 1921, *Mon.* 22,50 (Contra Trib. Milano 14 luglio 1921, *Mon.* 21,733). Ma l'A. Milano 25 febr. 1921 dice anche espressamente che se il cambio fosse ribassato, il creditore avrebbe diritto di stare al corso del giorno della scadenza. E in questo senso giudicavano nel caso analogo l'A. Venezia 9 marzo 1916, *Riv. di Dir. Comm. e la Cass. Firenze* 17 luglio 1916, *Foro it.* 1433.

Collo stabilire il ragguglio della moneta estera in moneta italiana al momento del pagamento non si viene in sostanza a liquidare un'indennità per il differimento nella esecuzione dell'obbligazione, ma – come ha giustamente considerato la Cassazione di Firenze – a determinare l'oggetto dell'obbligazione e l'ammontare del credito in quel giorno. (Ma subito dopo la Cassazione passa a qualificare come *danno proprio e speciale* quello che risentirebbe nel caso il creditore, e che va indennizzato in aggiunta al *danno comune*, il quale dà luogo alla tassazione degli interessi legali).

In altri termini, la determinazione del *debitum* (della somma dovuta) nel caso in cui il pagamento si distanzia dalla scadenza dipende direttamente dalla causa che dà luogo al distanziamento.

Quando oggetto del contratto è una somma espressa in moneta estera e pagabile in moneta italiana, il *debitum*, la *somma dovuta*, non è mai fissa e definitiva *ab initio*, perché soggetto all'oscillazione dei cambi.

Se il ritardo può aversi come una proroga di scadenza (e tale è il caso quando esso è convenuto tra le parti o subito da entrambe), *nulla quaestio*, perché si ha nuovamente un pagamento in coincidenza colla scadenza.

Negli altri casi l'elemento determinante decisivo del *debitum* è dato caso per caso dall'essere imputabile al debitore o al creditore la responsabilità del ritardo. Colui che cagiona il ritardo ne risente le conseguenze, col non profittare delle differenze favorevoli del cambio o col sottostare alle sfavorevoli. In ogni caso quella così ottenuta è la somma da lui o a lui *dovuta*; in cui non entra il concetto di indennizzo per *danni*.

Sulla teoria del conto corrente

Gustavo Bonelli

(*Rivista di Diritto Commerciale*, 1914, p. I, pp. 825-834)

1. Un credito passando in *conto corrente*, subisce una trasformazione per cui diviene inesigibile e indisponibile; trasformazione che è il fatto caratteristico, e ormai da tutti ammesso, di questo rapporto, ma che non è stata subito interpretata nel suo esatto significato, né è tuttora spiegata da tutti allo stesso modo.

Da principio l'attenzione dei giuristi che studiavano il conto corrente si fissò sul momento della trasmissione del valore da cui si origina il credito oggetto della *rimessa*. Si confuse, cioè, la rimessa con quella trasmissione (rimessa nel significato originario), come se s'immettesse nel conto quel valore (eventualmente anche una merce nel caso di vendita) invece del credito pecuniario relativo.

E poiché il conto corrente consiste sostanzialmente in una serie di rimesse, si disse che effetto immediato del conto corrente era quello di assicurare al ricorrente, con ciascuna rimessa, la disponibilità assoluta del valore trasmesso, in altri termini, di *trapassargliene la proprietà*.

Logicamente ciò portava a figurarsi il conto corrente come una serie di contratti traslativi di proprietà, tanti per quante rimesse si vengono in esso effettuando. Se non che si dovè sentire fin da principio l'esigenza di trovare un vincolo unificativo fra questi contratti, che giustificasse il *nomen juris* dell'istituto.

L'imbarazzo è visibile nei più vecchi scrittori francesi.

Il Pardessus, infatti, dopo premesso che *conto corrente* dicesi «*le composé de tout ce que deux correspondants se doivent réciproquement*», enuncia: «*cet état de compte courant entre deux commerçants crée une sorte de contrat, qui tient à la fois du prêt et du dépôt irrégulier*»: ma poco dopo soggiunge: «*le solde d'un compte courant n'est en substance que le résumé de plusieurs prêts partiels, faits sans aucune limitation d'époque de remboursement*»³⁴.

34) PARDESSUS, *Dr. comm.* 475.

Si ha dunque uno *stato* di fatto, nel quale si svolgono diversi contratti, tra cui domina il contratto di prestito. Ma cosa sia questo stato, e perché gli convenga il nome di *contratto* (*une sorte de contrat*), non si rileva da quella esposizione. Si ondeggia fra l'idea di *più contratti* e quella *d'un contratto solo*, senza determinare in che questo consista e quando e come sorga.

Non è un contratto semplice, dicono altri, seguendo lo stesso ordine d'idee, ma *deriva da più contratti*: e si nomina il *prestito*, il *mandato*, il *deposito*, la *cessione*³⁵⁾.

In sostanza, in questo sistema il conto corrente non avrebbe che una funzione unificativa di diversi contratti che restano col loro nome, salva qualche modificazione dei loro effetti a cui manca però una sufficiente giustificazione.

2. È solo con Delamarre e Le Poitvin che s'incomincia ad affermare l'esistenza di un contratto *speciale* (sui *generis*) da cui dipendono gli effetti propri del rapporto di conto corrente³⁶⁾. Se non che questi autori scorgono tuttavia il contratto nel fatto delle rimesse, attribuite al ricevente in assoluta proprietà, e la *compensazione* finale e la *novazione* non sono per loro che *conseguenze della trasmissione di proprietà*.

Essi definiscono il *conto corrente*: «un contrat par le quel l'un des contractants remet à l'autre contractant, ou reçoit de lui de l'argent ou des valeurs non spécialement affectés à un emploi déterminé, mais *en toute propriété*, et même sans obligation d'en tenir l'équivalent à la disposition de celui qui remet, en un mot, à la seule charge par celui qui reçoit d'en créditer le remettent, sauf règlement par compensation, à due concurrence, des remises respectives sur la masse entière du crédit et du débit» (329).

In questa definizione il contratto si appunta, come si vede, sulla *rimessa*, considerata come traslativa della proprietà dei valori rimessi; gli altri effetti del contratto restano nell'ombra e subordinati a questo effetto principale e diretto.

35) NOBLET, *Compte-courant*, p. 43; DALLOZ, v.º *Compte courant*, 13, 14.

36) DELAMARRE ET LE POITVIN, *Traité*, III, 315 e segg.

Che meraviglia dopo ciò, se un giureconsulto autorevole, come l'Alauzet, s'inducesse a negare addirittura l'esistenza d'un contratto di conto corrente (*Comm. al Cod. comm.* 76 e segg.)?

Se tutto si riduce a prestiti, depositi, ecc., che posto resta al contratto di conto corrente?

E se il contratto *sui generis* è la singola rimessa; cioè la tradizione del valore al ricevente, dov'è il contratto che raccolga il complesso delle rimesse in un rapporto unico per sé stante?

Ammette anch'egli del resto, che la cosa rimessa in conto corrente passi in piena proprietà, ma come *esecuzione d'un contratto di prestito o altro qualsiasi*, non per virtù di questo preteso nuovo contratto.

Indubbiamente Alauzet versava in grave errore quando pretendeva sostenere che il conto corrente non facesse che *constatare* l'invio di rimesse non saldate e i crediti rispettivi delle parti da compensarsi alla chiusura del conto. Ma non si può negare che, di fronte alle nozioni fin allora formulate del conto corrente, egli era giustificato a domandare dove fosse il contratto, una volta che gli effetti di esso si riportavano unicamente al trapasso di proprietà effettuato colle rimesse, mentre egli dimostrava (e giustamente) che questo trapasso era effetto delle operazioni corse tra le parti e non della annotazione loro nel conto.

Alauzet negava che coll'immissione nel conto avvenisse *novazione* dell'obbligazione, e ne deduceva che i crediti immessi rimanessero suscettibili di compensazione e soggetti alle regole ordinarie d'imputazione, a meno che, tuttavia, in forza di *convention très expresse* il debitore avesse rinunciato a un tale diritto. Ma convenzioni siffatte egli riteneva non essere punto *essenziali al conto corrente*; epperò non ne parla che di sfuggita.

3. Sostanzialmente identica a quella di Delamarre e Le Poitvin è la teoria del Feitu, che ne adotta letteralmente la definizione³⁷⁾. E anche per lui «le compte courant lui-même est titre translatif de propriété»³⁸⁾.

37) FEITU, *Traité du compte courant*, n. 59.

38) FEITU, loc. cit., n. 103.

Però nel suo trattato, che si può dire abbia servito di modello a tutta la successiva letteratura francese e italiana sul tema fino agli ultimi tempi, il trapasso della proprietà non è dato (che) come uno degli effetti del contratto di conto corrente. A lato di esso, e come effetti diretti e distinti del contratto stesso, egli pone la *novazione* delle obbligazioni e la *confusione di tutti gli articoli in un insieme indivisibile*³⁹⁾.

Da allora pertanto non si dubita più, nella dottrina e nella giurisprudenza, salvo le riserve di qualche recente scrittore tedesco, di un *contratto di conto corrente* che ha tra i suoi effetti diretti la trasformazione dei crediti immessivi e la sottrazione loro alle regole non solo della esigibilità, ma della compensazione e della imputazione per tutta la durata del conto.

Nondimeno questa nota essenziale del contratto continua a non farsi emergere dalla definizione datane dagli scrittori, che persistono ancora nel presentare come momento costitutivo del contratto quello della *rimessa* e come effetto immediato la *trasmissione della proprietà dei valori*.

Anzi il Vidari ne fa addirittura lo *scopo* del contratto, e propone la seguente definizione che ebbe un certo seguito in Italia: «quel contratto pel quale due persone *si rimettono reciprocamente dei valori, allo scopo di trasmettersene la proprietà e la libera disponibilità*, di accreditarsene e di addebitarsene l'importo, e di estinguere le relative obbligazioni, sino a concorrenza, per via di compensazione, alla chiusura del conto»⁴⁰⁾. Effetti del contratto: la trasmissione della proprietà dei valori: l'accreditamento e addebitamento relativo; la novazione, cioè la *sostituzione d'una nuova causa contrattuale* alla precedente; la decorrenza degli interessi; la compensazione reciproca alla chiusura del conto.

4. La prima definizione in cui il contratto di conto corrente ci si presenta distinto dall'atto della rimessa risale al Massé. Egli rettifica nel modo seguente la definizione di Delamarre e Le Poitvin: «un contratto per cui *si conviene* che i prestiti reciproci che potranno farsi sotto forma d'anticipazioni o di rimesse due commercianti, che

39) *Ivi* n. 100.

40) *Corso di dir. comm.*, V, 4229 (4^a)

sono in rapporto d'affari o di corrispondenza, non costituiranno tra loro i rapporti da debitore a creditore che al momento della chiusura del conto ... vale a dire che finché il conto corre non vi saranno debiti reciproci, ma soltanto accreditamenti e addebitamenti (*crédit et débit*), dare e avere, e rapporti di accreditato ad addebitato»⁴¹).

Questa definizione ha il difetto di qualificare come *prestiti* le rimesse. Ma essa è sotto ogni aspetto preferibile a quella dei due scrittori sopra riportata, sia nel marcare il carattere di *convenzione* distinta dall'effettuazione delle rimesse, anteriore al rapporto di conto corrente, sia nell'eliminare l'equivoco concetto della *trasmissione di proprietà*, e nel non parlare nemmeno di *compensazione* finale, sebbene nello sviluppo egli non rigetti né l'uno né l'altro di questi due concetti.

Ma è col Boistel che la nozione del conto corrente si purifica da tutti gli elementi estranei che la viziavano, e si presenta in forma veramente scientifica, ponendo in mostra ciò che è propriamente caratteristico di questo contratto.

Egli definisce (ed alla sua definizione s'ispirano più o meno tutti gli scrittori successivi) il *conto corrente*: «une convention par laquelle deux parties stipulent que les créances qui pourraient naître de leurs relations d'affaires, quand elles entreront dans le compte, *perdront leur individualité propre*, pour devenir de simples *articles du crédit et du débit*, de façon que le solde ou elles se confondront sera seul exigible aux époques convenues»⁴²).

Con ciò viene indicato perfettamente il carattere della trasformazione che subisce il credito entrando nel conto, e che consiste nella *perdita della sua individualità*, evitando nello stesso tempo i termini di *novazione* e di *compensazione*, che presi nel loro normale significato giuridico male si adattano a significare gli effetti del contratto in discorso.

Crediti e debiti immessi nel conto cessano di esistere come tali per divenire semplici *poste* del conto stesso.

41) MASSÉ, *Dr. comm.*, IV, n. 2274.

42) BOISTEL, *Cours de dr. comm.*, 880.

Questa *fusione* delle rimesse in un *blocco unico* per tutta la durata del conto è il tratto caratteristico anche della definizione del Thaller⁴³⁾. E questo era anche il concetto fondamentale della costruzione immaginata dal Dufour nel suo *Saggio d'una teoria giuridica del conto corrente* (1868)⁴⁴⁾, ma egli giocava poi di fantasia, facendo del conto corrente addirittura un *ente giuridico* (*un être de raison*). In verità si ha qui un insieme di elementi patrimoniali separati dalle parti contraenti e messi in riserva (anche con effetto di fronte ai terzi) per un fine comune, ma non c'è nessuna utilità e nessuna ragione di farne un subbietto giuridico, come fosse un patrimonio autonomo, mentre non ha da operare in nessun modo, né da entrare in rapporti giuridici con altri patrimoni, anzi perde, durante quel periodo, ogni significato giuridico.

Merito del Boistel è di avere per il primo eliminato dalla nozione del conto corrente il concetto della *trasmissione della proprietà delle rimesse*, sia come effetto sia come condizione o presupposto del contratto, e di aver combattuto questo vieto preconetto radicatosi nella dottrina francese fin dalle origini, e tuttavia tenuto fermo da qualche autorevole scrittore anche dopo di lui. Come è tenuto fermo nel nostro codice all'art. 345, e quindi accolto anche dalla comune dei nostri scrittori.

Altro merito del Boistel è di aver fatto della *novazione* una semplice conseguenza dell' *indivisibilità*, per cui i crediti perdono la loro esistenza propria coll'entrata nel conto (n. 885), invece di vedere in quella e in questa due effetti distinti e senza nesso fra loro, come nella dottrina precedente.

Restava però a fare un passo ulteriore, e sbarazzarsi anche della *novazione*, gli effetti di questa essendo tutti già dati, una volta ammessa la fusione dei crediti nel conto, colla perdita della loro individualità.

43) Secondo THALLER (*Traité élém.*, 1657), si ha *conto corrente* quando deux correspondants conviennent de *faire masse* de toutes celles de leurs opérations qui porteront sur des valeurs ou sur de l'argent (sauf les opérations qu'ils en exceptent ou en excepteront), de *les rendre commexes* et de *les bloquer dans un tout* qui se soldera à une époque déterminée.

44) V. *Rec. de l'Acad. de legislat. de Toulouse*, IX, p. 185 e seg.

5. Un punto debole della teorica francese è quello di non aver messo in rilievo la *necessaria reciprocità* della posizione dei due correntisti.

Pur distinguendo il conto corrente dalla apertura di credito e dal deposito bancario, quegli scrittori sono d'accordo nell'ammettere la possibilità di combinare insieme uno di questi contratti col conto corrente. E precisamente essi ravvisano apertura di credito combinata con vero e proprio conto corrente tutte le volte che l'accreditato versando una qualche somma all'accreditante si trova tuttora egualmente in grado di usare del credito, di esigere cioè l'intera somma per la quale è accreditato, durante il termine pattuito.

Oppure vedono un conto corrente nel servizio di cassa che fa un banchiere al suo cliente di cui tiene fondi in deposito.

Ora questa teorica è inesatta.

Né i versamenti che può fare l'accreditato senza esaurire il credito, né il servizio di cassa che può fare il banchiere depositario, anche se corrisponde un interesse, alterano la natura del rispettivo contratto che resterà *apertura di credito o deposito bancario*, e non diverrà mai vero e proprio *conto corrente*.

Quivi il credito di una parte non perde la sua natura, si aumenta di quantità e si compensa col debito dall'altra parte; o se anche se ne pattuisse tra le parti la inesigibilità, resterebbe pur sempre un credito disponibile e pignorabile. Manca insomma alle diverse partite del conto quel carattere d'indivisibilità e quell'effetto di fusione, che è la vera caratteristica del conto corrente.

Anche il concetto d'un *limite massimo* d'accreditamento è estraneo al conto corrente, appunto perché è caratteristico della apertura di credito. Nel conto corrente la *reciprocità degli accreditamenti* rende un tale limite inutile e illusorio, quando non trasforma il contratto in una vera apertura di credito.

S'intende poi che la *reciprocità* è richiesta come elemento del contratto; il non essersi poi tra le parti effettivamente verificata non vale a denaturare il contratto stesso.

6. Nella dottrina *tedesca* il conto corrente è definito siccome un contratto diretto a una *reciproca concessione di credito*⁴⁵⁾.

Questa formula ha trovato favorevole accoglimento presso i nostri più recenti scrittori⁴⁶⁾.

E non può negarsi che essa intenda a mettere in evidenza un concetto essenziale a questo contratto, quale è quello che ciascuno dei contraenti dispensa l'altro dal rimborso immediato della rimessa, e con ciò *ripone fiducia*, cioè *fa credito* all'altro. Donde la classificazione di questo contratto fra i *Kreditgeschäfte*⁴⁷⁾. Del resto anche nelle ultime definizioni degli scrittori francesi vedemmo accennarsi esplicitamente alla trasformazione *des créances et des dettes* in *crédit et débit*, che risponde appunto a questo concetto.

Se non che, a parte la equivocità dell'espressione, che fa pensare, per la sua assonanza, al ben diverso rapporto di *apertura di credito*, col quale tende perciò a confonderlo, non crediamo che una siffatta definizione renda, di per sé, tutta l'essenza del contratto di conto corrente.

Non soltanto il credito immesso nel conto corrente viene reso inesigibile per tutta la durata del rapporto; con che si verifica per esso quella *dilazione* che giustifica il concetto del *credito* nel senso suaccennato di *accreditamento*, ma esso viene addirittura denaturato, reso indisponibile, non più oggetto possibile di rapporti giuridici qualsiasi, elemento inerte inseparabile d'una massa in cui sta come immerso.

Ora questo effetto del contratto di conto corrente, che sostanzialmente non viene negato neppure in Germania, e che in Francia e in Italia viene per lo più riportato sotto la duplice figura della *novazione* e della *indivisibilità*, non si spiegherebbe punto col solo fatto della dilazione al pagamento dei crediti.

45) «Ein Vertrag gerichtet auf gegenseitige Kreditgewährung». Così nel trattato classico sul *Conto corrente* dell'olandese LEVY tradotto dal RIESSER § 22 nota *a*. E così, si può dire, tutti gli scrittori tedeschi, almeno fino agli ultimi tempi.

46) Fra gli altri L. TARTUFARI in *Temi Ven.*, 89, 309 e VIVANTE, *Trattato*, 1720. Cfr. Cass. Torino 25 aprile 1881, *Monitore*, 564; App. Genova 29 novembre 1898, *Foro it.*, 99, 163.

47) *Contra* VIDARI, op. cit., n. 4242 (stante il significato di prestazioni e controprestazioni ch'egli dà alle reciproche rimesse): REZZARA nota nella *Riv. di dir. comm.*, 1906, II, 244.

La formula tedesca ha poi il vizio di riferirsi al *rapporto* di conto corrente piuttosto che al *contratto*; alle *rimesse* piuttosto che alla *convenzione* che le precede; con questa infatti *si promette* di farsi credito per operazioni future, ma non si concede attualmente nessun credito.

7. Quella giusta è, pertanto, la definizione proposta dal Boistel, che meglio delle altre ci sembra mettere in evidenza il carattere distintivo speciale di questo contratto, affatto *sui generis*.

La formula tedesca avrebbe dovuto portare logicamente alla conseguenza di disconoscere la radicale trasformazione che subisce il credito coll'ingresso nel conto corrente. Tale trasformazione non si riscontra in fatti nell'*apertura di credito*, né la *dilazione* concessa al pagamento del debito la produce.

Tuttavia nel primo stadio della dottrina tedesca questa trasformazione fu ammessa nella maniera stessa della scuola francese, solo negando che essa costituisse una *novazione*⁴⁸⁾. Ma in un secondo stadio si fa strada la tendenza ad escludere che colla immissione nel conto il credito perda la sua natura di credito: questo, secondo la dottrina prevalsa in Germania, rimane quale era; pur non potendosi più esigere né farsi valere in alcun modo. Costruzione questa erronea e pericolosa: erronea, perché non risponde alla realtà di fatto, cioè agli effetti caratteristici dell'istituto; pericolosa, perché conduce qualche scrittore a rinnegare appunto questi effetti, riducendo così sostanzialmente il nostro contratto a un *conto di gestione*.

In Francia, dopo superate le resistenze di alcuni vecchi scrittori, e colla sistemazione data all'istituto dal Feitu, la *novazione* è schierata, dopo la *trasmissione della proprietà* e insieme colla *indivisibilità*, fra gli *effetti essenziali* del contratto di conto corrente⁴⁹⁾.

48) Si negava (e giustamente) la *novazione* nel duplice senso, che resta invariata la natura della operazione (contratto o negozio giuridico) da cui deriva il credito immesso, e che coll'immissione non nasce un *nuovo* credito: LEVY-RIESSER, op. cit., § 28; GOLDSCHMIDT, *Syst.*, p. 165 e seg. Ma questi scrittori tengono però fermo, al pari dei francesi, che durante il conto non esistono né crediti né debiti.

49) FEITU, op. cit. 100; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité*, 805; THALLER, op. cit. 1664. Ma non si disconosce che si tratta d'una novazione tutta speciale.

In Boistel la *novazione* è data già come una conseguenza della *indivisibilità*, ma pur sempre tenuta distinta da questa⁵⁰⁾.

Questa distinzione non ha ragione di essere, e in ciò che gli autori francesi qualificano come *novazione* non si comprende che qualcuna delle conseguenze che scaturiscono dalla *perdita di individualità (indivisibilità)* che subisce il credito. Questa importa infatti una trasformazione così radicale del rapporto di obbligazione, che il concetto della novazione ne resta superato ed assorbito.

I nostri scrittori (forzati anche dalla lettera del codice) ammettono tutti la *novazione* come effetto del contratto, anche quelli che definiscono il contratto stesso dietro le orme dei tedeschi⁵¹⁾.

Ad escludere la figura della *novazione* intesa nel suo senso proprio e tradizionale, di sostituzione di una obbligazione a un'altra, dovrebbe bastare l'aver negato il significato di *credito* alle partite del conto. Manca infatti allora un nuovo debito che si sostituisca all'antico.

8. La definizione del contratto di conto corrente sarebbe, secondo noi, incompleta se si limitasse ad accennare il fatto della indivisibilità o fusione delle partite in un tutto indivisibile, sia pure sotto l'impropria espressione di *novazione*, senza accennare in pari tempo al risultato finale cui tende una siffatta operazione per volontà stessa delle parti, senza accennare, cioè, al concetto del *saldo*.

Le parti non intendono punto abbandonare i loro crediti, mettendoli a fondere nel *crogiolo* del conto corrente. Questo stato di cose non può esser che transitorio. Deve venire il momento in cui si tirano i conti, e una delle parti normalmente (salvo il caso di un pareggiamento di partite) trova la colonna del suo attivo (corrispondente alla colonna del passivo dell'altra parte) in eccedenza su quella del suo passivo (corrispondente all'attivo dell'altro). La liquidazione del conto che farà emergere un credito di una delle due parti verso l'altra è la fine naturale prevista da queste al loro rapporto. Anzi, questa liquidazione è interesse delle

50) BOISTEL, op. cit. 885.

51) I commentatori, come CALUCI e PAGANI fedeli alla lettera del codice, parlano di *novazione* soltanto; il fenomeno dell'*indivisibilità* vi resta compreso. Parlano di *novazione* e di *indivisibilità* (o *fusione in un tutto indivisibile*) distintamente: SUPINO, *Conto corrente* est. dall'*Arch. giur.* (42 e seg.); FRANCHI, *Manuale*, 247.

parti che sia fatta periodicamente; pur continuando l'accordo fra loro di farsi delle rimesse in conto corrente, presentandosi allora come possibile rimessa nel nuovo conto il saldo del conto liquidato.

Dire che il *saldo* sia il risultato di un processo di *compensazione* è, secondo noi, così poco esatto come il chiamare *novazione* la trasformazione dei crediti in poste del conto in cui sono immessi. Appunto perché questi coll'immissione cessano d'esser crediti, è improprio così parlare di *novazione* come di *compensazione*, che sono figure entrambe inadatte per un rapporto affatto *sui generis*, come questo senza riscontro nei rapporti contrattuali trasmessici dal diritto romano. La compensazione presuppone due crediti. Qui dove i crediti sono supplantati dalle poste, è il risultato d'una operazione aritmetica fra queste poste che costituisce il *saldo*, non già il residuo d'una compensazione fra due crediti.

La natura di credito che ricompare nel *saldo* ha la sua causa nel *contratto di conto corrente*, poiché appunto a questo le parti si sono reciprocamente impegnate; a starsene al risultato finale e a considerare, cioè, quella di loro a cui favore risulterà la differenza fra le due partite del dare dell'avere come *creditrice* dell'altra per l'importo corrispondente.

9. Si questiona tra gli scrittori se il contratto di conto corrente debba classificarsi come *reale* o come *consensuale*.

Sono parecchi gli scrittori che enunciano esplicitamente che esso è un contratto *reale*. Ma se, finché non si separa nettamente la convenzione dal fatto delle rimesse, e come effetto diretto del contratto si dà la trasmissione della proprietà dei valori rimessi, si è portati logicamente a riconoscere al contratto stesso natura simile a quella del prestito⁵²⁾, bisogna dire che una volta riconosciuta l'esistenza di una convenzione anteriore a qualsiasi rimessa, questa assimilazione non regge, e il nostro contratto si riporta, se mai, ad una *promessa di prestito, pactum de mutuo dando*⁵³⁾.

52) V. FEITU, 64.

53) Cosicché, fuori che per quei primissimi scrittori che negavano l'esistenza d'un *contratto speciale di conto corrente*, questa qualificazione di contratto *reale* non rappresenta che un equivoco di classificazione. Infatti in DELAMARRE e LE POITVIN si trova così distinto il *contratto dal rapporto di conto corrente*: «la *convention de compte courant* ne constitue pas le *compte courant*, pas plus que la *convention de prêter* ne constitue le *prêt*» (322).

E con ciò siamo subito fuori del contratto *reale*. *Reale* è il contratto quando l'obbligazione sorge ed ha causa dalla *datio* della cosa che ne è l'oggetto. Ora la *rimessa* nel conto non ha *per se stessa*, nessun effetto, o meglio, non ha che l'effetto proprio del negozio da cui è prodotta; occorre una convenzione speciale (espressa o tacita) che sia diretta a farle produrre per l'appunto gli effetti propri del conto corrente e questa convenzione è distinta e (almeno logicamente) anteriore alle rimesse⁵⁴.

Ma se non è un contratto *reale*, il contratto di conto corrente non può nemmeno dirsi contratto *consensuale*, come sembra alla dottrina dominante⁵⁵.

Consensuale è il contratto quando dal solo consenso direttamente ed esclusivamente sono prodotti gli effetti che ad esso contratto sono propri. Consensuale è la vendita, perché la trasmissione delle proprietà della cosa venduta e l'obbligo di consegnarla e di pagare il prezzo nascono per solo fatto del consenso delle parti. Consensuale è la locazione perché dal contratto nascono immediatamente l'obbligazione di consegnare la cosa locata e quello di pagarne il corrispettivo. Consensuale è la società, perché ogni socio è subito debitore verso la società di tutto ciò che ha promesso di conferire. Ma nessuna obbligazione nasce dal contratto di conto corrente finché il rapporto cui mira non ha effettiva attuazione⁵⁶, poiché nessuno dei due contraenti ha obbligo di far rimesse all'altro e se rimesse non avvengono il contratto resta lettera morta.

54) La qualifica di *contratto reale* si vuole giustificare dicendo che finché non accade una rimessa non può parlarsi di conto corrente né di accreditamento; e dalla sola convenzione nessuna obbligazione nasce fra le parti. Ciò è vero; ma è proprio ciò che occorre per dimostrare che questa non è un *contratto reale* e che per trovare dei contratti reali bisogna fermarsi alle singole rimesse (e non sempre accade di trovarle tali).

55) Cfr. BOISTEL, 881 *A e B*; LYON-CAEN et RENAULT, 797; VIVANTE, op. cit., 1720.

56) Alcuni, come BOISTEL, loc. cit., parlano di contratto *condizionato*, in cui cioè l'obbligazione, invece di esser pura e semplice, è subordinata alla *condizione* che abbiano luogo rimesse tra le parti (e qui si ha cura di dimostrare che non si tratta di condizione *meramente potestativa*, che annullerebbe l'obbligazione). - Ciò è inesatto: l'obbligazione del correntista non è affatto subordinata a *condizione*; la rimessa è il *presupposto necessario* per la realizzazione dell'obbligazione; necessario non per volontà delle parti (com'è la condizione), ma per la nozione stessa dell'obbligazione in cui è compreso, perché l'obbligazione consiste appunto nell'ammettere la trasformazione della rimessa (credito immesso nel conto) in una semplice posta; dunque presuppone la rimessa: *condicio quae tacite inest*, e che, se anche *habet figuram, non habet vim condicionis* (cfr. WINDSCHEID, *Pand.* § 87 in f. e note 7-8).

Meno lontana, ma pure inesatta, è la qualifica di contratto *preliminare*, quale sarebbe la *promessa di prestito*, o *l'apertura di credito*; poiché contratto preliminare è quello che ha per oggetto un futuro contratto obbligatorio⁵⁷⁾; mentre non esiste un contratto successivo che si ponga come esecuzione o adempimento del contratto di conto corrente.

Questo contratto rientra perciò, secondo noi, nel novero di quelli che il Coviello chiama *normali* o *modali* (io direi *normativi*)⁵⁸⁾, e cioè che, *senza avere un contenuto attuale, intendono a regolare le modalità di futuri rapporti, se e quando avranno luogo*⁵⁹⁾. Esso potrebbe chiamarsi un *pactum de novando*⁶⁰⁾, se questa espressione non suscitasse l'idea della necessità d'un successivo *contratto* novatorio, e se la trasformazione che avviene del credito coll'ammissione nel conto potesse definirsi come una vera *novazione*⁶¹⁾. Ma insomma in forza di esso le parti si obbligano fino da ora a ritenere come trasformate in semplici partite contabili, con tutti gli effetti propri del conto corrente, tutti i crediti e i debiti che immetteranno nel conto.

Anche se il contratto non sia stipulato espressamente, ma si desuma *per facta concludentia* (contratto tacito), la soluzione non cambia. Sempre sta che il consenso è presupposto come *logicamente anteriore* al fatto delle rimesse operate in quei dati modi.

57) L. COVIELLO, *Contr. preliminari*, p. 11.

58) Il BECHMANN (*Kauf* II, § 195 e 220) li qualifica *Geschäfteverbindungen*.

59) COVIELLO, op. cit., n. 10. Egli tuttavia, più oltre (p. 191) ritiene di poter considerare il conto corrente, almeno per un certo rispetto, come *contratto preliminare*, pareggiandolo all'*apertura di credito*. Ma è questa equiparazione che non regge.

60) Troppo poco è dire *pactum de non petendo*, come fa il PFITZER (*Antiseuffert*, p. 412), perché il suo effetto non si ferma alla *dilazione* dei pagamenti.

61) Per le stesse ragioni troverei inesatto il *pactum de compensando* proposto da altri (LA LUMIA, *Dep. banc.* 61).

Note biografiche

Olina Capolino

Note biografiche

Olina Capolino

«Alto, magro, grigio, un po' rigido davanti all'ampio scrittoio. Lunghe file di libri dietro le sue spalle. Libri anche sul tavolo, in ordine. Mi par di rivederlo e di riprovare ora la viva impressione del contrasto tra quel suo parlar rado e sottovoce, quasi a malincuore, e la ricchezza del pensiero profusa nelle sue opere»: così prende avvio il ricordo di Francesco Carnelutti sulla *Rivista di diritto processuale civile* in occasione della morte di Gustavo Bonelli¹⁾, che della Rivista era stato illustre collaboratore.

L'avvocato Bonelli era nato a Roma il 4 settembre 1853 da una famiglia di magistrati²⁾, e aveva studiato giurisprudenza all'Università di Perugia, dove si era laureato nel 1875 con una tesi che venne pubblicata a spese della Facoltà³⁾. Negli anni successivi alla laurea aveva coltivato molteplici interessi, come dimostrano i suoi scritti dell'epoca, che spaziano dalla filosofia del diritto alla sociologia e alla biologia, e aveva avviato una collaborazione con alcune riviste (*La Corte suprema di Roma* e la *Rivista di filosofia scientifica*).

Fu assunto dalla Banca Nazionale nel Regno d'Italia il 13 aprile 1887 con il grado di «Aiutante capo ufficio in esperimento»⁴⁾. Venne promosso «Capo ufficio» nel 1895, quando ormai alla Banca Nazionale nel Regno era succeduta la Banca d'Italia, per effetto della fusione della prima con la Banca Nazionale Toscana e con la Banca Toscana di Credito, prevista dalla legge n. 449 del 10 agosto 1893. La sua promozione a «Sotto Capo Servizio» risale al 1902; nel 1908 divenne titolare della struttura e il 28 ottobre 1918 venne

1) F. CARNELUTTI, *Gustavo Bonelli*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1926, I, p. 177 e s.

2) G. TERRANOVA, *Bonelli, Gustavo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna 2013, p. 289.

3) Cfr. la lettera a L. Bolaffio dell'8 agosto 1911, in *Dir. fall.*, 1928 (numero monografico dedicato a Gustavo Bonelli), p. 4: «*la tesi di laurea sul Fondamento storico e giuridico dell'autorizzazione maritale (...) mi fruttò il privilegio (allora eccezionalissimo) della dispensa dall'esame, e (...) fu stampata a spese della Facoltà*».

4) Notizia tratta da G. RUTA, *La banca e la toga: Gustavo Bonelli*, in *Rivista del Personale della Banca d'Italia*, gennaio 1963, p. 3. Guido Ruta è stato anch'egli Avvocato generale della Banca d'Italia.

infine nominato «Avvocato Generale», ruolo che conservò fino alla morte, avvenuta «*dopo breve e fiera malattia*»⁵⁾ il 9 aprile 1926.

All'epoca dell'ingresso di Bonelli nella compagine del personale della Banca, i compiti dell'ufficio legale interno (Ufficio del Contenzioso) erano correlati all'attività di un ente che era, oltre che istituto di emissione, banca commerciale⁶⁾: l'Ufficio esaminava i contratti e le transazioni, trattava le rare cause (principalmente relative al recupero crediti, a immobili di proprietà, ai rapporti d'impiego) e forniva pareri legali ai Servizi della Banca; fino al 1896 curava anche le pratiche in sofferenza, attività che fu dall'anno successivo trasferita all'Ufficio delle Immobilizzazioni, mentre l'Ufficio del Contenzioso mutò il suo nome in Consulenza legale⁷⁾. Nel 1909 passarono alla Consulenza legale le competenze e il personale del soppresso Ufficio legale del Credito fondiario e le questioni giuridiche relative agli azionisti. Nel 1911 Bonaldo Stringher, allora Direttore generale della Banca d'Italia, conferì all'Ufficio di Consulenza legale l'incarico di analizzare le leggi e i regi decreti di nuova emanazione, riferendo su quelli di interesse per la Banca⁸⁾.

Oltre a dedicarsi alla gestione degli affari legali della Banca d'Italia e alla cospicua attività scientifica, Bonelli partecipò anche all'elaborazione di fondamentali testi normativi: prese parte ai lavori per la redazione della prima legge bancaria italiana, presumibilmente a partire dal progetto preliminare del 1923, richiamato nelle sue

5) Verbale del Consiglio Superiore della Banca d'Italia n. 488, riunione del 26 aprile 1926.

6) L'attività legale, prevalentemente orientata alla soluzione delle questioni connesse con le operazioni bancarie, spiega l'interesse di Bonelli per talune discipline privatistiche, che in altre parti di questo volume è giustamente messa in luce: cfr. i contributi di P. CIOCCA e M. PERASSI.

7) Archivio storico della Banca d'Italia (V. GIAQUINTO, E. MARTANO, *Relazione* al Fondo n. 10, Consulenza legale). Sulla denominazione dell'Ufficio, cfr. la Comunicazione interna del 29 giugno 1901: «*il compito di quest'Ufficio, impropriamente chiamato di 'Consulenza legale', perché questo appellativo non comprende che una parte delle sue attribuzioni, si compone di varie materie che possono raggrupparsi in due rami principali: 1) trattazione delle cause; 2) consulenza*». Come Avvocato Generale, Bonelli aveva il coordinamento anche degli Uffici Liquidazioni, Tasse, Azionisti.

8) Lettera del Direttore generale del 18 maggio 1911, Archivi della Banca d'Italia.

osservazioni sul testo del 1926⁹⁾, fu membro della Commissione reale per la riforma del codice di commercio, partecipò ai lavori preparatori delle convenzioni internazionali sui titoli di credito; per conto della sottocommissione nominata dal ministro Mortara e presieduta da Angelo Sraffa, elaborò un progetto di legge sul fallimento che ispirerà la legge del 1942¹⁰⁾.

Poco è possibile aggiungere sulla vita di Gustavo Bonelli al di fuori della sua attività professionale e scientifica. Certamente, la ricordata descrizione di Carnelutti coincide con le rare fotografie conosciute¹¹⁾, e rende l'immagine di un uomo austero, che poco spazio concede alla vita privata. Leggendo le note di qualifica annuali della Banca d'Italia, relative ad alcuni anni della carriera di Bonelli come avvocato della Consulenza legale, se ne traggono ulteriori conferme: le note descrivono un uomo eternamente «*celibe*», di condotta «*ottima*» e «*inappuntabile*» negli uffici e fuori, di «*indole mite*» o addirittura «*mitissima*», o comunque «*tranquilla*»; alla descrizione di queste caratteristiche si accompagna, non inaspettatamente, un giudizio sempre molto positivo sull'eccellente preparazione e cultura («*assai dotto – noto scrittore – conosce anche lingue straniere*»)¹²⁾.

Si racconta che non amasse prendere la parola, in udienza o in riunione, e che preferisse affidare le sue persuasive argomentazioni unicamente ai suoi (efficacissimi) scritti¹³⁾. La ritrosia e la mitezza del carattere di Bonelli emergono, del resto, da un aneddoto secondo cui Bonaldo Stringher rimase assai sorpreso quando, in occasione di un incontro, Vittorio Scialoja gli chiese di portare i suoi saluti all'avvocato Bonelli¹⁴⁾: evidentemente non immaginava che il timido legale sempre rinchiuso tra libri e fascicoli nel suo

9) Archivio storico della Banca d'Italia, Carte Stringher, n. 28, fasc. 3; il testo delle osservazioni è pubblicato anche in G. GUARINO, G. TONIOLO (a cura di), *La Banca d'Italia e il sistema bancario, 1919-1936*, Bari 1993, p. 110 e s.

10) G. TERRANOVA, *op. loc. cit.*

11) Pubblicate nell'articolo di G. RUTA, *cit.*

12) Archivi della Banca d'Italia, *Informazioni sul Personale*, anni dal 1900 al 1907, redatte dal Capo Servizio Marco Baggini.

13) G. RUTA, *op. cit.*, p. 7.

14) G. RUTA, *op. cit.*, p. 3.

ufficio fosse apprezzato e stimato all'esterno della Banca dai più autorevoli e noti accademici.

Gustavo Bonelli non volle mai interrompere il rapporto di impiego con la Banca d'Italia né quando Vittorio Scialoja gli prospettò l'insegnamento universitario, né quando Lodovico Mortara gli propose l'ingresso nella magistratura¹⁵⁾. Sembra invece che abbia accettato la proposta di Leone Bolaffio di diventare libero docente all'Università di Bologna, fra mille dubbi, però, che riguardavano, sembrerebbe, anche la compatibilità dell'incarico con il rapporto d'impiego¹⁶⁾.

Alla sua morte, il presidente del Consiglio superiore della Banca d'Italia ricordò che *«Egli era orgoglioso di appartenere alla Banca d'Italia e la amò di un amore quasi filiale facendone il suo culto e la sua religione. Visse per essa in costante operosità piena di fede e della intima soddisfazione di adempiere il suo dovere con una modestia esagerata e menando vita semplice, solitaria, ma fervida e feconda. Semplicità austera della vita che infondeva in altrui il senso della rettitudine e della bontà, l'abito della frugalità e della modestia, l'azione al lavoro. Era sostenuto da una grande serenità d'animo, da una fierezza pacata che lo rese schivo degli onori ed inaccessibile agli allettamenti della notorietà»*¹⁷⁾: parole che, sia pur con un linguaggio piuttosto lontano dallo stile nitido e asciutto dello stesso Bonelli, mettono in luce efficacemente i tratti principali del carattere dello scomparso, e il tenace legame che lo univa all'Istituto presso il quale prestava servizio. Dello stesso tenore è il ricordo di Gustavo Bonelli nella Relazione annuale della Banca d'Italia: *«schivo di onori e di lodi, nella semplicità della sua indole modesta, sembrava quasi nascondersi all'ombra di questo Istituto, mentre nelle Università e nel Foro si ricorreva all'autorità dei suoi scritti eminenti e celebrati»*.

15) Cfr. il ricordo di Bonelli in *Riv. dir. comm.*, 1926, I, p. 232.

16) Cfr. la lettera a Leone Bolaffio del 30 luglio 1911, in *Dir. fall.*, 1928, cit., p. 2: *«Alla mia età (coi sessanta che si avvicinano! Mi dici a che scopo dovrei agognare a questo illustre titolo di professore senza cattedra, e del quale è perfino subbio se potrei usare correttamente? E pel gusto di attaccare un prof. avanti al mio nome, val la pena, in ogni caso, di affrontare interpretazioni d'articoli di legge e giudizi di Commissioni, che potrebbero anche riuscir contrari?»*.

17) Consiglio Superiore della Banca d'Italia, riunione del 26 aprile 1926, verbale n. 488 cit.

La decisione di Gustavo Bonelli di prevedere, nel proprio testamento olografo, il lascito di una parte significativa dei suoi numerosissimi libri alla Biblioteca giuridica della Consulenza legale¹⁸⁾ testimonia ulteriormente l'attaccamento che egli sentiva per la Banca, e in qualche modo lo perpetua, considerato che i libri del «Fondo Bonelli» ancora oggi arricchiscono quella biblioteca.

Ma faremmo torto alla memoria di Gustavo Bonelli se ci limitassimo a ricordare la sua austerità, la sua mitezza, il suo attaccamento al lavoro. A ben vedere gli stessi scritti del Bonelli e i pochi documenti reperibili che lo riguardano ci offrono anche testimonianza di una persona di grande arguzia e vivacità intellettuale che, consapevole del valore delle proprie idee, non aveva timore ad affermarle con rara efficacia e, quando necessario, con notevole vigore. Così non aveva avuto remore, ancora studente, a contrastare pubblicamente le opinioni del preside e della maggioranza dei professori della sua facoltà con quello che egli stesso definì «*un primo scritto d'indole polemica, anzi battagliera (fin dappprincipio emergeva, in contraddizione col mio carattere mite e timido, la passione per la lotta... incruenta)*»¹⁹⁾.

Né bisogna credere che la vita di Gustavo Bonelli fosse poi così solitaria come alcune descrizioni suggerirebbero: apprendiamo dal suo testamento che egli aveva una sorella e due fratelli, e conviveva da tempo con la famiglia di uno di questi ultimi²⁰⁾, i cui tre figli erano probabilmente (per quanto è possibile desumere dalle disposizioni testamentarie) in ottimi rapporti con lo zio. Aveva poi una grande passione per la musica, e nei concerti o all'opera preferiva, sembra, il loggione alla platea²¹⁾. Il suo interesse per la musica è confermato

18) «*Della mia biblioteca lascio i libri, opuscoli, riviste ecc. di materia giuridica alla biblioteca dell'Ufficio legale della Banca d'Italia dove in parte si trovano, fatta eccezione: 1) di tutti quelli che sarebbero duplicato coi libri, riviste ecc. propri della biblioteca della Banca; 2) dei grossi volumi latini legati in cartapeccora, ereditati da mio padre; 3) dei libri tedeschi - che vorrei lasciare a una Biblioteca pubblica che mi riservo di designare. Prego il collega avv. Milla, insieme alla Sig.na Cirillo, nostra bibliotecaria, di intendersi in proposito con mio nipote Luigi, tenendo presente il catalogo dei libri stessi da me fatto in ordine alfabetico di autori.*»: testamento olografo del 31 dicembre 1925, pubblicato il 13 aprile 1926, per notaio Evangelisti, rep. n. 22472, Archivi della Banca d'Italia.

19) Cfr. la lettera a L. Bolaffio dell'8 agosto 1911, in *Dir. fall.*, 1928, p. 4.

20) In Via del Corso, n. 277 (allora Corso Umberto I).

21) G. RUTA, *op. cit.*, p. 5.

anche dal testamento, dal quale emerge che egli possedeva un pianoforte-pianola (destinato nelle sue ultime volontà, insieme ai rulli della pianola, al fratello Gino) e una biblioteca musicale, lasciata invece alla sorella Emma.

Non mancano altri indizi di una sua personalità vivace e poliedrica, come talune sue scherzose corrispondenze in versi con altri avvocati della Consulenza legale²²⁾, e il suo costante impegno alla valorizzazione del ruolo dei suoi collaboratori, testimoniato dai documenti reperiti negli archivi della Banca d'Italia volti al miglioramento dell'inquadramento e del trattamento economico degli avvocati della Banca. Un'ultima informazione interessante è desumibile ancora dalle note di qualifica, che all'epoca riportavano le opinioni politiche dei dipendenti: emerge infatti che Bonelli, nonostante la sua mitezza, non era assolutamente un retrogrado e un passatista, potendo anzi essere definito come un «*liberale progressista*», o anche un «*radicale democratico*»: così viene infatti descritto, almeno nei primi anni, mentre viene considerato in seguito «*uomo d'ordine – ma avanzato*», caratterizzato da «*radicalismo moderato*»²³⁾. Definizioni che non sorprendono, se si leggono i suoi scritti sui diritti fondamentali²⁴⁾.

Ma certamente ciò che ha maggiormente caratterizzato la vita di Gustavo Bonelli è la passione per lo studio, testimoniata dalla sua imponente opera, che egli così commentava: «*questa attività grafologica, sebbene abbastanza rilevante, non può dirsi però eccessiva. Devo dichiarare che non ho avuto mai la mania di scrivere tanto per scrivere e stampare. Ho scritto sempre quando avevo o mi pareva di avere qualche cosa da dire che gli altri non avevano detta o che poteva esser detta meglio. S'intende che in ciò mi sarò spesso illuso; ma se della buona intenzione si deve pur*

22) «*Per rispondere a lei decentemente / dovrei destar la Musa mia dormiente; / ma questa, se di me pur si ricorda, / certo cogli anni è diventata sorda. / La sua, si sente, è ancora fresca e arzilla, / l'aura autunnal le desta la scintilla, / e nel dolce campestre ozio beato / trova la rima e scioglie al canto il fiato. / Ma insomma: mentre, Titiro novello, / lei sta sull'erba a rinfrescar le natiche, / noi qui stiamo stillandoci il cervello / a esaminar ed a spulciar le pratiche. / Maurizi è in villa, Canepa in Sardegna, / Milla col fisco ognor la lotta impegna, / de Majo si moltiplica per cento, / ma ognun qui attende di Zincon l'avvento.*» I versi, diretti nell'ottobre 1920 all'avvocato Enrico Zincone, Avvocato Capo della Consulenza legale, sono riportati da G. RUTA, *op. cit.*, p. 5.

23) Informazioni sul Personale, cit.

24) Cfr. in questo volume il capitolo 2.

tenere conto, mi si vorrà perdonare se non ho sempre imbroccato giusto. E se qualcuno volesse prendersi la pena di scrivere di me, dovrebbe riconoscere per lo meno questo, che, piccolo o grande che fossi, io ho bevuto sempre nel mio bicchiere. Amo perciò questi miei prodotti, buoni o cattivi, come tanti miei figli, appunto perché son certo che sono veramente miei»²⁵⁾.

La piena consapevolezza del proprio valore e l'orgogliosa rivendicazione dell'originalità del contributo dato agli studi giuridici che traspaiono da queste parole non contrastano con la mitezza e la modestia che caratterizzavano l'avvocato Bonelli, perché sono strettamente legate alla passione per lo studio e la ricerca cui fu improntata tutta la sua vita.

E forse il più bel commento a suggello del valore dell'opera e della figura di Gustavo Bonelli resta quello espresso da Francesco Carnelutti nel suo *obituary*: «era tra quelli che lavorano con gioia»²⁶⁾.

25) Lettera a L. Bolaffio dell'8 agosto 1911, cit., p. 8.

26) «... quando questa Rivista sorse ad affermare la maturità degli studi processuali in Italia e a stimolarne i maggiori sviluppi, noi pensammo a Gustavo Bonelli come a uno dei suoi naturali collaboratori. Bonelli aderì subito, senza stento, non soltanto per la sua cortesia; infatti, era tra quelli che lavorano con gioia»: F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 178.

Bibliografia

- L'art. 193, § 3, del Codice Civile, in *Annali della giurisprudenza italiana*, 1874, pag. 114-117.
- Osservazioni sul parere emesso dalla facoltà legale di Perugia contro l'abolizione della pena di morte, in *Provincia*, giornale di Perugia, 1874 .
- Del fondamento storico e giuridico della autorizzazione maritale, *tesi di laurea svolta presso l'Università di Perugia nella sessione estiva dell'anno 1874-75*.
- Teorie sociali e socialismo, conversazione epistolare Bonelli-Siciliani, *Firenze*, 1880.
- Del limite essenziale che separa la sociologia dalla biologia, in *Rivista Europea*, 1880, pag. 101-131 e 435-470.
- Studio sulla rappresentanza proporzionale delle minoranze, in *Rivista Europea*, 1880, pag. 396-445.
- La istituzione del nascituro e la tassa di successione, Nota alla sentenza Tomassini (Corte Suprema di Roma 19/8/1880), in *La Corte Suprema di Roma*, a. V, 1880 [ed. 1881], pag. 321-330.
- Sulla nozione d'individuo in biologia, in *Rivista di filosofia scientifica*, 1884, pag. 138-167.
- Individuo e gruppo in biologia, in *Rivista di filosofia scientifica*, 1885, pag. 515-549.
- Il problema morale nella filosofia scientifica, in *Rivista di filosofia scientifica*, 1886, pag. 33-50.
- I debiti del donante nella così detta donazione universale, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1886, p. 211-265.
- Il privilegio dello Stato pel tributo fondiario e il terzo possessore. Nota ad una sentenza della Corte Suprema di Roma (n. 141 del 10/3/1887 – sez. civ.), in *La Corte Suprema di Roma*, 1887, pag. 113-121.

- La personalità giuridica delle società di commercio, in *La Legge*, vol. II, 1887, p. 317-322.
- La morale e il diritto come elementi integranti dell'organismo sociale, in *Rivista di filosofia scientifica*, 1887, pag. 284-308.
- La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1888, pag. 193-233 (parte prima).
- La personalità giuridica dei beni in liquidazione giudiziale, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1889, pag. 3-37 e 169-230 (parte seconda).
- Recensione a Sraffa, *La liquidazione delle società commerciali*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1889, pag. 278-281.
- Le assicurazioni sulla vita e le assicurazioni contro gl'infortuni di fronte all'art. 453 del codice di commercio, in *La Legge*, vol. II, 1890, pag. 62-67.
- Di una nuova teorica della personalità giuridica, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1890, pag. 325-360.
- Alcune osservazioni sulla collocazione degli Istituti di credito fondiario nel giudizio di graduazione, (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma 15/7/1891), in *Foro Italiano*, 1891, p. I, col. 913-916.
- Lo stato di cessazione e le ipoteche contestuali, (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma 17/3/1892 n. 148), in *La Corte Suprema di Roma*, 1892, p. II, pag. 100-104.
- Sulla procedura dell'autorizzazione giudiziale per la donna maritata (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Roma, sez. civ., 30/6/1893 n. 457), in *La Corte Suprema di Roma*, 1893, p. II, pag. 203 -214.
- Del diritto del sequestratario giudiziale di espellere il debitore dal fondo in esproprio - polemica con G. Villa (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Roma, 20/10/1892), in *Foro Italiano*, 1893, p. I, col. 268-275. (da col. 272 interv.Bonelli).

- La procedura dell'autorizzazione giudiziale per la donna maritata (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Roma, 6/6/1893), in *Foro italiano*, 1893, p. I, col.1314-1324.
- La tradizione del titolo nel pegno dei crediti. (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Napoli 15/5/1893), in *Foro Italiano*, 1893, p.I, col.904-931 (si aggiunge a nota di Simoncelli 900-904).
- L'ipoteca per debiti futuri in diritto romano, in *Archivio giuridico*, 1894, pag. 108-153
- Ancora sulla procedura dell'autorizzazione giudiziale per la donna maritata (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma 29/12/1893), in *Foro italiano*, 1894, p. I, col 121-126.
- Sulla opposizione d'interesse tra coniugi specialmente nella cambiale (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma 22/5/1894), in *Foro italiano*, 1894, p. I, col 1131-1138.
- Sulla procedura dell'autorizzazione giudiziale per la donna maritata (Nota alla sentenza della Suprema Corte, sez. civile, 22/5/1894 n. 331), in *La Corte Suprema di Roma*, p. II, pag. 196-202.
- La giurisprudenza sulle ipoteche giudiziali nel fallimento, (Nota a sentenza della Suprema Corte 28/6/1894), in *La Corte Suprema di Roma*, 1894, p. II, pag. 383-401.
- Il diritto di riscatto nella compravendita e le condizioni del suo esercizio, (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma 5/2/1895), in *Foro Italiano*, 1895, p. I, col. 591-618.
- Le ipoteche per sovvenzioni future (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Firenze 27/4/1895), in *Foro Italiano*, 1895, p. I, col. 780-798.
- Il pegno cambiario e la girata in garanzia, in *Giurisprudenza Italiana*, 1895, p. IV, col. 337-393.
- Il sistema revocatorio nel diritto fallimentare, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1895, vol. XIX, pag. 299-359 e vol. XX, pag. 3-45.

- Ancora sulle ipoteche giudiziali nel fallimento secondo la giurisprudenza, (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma 30/6/1896), in *Foro Italiano*, 1896, p. I, col. 551-562.
- Delle società di commercio irregolari e del loro fallimento, in *Archivio giuridico*, 1897, pag. 414-483.
- Il concetto giuridico della divisione d'ascendente per atto tra vivi, (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma 22/2/1897), in *Foro Italiano*, 1897, p. I, col. 573-597.
- Contributo ad un teoria scientifica dei titoli di credito, in *Giurisprudenza Italiana*, 1897, p.IV, col.1-43.
- Appunti sul fallimento delle società commerciali, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1897, p. 51-86.
- La cessazione dei pagamenti e l'art. 705 cod. comm., (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Torino 12/5/1898), in *Foro Italiano*, 1898, p. I, col.731-755.
- La composizione dei lotti nella divisione d'ascendente, in *Foro Italiano*, 1898, p. I, col.1257-1268.
- Sul patto di non far dichiarare il fallimento del debitore, in *Temì Veneta*, 1898, pag. 373-378.
- Le società cooperative ed il Codice di commercio, in *Diritto commerciale*, 1899, col. 687-720.
- La decadenza dal termine del debitore insolvente, in *Giurisprudenza Italiana*, 1899, p. IV, col. 225-301.
- Del termine per la dichiarazione di fallimento del commerciante morto o ritiratosi dal commercio, (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Napoli 19/2/1900), in *Foro Italiano*, 1900, p. I, col. 578-582.
- Sulla determinazione e retrotrazione della data di cessazione dei pagamenti, (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Brescia 13/3/1900), in *Foro italiano*, 1900, p. I, col. 759-767.
- Sugli effetti della chiusura del fallimento in rapporto ai giudizi di nullità allora pendenti, (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite, 13/8/1900, n. 517), in *La Corte Suprema*, 1900, p. 305-312.

- Sulla posizione fatta al terzo depositario dalla sentenza nel giudizio di esecuzione presso di lui, (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Roma 13/11/1900), in *Foro Italiano*, 1901, p. I, col. 578-582.
- Effetti della revoca del fallimento sulla gestione del curatore, (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Genova 25/1/1901), in *Foro Italiano*, 1901, p. I, col. 933-941.
- La rappresentanza del curatore nel fallimento, in *Diritto commerciale*, 1902, col. 5-30.
- Del pagamento dei debiti nella divisione d'ascendente per atto tra vivi, in *Foro Italiano*, 1902, p. I, col. 180-191.
- Sulla competenza per le azioni di rivendicazione nella procedura fallimentare, (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma 18/3/1902), in *Foro Italiano*, 1902, p. I, col. 625-630.
- L'azione per lesa legittima nella divisione d'ascendente, (Nota alla sentenza della Corte di appello di Catanzaro 7/4/1903), in *Foro italiano*, 1903, p. I, col. 626-631.
- Dell'azione contro il traente d'un assegno bancario non protestato nei termini dell'art. 342 cod. comm., in *Rivista di diritto commerciale*, 1903, p.I, pag. 23-26.
- I concetti di comunione e di personalità nella teorica delle società commerciali, in *Rivista di diritto commerciale*, 1903, p. I, pag. 285-378.
- Natura del credito del compratore per la restituzione del prezzo nel caso di rivendicazione da parte del fallimento di un fondo siccome invalidamente venduto dal fallito. (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma 4.7.1903), in *Rivista di diritto commerciale*, 1903, p. II, pag. 281-286.
- Una questione di diritto transitorio in tema di concordato preventivo. (Nota alla sentenza del Tribunale di Siena 2/7/1903), in *Rivista di diritto commerciale*, 1903, p. II, pag. 352-353.
- Il fallimento e l'eleggibilità a consigliere provinciale. (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma 9/6/1903), in *Rivista di diritto commerciale*, 1903, parte II, pag. 461-463.

- Sull'appellabilità della sentenza con la quale il tribunale in Camera di Consiglio respinge la domanda di surroga del curatore. (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Firenze 27/7/1903), in *Rivista di diritto commerciale*, 1903, p. II, pag. 467-469.
- Il piccolo fallimento e lo spirito del nuovo istituto. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Bologna 16/10/1903), in *Rivista di diritto commerciale*, 1903, p. II, pag. 500-501.
- La divisione d'ascendente per atto tra vivi e la tassa di registro, (Nota alla sentenza della Cassazione di Roma 9/11/1903, in *Foro italiano*, 1904, p. I, col.7-20.
- La delegazione di debito e il fallimento del delegante, (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Bologna 25/3/1904) in *Foro Italiano*, 1904, p. I, col. 945-957.
- Il fallimento e la separazione del patrimonio del defunto, in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, p. I, pag. 1-9.
- Della clausola riservativa di dominio nella vendita, in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, p. I, pag. 98-137.
- Sul fondamento e sulla natura dell'obbligazione cartolare nei titoli di credito, in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, p. I, pag. 185-201.
- Una questione sui diritti del fideiussore di un fallito, in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, p. I, pag. 246-247.
- Sugli articoli 704 e 706 del codice di commercio (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Bologna 17 /6/1904), in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, p. II, pag. 547-555.
- Sul divieto al creditore del fallito di proporre l'azione per l'accertamento delle proprie ragioni separatamente nel foro ordinario. (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Torino 28/12/1903) in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, parte II, pag. 35-40.
- Se il verbale di verifica dei crediti nel giudizio di fallimento costituisca titolo esecutivo. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Genova 31/12/1903), in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, p. II, pag. 163-166.

- Una questione in tema di capacità cambiaria della donna maritata. (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma 10/2/1904), in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, p. II, pag. 319-320.
- Il diritto del creditore della massa verso l'assuntore del concordato. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Trani 3.6.1904, in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, p. II, pag. 346-351.
- La nomina degli avvocati nei giudizi di fallimento (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Palermo 22/8/1904), in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, p. II, pag. 533.
- La riserva di dominio dissimulata sotto la forma di locazione nella vendita di macchine. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Milano 6.7.1904), in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, p. II, pag. 534-539.
- Sulla L. 77 § 8 Dig. De legatis, II (garanzia evizionale tra fratelli nella divisione paterna), in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di V. Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, vol. II, Milano 1905, pag. 681-710.
- Le polizze d'assicurazione sulla vita al portatore, (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Venezia, 31/12/1904), in *Foro italiano*, 1905, p. I, col.452-458.
- Sulla vendita di cosa futura e in specie del minerale da estrarsi da una miniera, (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Palermo 20/5/1905), in *Foro italiano*, 1905, p. I, col.1457-1466.
- I piccoli fallimenti e le società commerciali (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Roma, 15/12/1904), in *La Legge*, 1905, n. 3, col. 242-250.
- Sulla nullità della divisione d'ascendente per preterizione e sulla garanzia evizionale fra discendenti, (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Torino 20/3/1905), in *La legge*, 1905, col. 1481.
- Ancora a proposito di nuove forme contrattuali (lettera a Sraffa), in *Rivista di diritto commerciale*, 1905, p. I, pag. 142-146.

- Società di commercio e piccoli fallimenti (commento alle reazioni alla nota a sentenza), in *Rivista di diritto commerciale*, 1905, p. I, pag. 306-309.
- La chiusura del fallimento, in *Rivista di diritto commerciale*, 1905, p. I, pag. 433-465.
- Questioni diverse di diritto fallimentare (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Torino 10/12/1904), in *Rivista di diritto commerciale*, 1905, p. II, p. 5-13.
- Gli obblighi del concordato e il creditore d'una eredità fatta dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento (Nota alla sentenza della Corte di cassazione di Torino 20/8/1904), in *Rivista di diritto commerciale*, 1905, p. II, pag. 134-137.
- Nota alla sentenza della Corte di Appello di Napoli del 15/2/1905 (adesione a concordato preventivo), in *Rivista di diritto commerciale*, 1905, p. II, pag. 177-180 (a p. 184 finisce citazione di Vidari).
- L'assemblea dei creditori per la designazione del curatore di fiducia in un fallimento (Nota alla sentenza del Tribunale di Napoli 1/8/1904), in *Rivista di diritto commerciale*, 1905, p. II, pag. 201-205.
- Cessione delle azioni di nullità spettanti alla massa in un fallimento (Nota alla sentenza della Corte d'Appello di Casale 13 dicembre 1904), in *Rivista di diritto commerciale*, 1905, p. II, pag. 291-297.
- I due benefici dell'art. 839 c. di c. e loro indipendenza (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Firenze 10/1/1905), in *Rivista di diritto commerciale*, 1905, p. II, pag. 304-307.
- La chiusura e la successiva riapertura del fallimento in base agli articoli 817 e 818 cod. comm. (nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma del 27/04/1905), in *Rivista di diritto commerciale*, 1905, p. II, pag. 449-453.
- Se sia necessaria la continua presenza dei soci alla votazione per la validità delle deliberazioni dell'assemblea, (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Venezia, 13/7/1906), in *La Legge*, 1906, col. 2330-2339.

- La posizione giuridica dei creditori e del curatore di un fallimento straniero nel giudizio di sequestro di una nave del fallito in Italia, (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Genova, 4/4/1906), in *Foro Italiano*, 1906, p. I, col. 679-688.
- Sulla teoria delle società irregolari, in *Rivista di diritto commerciale*, 1906, p. I, pag. 9 -59 e pag. 112-166.
- Sul patto di continuazione delle società in nome collettivo cogli eredi di un socio, in *Rivista di diritto commerciale*, 1906, p. I, pag. 401-412.
- Sulle assicurazioni terrestri (recensione a Pipia, Trattato sulle assicurazioni terrestri), in *Rivista di diritto commerciale*, 1906, p. I, pag. 386-390.
- Sui reati in materia di fallimento (recensione a E. Noto Sardegna, I reati in materia di fallimento, Palermo 1906), in *Rivista di diritto commerciale*, 1906, p. I, pag. 596-600.
- Appellabilità della sentenza interlocutoria nel giudizio fallimentare di verifica dei crediti. (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Firenze 27.7.1905), in *Rivista di diritto commerciale*, 1906, p. II, pag. 5-8.
- Questioni sull'azione revocatoria nel fallimento. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Milano 1.2.1906), in *Rivista di diritto commerciale*, 1906, p. II, pag. 160-170.
- Ritenzione e rivendicazione nel fallimento. (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Torino 14/9/1905), in *Rivista di diritto commerciale*, 1906, p. II, pag. 205-209.
- Il concordato di un socio a responsabilità illimitata e i creditori particolari. (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Napoli 16/3/1906), in *Rivista di diritto commerciale*, 1906, p. II, pag. 281-286.
- Sul significato del conferimento sociale agli effetti della tassa di registro. (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Milano 27/2/1906), in *Rivista di diritto commerciale*, 1906, p. II, pag. 320-322

- Sull'art. 706 codice di commercio. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Messina 3.5.1906), in *Rivista di diritto commerciale*, 1906, p. II, pag. 532-536.
- Sulla nozione di società in genere e su quella di società di commercio irregolare, (Nota alla sentenza della Cassazione di Firenze, 4/4/1907), in *Foro italiano*, 1907, p. I, col. 758-764.
- La perdita del diritto di amministrazione nella madre binuba, (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma 7/12/1906), in *Foro italiano*, 1907, p. I, col. 271-276.
- Sul sequestro di una nave straniera, (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Torino, 10/12/1906), in *Foro Italiano*, 1907, p. I, col. 372-374.
- Quando può dichiararsi fallita una società in liquidazione (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Firenze, 22/7/1907), in *La legge*, 1907, col. 2319-2321.
- Ancora sull'ostruzionismo nelle società anonime, in *Rivista di diritto commerciale*, 1907, p. I, pag. 83-86.
- Questioni in materia di assegno bancario. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Genova 3/7/1906), in *Rivista di diritto commerciale*, 1907, p. II, pag. 61-64.
- I creditori ipotecari del fallito e l'immobilizzazione dei frutti. (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Torino 5/9/1906), in *Rivista di diritto commerciale*, 1907, p. II, pag. 118-122.
- Il fallito concordatario e la domanda di restituzione degli extrareparti. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Bologna 26/11/1906), in *Rivista di diritto commerciale*, 1907, p. II, pag. 133-139.
- Appellabilità da parte del fallito concordatario della sentenza che gli nega i benefici di cui all'art. 839 codice di commercio. (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma 19/1/1907), in *Rivista di diritto commerciale*, 1907, p. II, pag. 193-195.

- Le società commerciali e la legge sui piccoli fallimenti. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Venezia 1/3/1907), in *Rivista di diritto commerciale*, 1907, p. II, pag. 375-378.
- L'azione revocatoria fallimentare contro le sentenze di assegnazione giudiziale. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Milano 7/5/1907), in *Rivista di diritto commerciale*, 1907, p. II, pag. 472-480.
- Effetti del concordato per creditori non comparsi. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Trani 5/7/1907), in *Rivista di diritto commerciale*, 1907, p. II, pag. 490-492.
- Sulla retribuzione di un curatore di un fallimento. (Nota alla sentenza del Tribunale di Bari 17/5/1907), in *Rivista di diritto commerciale*, 1907, p. II, pag. 592-598.
- Sull'opposizione del terzo interessato alla sentenza dichiarativa del fallimento, (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Roma, 29/2/1908), in *Foro italiano*, 1908, p. I, pag. 593-597.
- Appunti sulla natura giuridica dei titoli di credito, in *Rivista di diritto commerciale*, 1908, p. I, pag. 513-549.
- Le irregolarità della società in accomandita semplice e i suoi effetti di fronte agli accomandanti. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Milano 17/9/1907), in *Rivista di diritto commerciale*, 1908, p. II, pag. 26-32.
- Derogabilità delle norme legali per la liquidazione della massa attiva nel fallimento, (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Firenze, 25/11/1907), in *Rivista di diritto commerciale*, 1908, p. II, pag. 102-106.
- Sull'applicazione dell'art. 98 cod. comm. alle obbligazioni ex delicto vel quasi di una società irregolare. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Cagliari 23.12.1907), in *Rivista di diritto commerciale*, 1908, p. II, pag. 304-310.
- Apposizione del nome ad un biglietto di banca, (Nota alla sentenza della Pretura di Bologna 11/6/1908), in *Rivista di diritto commerciale*, 1908, p. II, pag. 490-496.

- Sulla natura giuridica del contratto d'abbonamento alle cassette di sicurezza, (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Firenze, 25/7/1908), in *La legge*, 1908, col. 2213-2223.
- L'eccedenza di prezzo (sopraprezzo e premio) sul valor nominale delle azioni di nuova emissione di una società anonima non costituisce reddito soggetto a tassa di ricchezza mobile (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Genova, 10/8/1909), in *La legge*, 1909, col. 2010-2018.
- La questione del sopraprezzo e la personalità giuridica delle società di commercio, in *Rivista di diritto commerciale*, 1909, p. I, pag. 237-248.
- Sulla cambiale in bianco, in *Rivista di diritto commerciale*, 1909, p. I, pag. 353-384.
- L'obbligazione astratta e l'obbligazione casuale nella cambiale, in *Rivista di diritto commerciale*, 1909, p. I, pag. 597-623.
- Il pagamento integrale del prezzo e la consegna della merce per l'art. 806 codice di commercio, (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Torino 1.7.1908), in *Rivista di diritto commerciale*, 1909, p. II, pag. 1-7.
- Contro chi continuano gli atti di esproprio iniziati prima del fallimento da un creditore ipotecario, (Nota alla sentenza del Tribunale di Roma 11.6.1909), in *Rivista di diritto commerciale*, 1909, p. II, pag. 477-484.
- Sulla incerta indicazione della scadenza nella cambiale, (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma, 6.4.1909), in *Rivista di diritto commerciale*, 1909, p.II, pag. 485-490.
- La teoria della persona giuridica, in *Rivista di diritto civile*, 1910, pag. 445-508 (p. prima) e 592-673 (p. seconda).
- La rappresentanza nella obbligazione bancaria, in *Rivista di diritto commerciale*, 1910, p. I, pag. 161-172.
- I requisiti della cambiale nel diritto internazionale, in *Rivista di diritto commerciale*, 1910, p. I, pag. 245-252.
- Dell'intervento nell' accettazione della cambiale, in *Rivista di diritto commerciale*, 1910, p. I, pag. 745-769.

- I piccoli fallimenti e il progetto Scialoja, in *Rivista di diritto commerciale*, 1910, p. I, pag. 845-854.
- La trasmissione della cambiale e la trasmissione dei diritti spettanti fuori della cambiale al traente verso il trattario. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Genova 18.5.1909), in *Rivista di diritto commerciale*, 1910, p. II, pag. 146-148.
- La surroga nell'azione cambiaria tra coemittenti. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Torino 15.9.1909), in *Rivista di diritto commerciale*, 1910, p. II, pag. 344-352.
- Sulla riserva di proprietà nella vendita, (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Milano 28.4.1910), in *Rivista di diritto commerciale*, 1910, p. II, pag. 583-597.
- Sulla cessazione dei pagamenti di una società in liquidazione (Nota alla sentenza della Corte di Appello di Firenze 29/3/1910), in *Rivista di diritto commerciale*, 1910, p. II, pag. 702-704.
- Sulla prescrizione della cambiale in bianco, (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma, 10/9/1910), in *Rivista di diritto commerciale*, 1910, parte II, pag. 1043-1048.
- Unificazione del diritto relativo allo cheque (Conferenza dell'Aja 1911), in *Rivista di diritto commerciale*, 1911, p. I, pag. 415-443.
- La personalità giuridica della società anonima con un solo azionista, in *Rivista di diritto commerciale*, 1911, p. I, pag. 589-600.
- Sulla natura giuridica dell'avallo e sugli obblighi del possessore per conservare l'azione verso l'avallante, (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Napoli 4.7.1910), in *Rivista di diritto commerciale*, 1911, p. II, pag. 116-135.
- Indebito riempimento di cambiali in bianco. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Roma 31.10.1910), in *Rivista di diritto commerciale*, 1911, p. II, pag. 261-266.
- Il vaglia all'ordine proprio. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Venezia 5/9/1911), in *Rivista di diritto commerciale*, 1911, p. II, pag. 1033-1037.

- Ancora sulla clausola di riserva della proprietà nella vendita, in *Rivista di diritto commerciale*, 1912, p. I, pag. 1-17.
- A proposito della società con un solo socio, in *Rivista di diritto commerciale*, 1912, p. I, pag. 253-261.
- Una nuova costruzione del patto di riservato dominio nella vendita, in *Rivista di diritto commerciale*, 1912, p. I, pag. 492-496.
- Società irregolari e personalità giuridica. (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Firenze 30/12/1911), in *Rivista di diritto commerciale*, 1912, p. II, pag. 361-369.
- L'esclusione di un socio fallito da una società in nome collettivo e lo scioglimento di questa, (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Trani 20/5/1912), in *Rivista di diritto commerciale*, 1912, p. II, pag. 682-692.
- L'esecuzione cambiaria, in *Rivista di diritto commerciale*, 1913, p. I, pag. 257-270.
- La successione di più eredi nel rapporto cambiario, in *Rivista di diritto commerciale*, 1913, p. I, pag. 533-544.
- Personalità e comunione, in *Rivista di diritto commerciale*, 1913, p. I, pag. 733-751.
- Sull'ordine in derrate, in *Rivista di diritto commerciale*, 1913, p. I, pag. 947-953.
- Società con un solo socio?, (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Roma 22/2/1913), in *Rivista di diritto commerciale*, 1913, p. II, pag. 516-519.
- Competenza pel giudizio di ammortamento d'uno cheque smarrito, (Nota alla sentenza del Tribunale di Genova 19/4/1913,), in *Rivista di diritto commerciale*, 1913, p. II, pag. 570.
- La teoria dello check, in *Rivista di diritto commerciale*, 1914, p. I, pag. 297-312.
- Il bollo nelle cambiali in bianco, in *Rivista di diritto commerciale*, 1914, p. I, pag. 393-402.

- Sulla teoria del conto corrente, in *Rivista di diritto commerciale*, 1914, p. I, pag. 825-834.
- La cambiale con sottoscrizione inesatta, (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Catanzaro 23/1/1914), in *Rivista di diritto commerciale*, 1914, p. II, pag. 659-664.
- Su una questione di diritto cambiario, (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Lucca 30/5/1914), in *Rivista di diritto commerciale*, 1915, p. II, pag. 45.
- L'eccezione d'insufficienza di bollo nella cambiale emessa in bianco, (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Casale 10/2/1915), in *Rivista di diritto commerciale*, 1915, p. II, pag. 544-553.
- Studi preparatori per la nuova legge di cambio italiana. La procedura d'ammortamento e la prescrizione dell'azione di regresso, in *Rivista di diritto commerciale*, 1916, p. I, pag. 24-30.
- Il diritto dei creditori agli interessi post-fallimentari, (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Napoli 18/11/1915), in *Rivista di diritto commerciale*, 1916, p. II, pag. 253-259.
- Le firme non ripetute nella cambiale di rinnovazione, (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Casale 1/12/1915), in *Rivista di diritto commerciale*, 1916, p. II, pag. 395-396.
- Il termine per l'ammortamento delle cambiali a vista smarrite, (Nota alla sentenza del Tribunale di Genova 28/3/1916), in *Rivista di diritto commerciale*, 1916, p. II, pag. 813-817.
- Il bollo nelle cambiali in bianco. Postilla., in *Rivista di diritto commerciale*, 1917, p. I, pag. 551-553.
- La prova della frode del terzo nella revocatoria fallimentare. (Nota alla sentenza della Corte di Cassazione di Torino 15/12/1916), in *Rivista di diritto commerciale*, 1917, p. II, pag. 313-316.
- La consolidazione del patrimonio sociale nell'unico azionista di una società anonima. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Milano, 19/9/1916), in *Rivista di diritto commerciale*, 1917, p. II, pag. 609-617.

- Gli effetti del fallimento sui contratti bilaterali, in *Rivista di diritto commerciale*, 1918, p. I, pag. 1-14.
- La competenza del tribunale fallimentare e l'azione revocatoria. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Milano, 14/12/1917), in *Rivista di diritto commerciale*, 1918, p. II, pag. 202-209.
- La natura giuridica della comunione coniugale dei beni nell'opera di F. Messineo, (Athenaeum 1920), in *Rivista di diritto commerciale*, 1920, p. I, pag. 422-439.
- Giudizio di inefficacia delle cambiali smarrite decorso il termine stabilito per la pubblicazione. Nota a Corte d'appello Trani, 9/8/1920, in *Rivista di diritto commerciale*, 1920, p. II, pag. 626-630.
- Comunione e quota, in *Scritti per le onoranze al prof. Alberto Marghieri*, Roma 1921, pag. 343-350; anche in: *Rivista di diritto commerciale*, 1923, p. I, pag. 1-13 .
- Strascichi della soppressa autorizzazione maritale, in *Rivista di diritto commerciale*, 1921, p. I, pag. 63-71.
- Il progetto Bonelli sul fallimento (relazione sulla legge fallimentare), in *Rivista di diritto commerciale*, 1922, p. I, pag. 190-203.
- I pagamenti fuori scadenza dei debiti in moneta estera, in *Rivista Bancaria*, 1922, pag. 261-266.
- La società irregolare e il progetto di nuovo codice di commercio, in *Rivista di diritto commerciale*, 1923, p. I, pag. 423-443.
- Osservazioni sul progetto di un nuovo codice di commercio, in *Rivista di diritto commerciale*, 1923, p. I, pag. 513-541 (parte prima); pag.681-719 (parte seconda).
- La sopravvivenza dell'azione causale all'azione cambiaria. (Nota alla sentenza del Tribunale di Napoli, 28/8/1923), in *Rivista di diritto commerciale*, 1923, p. II, pag. 617-623.
- Questioni in materia di società. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Genova, 15/1/1923), in *Rivista di diritto commerciale*, 1923, p. II, pag. 694-697.

- Della Cambiale, in *Commentario al Codice di Commercio*, a cura di E. Bensa, A. Bruschettoni, G. Bonelli, L. Franchi, U. Navarrini, A. Sraffa, T. Giannini, vol. III, Milano 1924.
- Del Fallimento, in *Commentario al Codice di Commercio*, a cura di E. Bensa, A. Bruschettoni, G. Bonelli, L. Franchi, U. Navarrini, A. Sraffa, T. Giannini, vol. VIII, Milano 1924.
- Sulla riforma del codice di commercio nella parte riflettente il fallimento, in *Il diritto fallimentare*, 1924, p. I, pag. 5-17.
- Il progetto di legge sul fallimento e le commissioni parlamentari, in *Rivista di diritto commerciale*, 1924, p. I, pag. 237-266.
- I diritti della moglie nel fallimento del marito, in *Rivista di diritto commerciale*, 1924, p. I, pag. 493-504.
- Sulla girata in bianco. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Milano, 21/3/1924), in *Rivista di diritto commerciale*, 1924, p. II, pag. 534-537.
- La personalità degli ordini professionali, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1924, p. II, pag. 279-285.
- Degli obblighi del riassicuratore nel caso di fallimento e successivo concordato dell'assicuratore, in *Il diritto fallimentare*, 1925, pag. 489-500.
- Degli obblighi del riassicuratore nel fallimento dell'assicuratore, in *Rivista di diritto commerciale*, 1925, p. I, pag. 257-265.
- Sulla capacità del fallito a testimoniare nelle liti del fallimento, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1925, p. II, pag. 320-323.
- Sullo scioglimento e sulla liquidazione della società ridotta ad un solo azionista. (Nota alla sentenza della Corte d'appello di Milano, 27/11/1925), in *Rivista di diritto commerciale*, 1926, p. II, pag. 167-176.

